

Sygn. akt: KIO 69/14

WYROK
z dnia 29 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska
Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2014 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-102 Białystok, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Białystok w imieniu i na rzecz, którego postępowanie prowadzi Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 15-110 Białystok, ul. Kombatantów 4

przy udziale **Wykonawców:**

- A. "Czyścioch Bis" Sp. z o.o., ul. Hubala 18, 16-400 Suwałki,
 - B. "CZYŚCIOCH" Sp. z o.o., ul. Gen. Franciszka Kleeberga 20, 15-691 Białystok,
 - C. ASTWA Recykling Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-102 Białystok,
 - D. Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Sp. k., ul. Fabryczna 1/419-412, 15-482 Białystok,
- zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-102 Białystok, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-102 Białystok, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

I. Miasto Białystok, w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Białystok”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 7 stycznia 2014 r., poz. 2014/S 004 – 003903 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych bądź Ustawa).

W dniu 16 stycznia 2013 r. Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku (dalej: Odwołujący) wniosło odwołanie, w którym zakwestionowało postanowienia SIWZ i zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedokładny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przez to uniemożliwiający ustalenie realnej wartości zamówienia i ustalenie składników kosztowych wynagrodzenia Wykonawcy,
- 2) art. 29 ust. 2 Ustawy w związku z § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. nr 122) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wprowadzenie w Projekcie Umowy dodatkowych (wykraczających poza zakres Rozporządzenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego),
- 3) art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wprowadzenie w Projekcie Umowy dodatkowych wymogów (w stosunku do zawartych w warunkach udziału wynikających ze SIWZ), wykraczających poza zakres wynikający z Rozporządzenia,

- 4) naruszenie art. 139 ust. 1 Ustawy w związku z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego poprzez zastosowanie w projekcie umowy fizycznie niemożliwych terminów wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę, w postaci wprowadzenia zbyt krótkich terminów,
- 5) naruszenie art. 139 ust. 1 Ustawy w związku z art. 5 oraz art. 3531 kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie projektu umowy w sposób składający całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia tylko na jedną stronę umowy - Wykonawcę, a także godzące w istotę i cel zamówienia publicznego poprzez:
- a) wprowadzenie rażąco wygórowanych kar umownych (a także wprowadzenie dwukrotnego karania za to samo przewinienie), których zastosowanie doprowadzi do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia,
 - b) wprowadzenie obowiązku zapłaty kary umownej za każde (także pierwsze) przepełnienie pojemnika w warunkach nieposiadania przez Wykonawcę wystarczających informacji do dostosowania liczby i pojemności pojemników,
 - c) przyznanie jedynie Zamawiającemu prawa do żądania odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych, co stanowi brak symetrii uprawnień umownych,
 - d) brak zagwarantowania Wykonawcy jakiegokolwiek wpływu na dyscyplinowanie właścicieli nieruchomości w zakresie współpracy z Wykonawcą umożliwiającej wykonanie przez niego obowiązków przy jednoczesnym wprowadzeniu kar umownych za niewykonanie obowiązków umownych, do których niezbędna jest współpraca z właścicielem nieruchomości,
 - e) wprowadzenie nieograniczonej odpowiedzialności kontraktowej, w tym odszkodowawczej Wykonawcy w oderwaniu od zasady zawinienia,
 - f) wprowadzenie prawa Zamawiającego do arbitralnego odrzucenia raportu bez wskazania przesłanek odrzucenia, a także procedury pozwalającej na doprowadzenie do stanu zgodnego z Umową
 - g) przyznanie Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku nałożenia przez Zamawiającego kar umownych w oderwaniu od zawinienia Wykonawcy,
 - h) ograniczenie prawa Wykonawcy do odstąpienia od umowy jedynie do przesłanki ponad 75-dniowej zwłoki z zapłatą wynagrodzenia, w warunkach istnienia szerokiego wachlarza możliwości uchybienia obowiązkom umownym przez Zamawiającego,
- 6) naruszenie art. 139 ust. 1 Ustawy w związku z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego poprzez zastosowanie w projekcie umowy fizycznie niemożliwych terminów wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę w postaci:
- a) wprowadzenia 2 - dniowego terminu na przekazywanie przez Wykonawcę informacji i wyjaśnień dotyczących realizacji umowy,

- b) wprowadzenia 2 - dniowego terminu na dokonanie aktualizacji danych MGO i wyposażenia w odpowiednie pojemniki i worki oraz włączenie danej nieruchomości do systemu,
- c) wprowadzenie 7 - dniowego terminu od zakończenia danego miesiąca na przekazanie Zamawiającemu szczegółowych raportów miesięcznych,
- d) wprowadzenie obowiązku niezwłocznego przekazywania Zamawiającemu bieżących informacji o adresach nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i powstają odpady komunalne, a nieujętych w bazie danych prowadzonej przez Zamawiającego,
- e) wprowadzenie 7 - dniowego terminu od podpisania umowy na przedstawienie propozycji lokalizacji „gniazd”,
- f) wprowadzenie 7 - dniowego terminu od podpisania umowy na przedstawienie harmonogramu podstawienia pojemników i kontenerów,
- g) wprowadzenie 12 - godzinnego terminu na odbiór przepelnionych pojemników,
- h) zobowiązanie Wykonawcy do niezwłocznego, jednak nie później niż do końca każdego dnia, zgłaszania Zamawiającemu nieprawidłowości związanych ze świadczeniem usług.

Odwołujący podniesione zarzuty uzasadniał następująco:

Prawo opcji

Zamawiający w rozdziale 4 ust. 1 pkt 4 IDW wskazał, że „Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji dotyczącego ilości gniazd, w ten sposób, że podczas realizacji zamówienia będzie mógł żądać zwiększenia ilości gniazd do 100 % (w każdym sektorze)”. Identyczny zapis znalazł się w pkt 1.5.3 ppkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako OPZ). Ponadto, na podatnie art. 67 ust. 1 pkt 6 Ustawy, Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, do 50 % wartości zamówienia podstawowego.

Wskazać, należy, że wprowadzenie przez Zamawiającego prawa opcji w opisanym wyżej kształcie, jest niezgodne z przepisami Ustawy oraz stanowi obejście jej przepisów. Prawo opcji przewidziane zostało w art. 34 ust. 5 Ustawy, jednak ustawodawca nie wskazał jego normatywnej definicji. „Opcja to prawo podjęcia decyzji lub dokonania wyboru. W przypadku zamówień publicznych chodzi np. o prawo wykonania usługi najmu rzeczy ruchomej z opcją nabycia przedmiotu najmu czy też prawo odkupienia przedmiotu zamówienia po leasingu, przy czym zasadniczy przedmiot zamówienia stanowi w pierwszym przykładzie najem, a w drugim leasing rzeczy ruchomej”¹. Prawo opcji polega na jednostronnym kształtowaniu przez Zamawiającego treści istniejącego zamówienia. Prawo to

umożliwia zamawiającemu rozszerzenie przedmiotu zamówienia o pewne usługi, zwiększenie jego zakresu czy przedłużenie stosunku o charakterze ciągłym. Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, prawo opcji może polegać na przykład na rozszerzeniu zamówienia o prawo wykonania usługi najmu rzeczy ruchomej z opcją nabycia przedmiotu najmu czy też prawo odkupienia przedmiotu zamówienia po leasingu.

Przedmiot prawa opcji, co do zasady, ma być nietożsamy z przedmiotem zamówienia. Możliwość rozszerzenia przedmiotu zamówienia poprzez skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji, w przypadku, gdy Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, stanowi obejście przepisów Ustawy.

„Prawo rozszerzenia zamówienia podstawowego o pewne usługi lub dostawy, które towarzyszą zamówieniu podstawowemu, a co do których zamawiający na etapie wszczęcia postępowania nie podjął decyzji, czy będzie z nich korzystał. Zamawiający, zastrzegając prawo opcji, może skorzystać z możliwości rozszerzenia zamówienia o konkretny przedmiot, co do zasady nietożsamy z przedmiotem zamówienia, jednakże każdorazowo ściśle z nim związany, bądź też zamienić określoną część zamówienia na inne, również ściśle określone, pozostające w związku z zamówieniem podstawowym. Skorzystanie z prawa opcji nie może bowiem stanowić obejścia przepisów prawa zamówień publicznych poprzez rozszerzanie przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia poprzez jednostronne oświadczenie zamawiającego woli zwiększenia wolumenu zamówienia bądź wydłużenia czasu trwania umowy”.

W związku z powyższym, Zamawiający wprowadzając prawo opcji, działa zdaniem Odwołującego w celu uniknięcia stosowania procedury przewidzianej przez Ustawę w przypadku udzielania zamówień uzupełniających, gdyż prawo opcji wymaga od Zamawiającego jedynie złożenia oświadczenia woli o rozszerzeniu przedmiotu zamówienia.

Warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej

W treści IDW (strona 10) Zamawiający wskazał, że o udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawcy wykażą między innymi, że posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na sumę gwarancyjna nie niższą niż:

- dla części I w wysokości 1.000.000 zł,
- dla części II w wysokości 1.000.000 zł,
- dla części III w wysokości 1.000.000 zł,
- dla części IV w wysokości 1.000.000 zł,
- dla części V w wysokości 300.000 zł,

- dla części VI w wysokości 1.000.000 zł.

W treści Projektu umowy natomiast (§ 4 ust. 6), Zamawiający zobowiązał wykonawcę do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie niższą niż wskazana w § 7 Umowy za cały okres realizacji umowy. Podkreślić należy, że wskazany zapis Umowy jest niejednoznaczny, gdyż w § 7 Umowy wskazane są 4 kwoty wynagrodzenia, jakie uzyska Wykonawca (łącznie wynagrodzenie Wykonawcy, wynagrodzenie jednostkowe za 1 Mg odebranych odpadów, jednorazowe wynagrodzenie z tytułu inwentaryzacji MGO oraz wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu organizacji „gniazd”).

Logicznie rozumując, należy przyjąć, że Zamawiający wskazując § 7 Umowy, miał na myśli łączne wynagrodzenie, które otrzyma Wykonawca. W związku z powyższym założeniem, kwota, na jaką ma opiewać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, jakie zobowiązany będzie posiadać wykonawca przez cały okres realizacji umowy, jest znacznie wyższa od kwoty wskazanej w warunkach udziału w postępowaniu. Powyższe stanowi sprzeczność w treści SIWZ, pomiędzy dwoma wyżej wskazanymi zapisami.

Podkreślić należy, że jeżeli Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu oraz inne wymagania stawiane wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, to na etapie podpisywania umowy nie może on formułować innych (również bardziej rygorystycznych) warunków, jakie musi spełniać wykonawca.

Opis przedmiotu zamówienia

Zamawiający nie uniemożliwił wykonawcom prawidłowego oszacowania kosztów realizacji usługi. W Opisie przedmiotu zamówienia rozdział 1.4.2. (str. 14) wskazuje bowiem jedynie liczbę ludności według stanu na 2010 r., a nie wskazuje danych dotyczących ilości odpadów odebranych na przestrzeni ostatnich 6 miesięcy, tj. od dnia wejścia w życie reformy dotyczącej odbioru odpadów komunalnych. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2012 r. „przy braku informacji co do okoliczności wpływających na zakres i koszty prac niezbędnych do wykonania zamówienia, nie można mówić o ich rzeczowej wycenie.” Ponadto zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2012 r. „obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 k.c. cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie p.z.p. Wykonawcy nie może obciążać bowiem ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac i ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 p.z.p. ”. Podkreślić należy, że wykonawca nie ma faktycznych, ani prawnych możliwości uzyskania (wyegzekwowania) od właścicieli nieruchomości informacji o ich zapotrzebowaniu na pojemniki danego rodzaju, która jest wynikiem ilości wytwarzanych odpadów. W sytuacji, gdy już na etapie ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ Zamawiający znajdował się w posiadaniu powyższych informacji to winne one zostać udostępnione wykonawcom na etapie

postępowania o udzielenie zamówienia - wraz z SIWZ. Fakt zaniechania po stronie Zamawiającego nie może być niwelowany poprzez przeniesienie na wykonawcę wszelkich obowiązków związanych z ustaleniem ilości odpadów do odbioru, które są wynikiem liczby pojemności i rodzajów niezbędnych pojemników na odpady, liczby mieszkańców zamieszkujących daną nieruchomość oraz ryzyka związanego brakiem współpracy po stronie właścicieli nieruchomości. „Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeśli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. ”

Zarzuty w zakresie postanowień umownych

Odpowiedzialność Wykonawcy i kary umowne

Zamawiający w § 4 ust. 8 i 9 Projektu umowy poprzez niejednoznaczne zapisy, znacznie rozszerza odpowiedzialność Wykonawcy w stosunku do wynikającej z kodeksu cywilnego. Przyjmuje bowiem w zasadzie nieograniczoną odpowiedzialność Wykonawcy za wykonanie wszelkich czynności (także tych, których wykonanie zależy od woli właściciela nieruchomości) w całkowitym oderwaniu od podstawowej zasady odpowiedzialności kontraktowej - zasady winy. Powoduje to przeniesienie na Wykonawcę pełnej odpowiedzialności nie tylko za odbieranie odpadów, ale za całe utrzymanie czystości i porządku w gminie, co - zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - stanowi obowiązek Zamawiającego. Powołana ustawa nie pozwala na przekazanie przez Zamawiającego tego obowiązku w zamian za wynagrodzenie przedsiębiorcom, ale jedynie pozwala na powierzenie części czynności - w tym odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, przy jednoczesnym obowiązku Zamawiającego „tworzenia warunków do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku w gminie”.

Objęte zarzutami niniejszego odwołania postanowienia § 8 projektu umowy dotyczące kar umownych stanowią nieuzasadnione, nadmierne i zmierzające do wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawców, obciążenie finansowe.

Stosując proste obliczenia można zauważyć, że jednorazowa kara umowna nałożona na Wykonawcę w wysokości wskazanej w projekcie umowy, stanowi znaczącą część miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy. Przykładowo:

1) kwota przeznaczona przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym na realizację zamówienia w sektorze V (na 12 miesięcy) wynosi 420.000,00 zł brutto,

- 2) daje to średnie miesięczne wynagrodzenie brutto za realizację zamówienia w sektorze V w wysokości 35.000,00 zł,
- 3) zgodnie ze SIWZ szacowana liczba MGO w sektorze V wynosi 1748 szt.,
- 4) z powyższego wynika, że miesięczne wynagrodzenie za „prawidłową” obsługę jednego MGO (jednej posesji) w sektorze V powinno wynieść 20,02 zł,
- 5) odbiór odpadów nieruchomości wielorodzinnych ma następować co najmniej 2 razy w tygodniu, co daje ok. 8 odbiorów miesięcznie,
- 6) z powyższego wynika, że wynagrodzenie wykonawcy za jednorazowy odbiór pojemnika z nieruchomości wielorodzinnej wynosi 2,50 zł.

Nie ulega więc wątpliwości, że kary umowne, które może naliczyć Zamawiający za jednorazowe nienależyte wykonanie przedmiotu umowy mogą stanowić większą część wynagrodzenia Wykonawcy, nie wspominając już stosunku kar umownych do dziennego wynagrodzenia Wykonawcy. Kary za jednorazowe nieprawidłowości stwierdzone przez Zamawiającego wynoszą przykładowo:

- 1) 10.000 zł (z tytułu skierowania odpadów do innej instalacji niż Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Białymstoku - § 8 ust. 1 lit. y projektu umowy), co stanowi ponad 28 % miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy (ustalonego zgodnie z powyższym),
- 2) 5.000 zł (z tytułu zmieszania odpadów komunalnych z innymi frakcjami odpadów - § 8 ust. 1 lit. u projektu umowy) co stanowi ok. 14 % wynagrodzenia miesięcznego Wykonawcy czy
- 3) 2.500 zł (z tytułu zrealizowania odbioru pojazdem bezpylnym nie spełniającym wszystkich wymogów pod względem wyposażenia pojazdu - § 8 ust. 1 lit. j projektu umowy), co stanowi ponad 7 % wynagrodzenia miesięcznego Wykonawcy,
- 4) 250 zł (z tytułu zwłoki w odbiorze odpadów w zabudowie wielorodzinnej oraz niezamieszkałej w stosunku do terminu zgodnego z harmonogramem - za jeden nieopróżniony pojemnik o pojemności 10 m³, za każdy dzień opóźnienia), podczas gdy wynagrodzenie należne wykonawcy za dokonany odbiór wynosi 2,50 zł. Kara umowna naliczana przez Zamawiającego jest więc sto razy wyższa od wynagrodzenia za odbiór prawidłowy.

Większość „nieprawidłowości”, w przypadku których Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne, nie powoduje bezpośredniej szkody oraz nie wpływa istotnie na prawidłową realizację zamówienia. Przykładem takiego „przewinienia” Wykonawcy jest przewidziane w § 8 ust. 1 lit. m Projektu umowy „stwierdzenie, że pojazd Wykonawcy nie jest czytelnie oznaczony nazwą przedsiębiorcy i numerem telefonu”, za które na Wykonawcę zostanie nałożona kara umowna w wysokości 1.000 zł.

Jednocześnie Zamawiający wprowadza kary umowne, którymi chce obciążać Wykonawcę za niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowień umownych w warunkach całkowitego oderwania od zasady winy, przy braku zapewnienia możliwości wpływu na właścicieli nieruchomości, od których powinno się wymagać współpracy z Wykonawcą w zakresie niezbędnym dla prawidłowego wykonania zamówienia. Takim przykładem jest przewidziana w § 8 ust. 1 lit. x kara z tytułu opóźnienia w wykonaniu obowiązku mycia i dezynfekcji pojemników i kontenerów w wysokości od 100 zł do 250 zł (w zależności od pojemności pojemnika), naliczana nawet w sytuacji gdy niewypełnienie powyższego obowiązku nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, np. w wyniku nieudostępnienia pojemnika przez właściciela nieruchomości.

Brak jest uzasadnienia dla pozbawienia Wykonawcy (przyznanego jednocześnie Zamawiającemu) prawa do żądania odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych, co czyni umowę jednostronnie korzystną dla Zamawiającego z jednoczesnym pokrzywdzeniem Wykonawcy.

Niezrozumiałe jest także dla Odwołującego tak dalece idące wydłużenie terminu zwłoki Zamawiającego (60 dni + 14 dni wezwania) z zapłatą wynagrodzenia, uprawniającego Wykonawcę do odstąpienia od umowy. Powyższe wskazuje na nierówne traktowanie stron umowy, która ma być zawarta, z uwagi na brak dodatkowych wymagań, w szczególności w postaci wezwania do wykonania zobowiązania, przed wypowiedzeniem bądź rozwiązaniem umowy ze skutkiem natychmiastowym, przez Zamawiającego. Wykonawca winien mieć prawo do odstąpienia od Umowy na zasadach ogólnych prawa cywilnego, a zatem na przykład w sytuacji rażącego braku współpracy ze strony Zamawiającego lub utrudniania wykonywania usługi. Nie można bowiem zakładać, że to jedynie wykonawca może dążyć do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Także Zamawiający działający za pośrednictwem swoich pracowników ma potencjalną możliwość nienależytego wykonania postanowień umowy, a umowa nie powinna pozbawiać wykonawców w takim wypadku ochrony. Umowa w obecnym projektowanym brzmieniu takich uprawnień wykonawcę pozbawia.

Terminy realizacji obowiązków przez wykonawcę, wskazane w projekcie umowy oraz opisie przedmiotu zamówienia

Zamawiający określając terminy realizacji przez Wykonawcę poszczególnych obowiązków związanych z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, niejednokrotnie wskazał zdaniem Odwołującego rażąco krótkie, ze względów technicznych i organizacyjnych, terminy na ich wykonanie.

Do tak określonych terminów należą między innymi:

- 1) 2 - dniowy termin od dnia otrzymania zapytania na przekazanie Zamawiającemu informacji i wyjaśnień dotyczących realizacji Umowy na każde żądanie Zamawiającego, w którym realizacja obowiązku może być utrudniona, w szczególności ze względu na konieczność uzyskania takich informacji w wewnętrznej strukturze informacyjnej Wykonawcy, oraz ze względu na to, że Zamawiający nie wskazał, że realizacja obowiązku ma nastąpić w ciągu 2 dni roboczych - może okazać się, że Zamawiający w piątek zażąda wyjaśnień i wówczas wykonawca będzie zobowiązany do ich udzielenia do niedzieli włącznie, co jest niepotrzebne, ponieważ w niedzielę pracownicy Zamawiającego nie pracują - nie jest to bowiem usługa, która musi być wykonywana w systemie ciągłym 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu (tak jak np. odśnieżanie),
- 2) 2 - dniowy termin na dokonanie aktualizacji danych o MGO i wyposażenia MGO w odpowiednie pojemniki i worki oraz włączenie danej nieruchomości do systemu odbioru, który jest zbyt krótki z uwagi na to, że w przypadku pojawienia się nowych nieruchomości Wykonawca musi dokonać wizji lokalnej w celu określenia liczby i wielkości pojemników odpowiednich dla danej nieruchomości oraz wyznaczyć miejsca ustawienia pojemników, wyposażyć pojemniki w transpondery RF aktualizacji danych nieruchomości, aktualizacji tras przejazdów pojazdów odbierających odpady oraz ewentualnie aktualizacji harmonogramy odbioru odpadów,
- 3) 7 - dniowy termin od zakończenia miesiąca na przekazanie Zamawiającemu szczegółowych raportów miesięcznych, zawierających między innymi dane dotyczące ilości odebranych odpadów każdej frakcji, ilości pojemników, z których zostały odebrane odpady, zmianach danych o MGO oraz „wszelkie zdarzenia i dane objęte niniejszą umową oraz OPZ nie jest możliwe wykonanie obowiązku w tak krótkim terminie, ze względu na zakres i szczegółowość danych, których żąda Zamawiający, a także z uwagi na fakt, że dane z ostatnich dni danego miesiąca mogą nie być pełne,
- 4) 12 - godzinny termin od wezwania Zamawiającego na odebranie odpadów komunalnych przez Wykonawcę, w sytuacji braku odbioru zgodnie z harmonogramem; termin ten jest zbyt krótki z przyczyn organizacyjnych - pojazdy odbierające odpady mają wyznaczone trasy, których nagła zmiana może doprowadzić do kolejnego braku odbioru, ponadto zgłoszenie przez Zamawiającego konieczności odbioru np. w późnych godzinach popołudniowych może spowodować, że obiór odpadów wyznaczonym terminie nie będzie w ogóle możliwy,
- 5) 21 - dniowy termin na przeprowadzenie inwentaryzacji MGO przynależnych do nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, który jest terminem nierealnym z uwagi na to, że Wykonawca może dokonać inwentaryzacji MGO po wcześniejszym podstawieniu pojemników na odpady. Wynik inwentaryzacji, zgodnie z postanowieniami SIWZ, powinien zawierać informacje dotyczące pojemników przypisanych do danego MGO, zaś podstawienie

pojemników na odpady ma nastąpić najpóźniej 14 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia,

6) 7 - dniowy termin od podpisania umowy, na przedstawienie Zamawiającemu propozycji lokalizacji „gniazd” do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych; termin ten jest zbyt krótki z uwagi na konieczność przeprowadzenia przez Wykonawcę wizji lokalnej, w celu ustalenia równomiernego rozmieszczenia „gniazd” w całym sektorze oraz w celu upewnienia się, że rozmieszczone pojemniki nie będą zagrazać bezpieczeństwu, a także ustalenia zasad, odpłatności zajęcia danego terenu pod ustawienie gniazd - wykonawca po ustaleniu optymalnego rozmieszczenia gniazd będzie zobowiązany ustalić, kto jest właścicielem posesji i zawrzeć z nim stosowną umowę - dlatego też wnioskowany termin 30 dniowy jest niezbędnym minimum na dokonanie powyższych czynności,

7) nie dłuższy niż 14 dni, a wyznaczony przez Zamawiającego termin, na zorganizowanie i wyposażenie „gniazd” do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych; tak określony termin uprawnia Zamawiającego do wyznaczenia Wykonawcy rażąco krótkiego terminu na wykonanie obowiązku, np. w wymiarze jednego dnia, co jest terminem niemożliwym do zachowania,

8) 7 - dniowy termin od podpisania umowy na przedstawienie Zamawiającemu harmonogramu podstawienia pojemników i kontenerów - stanowi to zbędne ograniczenie, ponieważ Zamawiającemu winno zależeć, aby harmonogram otrzymać przed rozpoczęciem realizacji umowy, nie zaś krótko po jej podpisaniu, która może zostać podpisana nawet na 2 miesiące przed terminem rozpoczęcia realizacji usługi,

9) 12 - godzinny termin na odbiór przepelnionych pojemników; jak w punkcie 4.

Odwołujący wskazywał, że określanie przez Zamawiającego warunków i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia powinno mieć na celu zapewnienie należytego wykonania zamówienia, i nie powinno wynikać z niczym nieuzasadnionych upodobań Zamawiającego. Wskazane przez Zamawiającego terminy nie usprawniają realizacji zamówienia, lecz ją utrudniają. Określenie terminów na poziomie wskazanym w SIWZ, powoduje, że żaden wykonawca nie będzie w stanie wywiązać się z nałożonych obowiązków terminowo, co łatwo doprowadzi do naliczenia Wykonawcy kar umownych i nadmiernego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy (przy wysokich karach umownych wskazanych w projekcie umowy), tym bardziej, że właściciele nieruchomości nie dysponują praktycznie żadnymi roszczeniami względem Zamawiającego za niewykonanie ustawowych obowiązków spoczywających na Zamawiającym względem mieszkańców gminy.

Odpowiedzialność wykonawcy za przepelnienie pojemników

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest między innymi wyposażenie wszystkich MGO w odpowiednie pojemniki, kontenery oraz worki do gromadzenia odpadów komunalnych.

Zgodnie z rozdziałem 1.4.2.2 akapit 2 SIWZ, Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek określenia rodzaju, potrzebnej liczby i pojemności pojemników w danym sektorze, uwzględniając częstotliwość wywozu zgodne z OPZ i przepisami prawa miejscowego. Na wykonawcę nałożono również obowiązek optymalizacji pojemności podstawionych pojemników lub częstotliwości odbioru, w zabudowie wielorodzinnej w celu niedopuszczenia do przepełniania pojemników.

Jednocześnie Zamawiający udostępnił, jako załącznik do SIWZ, jedynie bazę adresową nieruchomości zamieszkałych. We wskazanym zestawieniu Zamawiający nie podał ilości odpadów, które zostały odebrane w okresie ostatnich 6 miesięcy, pomimo że dysponuje stosownymi danymi, które wykonawcy mają obowiązek dostarczać Zamawiającemu wraz z fakturą, a które to dane Zamawiający posiada. W udostępnionej bazie adresowej ograniczono się do wskazania ulicy i numeru nieruchomości, z której będą obierane odpady w danym sektorze. Stwierdzić należy, że Wykonawca nie posiada wystarczających informacji, aby móc dokładnie dobrać pojemniki dla każdej nieruchomości. Posiada je natomiast Zamawiający i winien je udostępnić celem prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei umożliwi wykonawcom prawidłową kalkulację kosztów. Nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności, w postaci naliczania kar umownych, za każdorazowe przepełnienie pojemnika, nie znajduje logicznego uzasadnienia. Wykonawca szacuje liczbę i wielkość pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych według swojej najlepszej wiedzy, uwzględniając swoje doświadczenie oraz dotychczasowe dane, zaś odbiór odpadów następuje zgodnie z ustalonym (i zatwierdzonym przez Zamawiającego) harmonogramem. Wykonawca wywiązuje się więc z nałożonych na niego obowiązków i nie ma fizycznej możliwości codziennego sprawdzania, czy żaden z pojemników nie jest przepełniony. To na właścicielach nieruchomości powinien ciążyć obowiązek zgłaszania zapotrzebowania na dodatkowe pojemniki. Wykonawca nie jest w stanie stwierdzić na podstawie jednego odosobnionego przepełnienia się pojemnika, czy będzie to sytuacja powtarzająca się. Zaś podstawianie przez Wykonawcę dużej liczby pojemników w celu uniknięcia naliczenia kar umownych, może prowadzić do spowodowania zagrożenia dla bezpieczeństwa w miejscach gromadzenia odpadów.

Zamawiający wskazał w rozdziale 1.4.2.2 SIWZ, że Wykonawca ma dokonać oszacowania rodzaju, liczby i pojemności pojemników w danym sektorze, na podstawie danych pozyskanych z inwentaryzacji MGO. Takie stwierdzenie Zamawiającego, a także nieudostępnienie Wykonawcy niezbędnych danych, jednoznacznie wskazuje, że wykonawca nie ma na etapie składania ofert wystarczających danych dla oszacowania ilości i wielkości pojemników, a tym samym nie ma możliwości skalkulowania ceny ofertowej.

Wymagania dla pojazdów

W rozdziale 1 podrozdziale 1.2 pkt 1) tiret a) Zamawiający wskazał, że każdy pojemnik powinien być wyposażony w transponder (RFID), kompatybilny z systemem do identyfikacji pojemników, zainstalowany na pojazdach Wykonawcy obierających odpady komunalne. „System do identyfikacji pojemników musi umożliwiać przypisanie pojemników/kontenerów do konkretnego MGO oraz określonej frakcji odpadów. Przy każdorazowym opróżnieniu każdego pojemnika/kontenera system będzie musiał zarejestrować to zdarzenie i przesać dane za pośrednictwem komputerowego systemu monitoringu pracy pojazdów do systemu Wykonawcy”.

Ponadto w rozdziale 2 podrozdziale 2.2.3 (Wymagania stawiane pojazdom) wskazano, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie obierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122), w zakresie ilości i wyposażenia pojazdów używanych do realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia wszystkich pojazdów używanych do realizacji zamówienia między innymi w:

- 1) „moduły oparte na systemie pozycjonowania satelitarnego GPS do określenia rzeczywistego przebiegu trasy i do określenia w czasie rzeczywistym położenia pojazdów; położenie pojazdów powinno być przedstawione za pomocą specjalnego oprogramowania (komputerowy system monitoringu pracy pojazdów) w sposób graficzny na aktualnej mapie miasta Białystok i w promieniu 60 km od jego granic oraz zapisywanie w czasie rzeczywistym, w celu późniejszego odtworzenia...” (pkt 2.2.3 ppkt 2 litera b OPZ),
- 2) „system identyfikacji pojemników składający się anten pozwalających na automatyczną radiową identyfikację pojemników podczas rozładunku oraz modułu wysyłającego automatycznie informacje do posiadanego przez Wykonawcę komputerowego systemu monitorowania pojazdów” (pkt 2.2.3 ppkt 2 litera c OPZ).

Ponadto wskazano, że wszystkie dane powinny na bieżąco trafiać do systemu (w trybie online).

Zamawiający wskazał, że wymagania stawiane pojazdom zostają określone „zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie obierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122), w zakresie ilości i wyposażenia pojazdów używanych do realizacji przedmiotu zamówienia”. Powyższe nie jest prawdą gdyż wyżej wskazane wymagania wykraczają poza wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 25 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości musi zapewnić, aby pojazdy były wyposażone w system monitoringu

bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju oraz system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów. Rozporządzenie nie nakłada na podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości obowiązku wyposażenia pojazdów w system identyfikacji pojemników oraz system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiający wysyłanie danych w czasie rzeczywistym (w trybie online), mowa jest jedynie o systemie umożliwiającym trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju.

Zamawiający nie jest uprawniony do nakładania na wykonawcę dodatkowych obowiązków, wykraczających poza zakres ustalony przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Z powyższego jednoznacznie wynika, że wyposażenie pojazdów w system zapewniający transmisję danych w czasie rzeczywistym, wykracza poza wymagania Rozporządzenia, gdyż wystarczające jest posiadanie przez wykonawcę oprogramowania, pozwalającego na późniejsze odczytanie wcześniej zapisanych danych. Nadmiernym jest także wymóg, aby pojazdy Wykonawcy wyposażone były w kompatybilny system do identyfikacji pojemników.

W związku z powyższym, nadmiernym jest także wymóg, aby „ Wykonawca umożliwił Zamawiającemu korzystanie ze swojego systemu do monitoringu pracy pojazdów, poprzez zainstalowanie oprogramowania i bezpłatne uruchomienie minimum dwóch licencjonowanych stanowisk na stacjach roboczych Zamawiającego na czas trwania umowy.”

Powyższe wymogi stanowią dodatkowy warunek w zakresie potencjału technicznego, nieujęty w SIWZ, ani także w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym, a wskazany dopiero w Opisie przedmiotu zamówienia oraz Projekcie Umowy, a ich wprowadzenie ogranicza uczciwą konkurencję - zwłaszcza wobec wymogów wskazanych w Rozporządzeniu, która mają charakter prawa powszechnie obowiązującego, a nadto stanowi zmianę warunków w stosunku do opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto należy wskazać, że system monitoringu pojazdów ma służyć następczej kontroli, Zamawiający nie musi wiedzieć, czy dany pojazd znajduje się w konkretnym momencie w danym konkretnym miejscu, ponieważ do celów kontrolnych wystarczy zapoznać się z ewidencją z monitoringu post factum. Tymczasem Zamawiający wymaga zapewnienia mu możliwości pracy z monitoringiem w czasie rzeczywistym w trybie online, co jest zbędne i służyć ma jedynie możliwości dodatkowego karania za brak łączności w trybie online.

Rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia w stosunku do ogłoszenia

Postanowienia SIWZ wymagają także od Wykonawcy, aby przeszkolił w zakresie obsługi przekazanego systemu do 15 pracowników Zamawiającego. Obowiązek posiadania oprogramowania, umożliwiającego odczytywanie zebranych danych, dotyczy podmiotu

odbierającego odpady komunalne, a nie, podmiotu udzielającego zamówienie. Wykonawca powinien jedynie udostępniać Zamawiającemu zapisane dane, w celu kontroli i nadzorowania pracy pojazdów Wykonawcy. Powyższe wymagania są zbyt restrykcyjne i powodują powstawanie nadmiernych kosztów po stronie Wykonawcy, związanych z instalacją oprogramowania i przeszkolenia pracowników Zamawiającego w zakresie jego obsługi. Ponadto wykraczają istotnie poza zakres przedmiotu zamówienia.

Ponadto, nałożenie na Wykonawcę obowiązku przeszkolenia pracowników Zamawiającego stanowi rozszerzenie, w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu, przedmiotu zamówienia o dodatkową usługę. W ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z podanymi przez Zamawiającego kodami CPV na str. 2 ogłoszenia, są: usługi wywozu odpadów (kod CPV - 90511000), usługi transportu odpadów (kod CPV - 905 12000), usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych (kod CPV - 090513100) oraz pojemniki i kosze na odpady i śmieci (kod CPV - 34928480). Jak wynika z powyższego, nie wskazano w ogłoszeniu o zamówieniu, że przedmiotem zamówienia jest również świadczenie usług szkoleniowych. Zapis OPZ wprowadzający obowiązek wykonawcy do przeszkolenia pracowników Zamawiającego jest więc sprzeczny z treścią ogłoszenia o zamówieniu.

Sprzeczność SIWZ z ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym

Postanowienia SIWZ są sprzeczne z ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Dz.U/S. S4 3903-2014-PL w następującym zakresie:

- 1) w § 3 ust. 1 pkt 2 Projektu umowy wprowadzono dodatkowy warunek w postaci posiadania wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny - wymóg taki nie wynikał z ogłoszenia, ani także Instrukcji dla wykonawców,
- 2) w rozdziale 2 podrozdziale 2.2.3 (Wymagania stawiane pojazdom) Opisu przedmiotu zamówienia rozszerzono znacznie wymogi dotyczące pojazdów, za pomocą których wykonawcy mają realizować usługi w zakresie systemu monitoringu wykraczającego swoim zakresem znacznie ponad obowiązkowe wymogi wynikające z Rozporządzenia – w ogłoszeniu nie wskazano dodatkowych wymogów, a zatem wykonawca winien spełniać warunki w odniesieniu do pojazdów wynikające z przepisów obowiązującego powszechnie prawa,
- 3) w rozdziale 2.2.3. Opisu przedmiotu zamówienia (str. 31) Zamawiający zażądał dodatkowej (w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu) usługi w postaci zapewnienia dwóch licencjonowanych stanowisk na stacjach roboczych Zamawiającego oraz usługi przeszkolenia 15 pracowników Zamawiającego w zakresie obsługi systemu, co stanowi zmianę opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do opisanego w ogłoszeniu.

Wyłączenie obowiązków właścicieli nieruchomości

Zgodnie z 1.2 akapitem 4 OPZ: „Przez cały okres trwania umowy na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości podpisanej z Wykonawcą wyłonionym na podstawie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego właściciel, zarządca, użytkownik nieruchomości nie będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów, opłat ani kaucji związanych z wyposażeniem nieruchomości w:

- 1) pojemniki przeznaczone do gromadzenia zmieszanych odpadów komunalnych;
- 2) pojemniki i worki przeznaczone do gromadzenia selektywnie zebranego szkła;
- 3) pojemniki i worki przeznaczone do gromadzenia zmieszanych odpadów suchych;
- 4) pojemniki wchodzące w skład „gniazd”.

Ponadto zgodnie z pkt 1.4.2.2 akapitem 3 OPZ, to Wykonawca jest zobowiązany do zabezpieczenia odpowiedniej liczby pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych na wypadek ich zniszczenia lub wyeksploatowania.

Powyższy zapis wyłącza obowiązki właścicieli nieruchomości związane z wyposażeniem nieruchomości w pojemniki, co więcej wyłącza jakiegokolwiek obowiązki w zakresie utrzymania w należytym stanie dostarczonych pojemników. Powoduje to powstanie sytuacji, w której wykonawca nie ma jakichkolwiek możliwości dyscyplinowania i wpływania na zachowania właścicieli nieruchomości. Nie będzie możliwe egzekwowanie kosztów związanych ze zniszczeniami pojemników, wynikającymi z przyczyn leżących po stronie właścicieli nieruchomości, nawet gdy zniszczenie będzie umyślne. W takiej sytuacji Wykonawca, bez możliwości wyegzekwowania poniesionej straty, będzie zobowiązany dostarczać na swój koszt nowy pojemnik do gromadzenia odpadów. Powyższy zapis SIWZ powoduje więc przeniesienie całego ryzyka związanego z dostarczeniem i utrzymaniem pojemników do gromadzenia odpadów na Wykonawcę, co może powodować powstawanie po stronie Wykonawcy niewspółmiernej szkody, a także bezkarność właścicieli nieruchomości powodujących powstawanie tej szkody. Ponadto, nie zostały przyznane Wykonawcy/jakiegokolwiek środki umożliwiające zdyscyplinowanie właścicieli nieruchomości do udostępniania Wykonawcy pojemników na odpady w celu ich opróżniania, konserwacji czy też czyszczenia dezynfekcji.

Zastrzeżenia do raportów/wyników inwentaryzacji

Zgodnie z § 6 ust. 3 Projektu umowy, raporty miesięczne przekazane przez Wykonawcę są zatwierdzane przez Zamawiającego bez zastrzeżeń albo z zastrzeżeniami. Zatwierdzony raport miesięczny jest podstawą do wystawienia faktury za wykonaną usługę.

Podobnie zgodnie z § 7 ust. 5 Projektu umowy, wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu inwentaryzacji MGO będzie płatne w dwóch ratach. Zapłata pierwszej raty w wysokości 50 % nastąpi po zatwierdzeniu przez Zamawiającego wyniku inwentaryzacji MGO.

W obu wyżej wskazanych przypadkach Zamawiający zastrzegł, że raporty, czy wyniki inwentaryzacji muszą zostać zatwierdzone. Zamawiający nie wskazał przesłanek, które będą stanowić podstawę do odrzucenia raportów czy wyników oraz nie przewidział żadnej procedury umożliwiającej Wykonawcy usunięcie braków. Od arbitralnej decyzji wyłącznie Zamawiającego będzie zależało, czy dokona on zatwierdzenia przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów. Wykonawca zaś, z powodu braku jakiegokolwiek procedury odwoławczej czy pozwalającej na uzupełnieniu uchybień, nie będzie mógł wpłynąć na rozstrzygnięcie Zamawiającego.

Zakaz przeładunku odpadów komunalnych

W rozdziale 3 pkt 7 Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zakazał przeładunku odpadów komunalnych. Aktualnie przeładunek ten jest dopuszczalny, co nie rodzi żadnych negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego ani dla prawidłowego wykonania usługi. Nie ma zatem uzasadnienia, aby dodatkowo utrudniać wykonawcom realizację usługi z częściowym przeładunkiem odpadów, przy zachowaniu wszelkich innych wymogów wynikających z przepisów obowiązującego prawa oraz postanowień Opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- I. Unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego
lub ewentualnie
- II. Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie Instrukcji dla wykonawców poprzez wykreślenie treści ust. 4 pkt 4),
- III. Nakazanie dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie Projektu umowy poprzez:
 - 1) zmianę § 4 ust. 3 poprzez wskazanie terminu 3 dni roboczych na przekazanie informacji i wyjaśnień dotyczących realizacji Umowy na każde żądanie Zamawiającego,
 - 2) zmianę treści § 4 ust. 6 poprzez dostosowanie wartości sumy ubezpieczenia OC do wartości wynikającej z warunków udziału w postępowaniu wynikających z ogłoszenia, a także usunięcie wygórowanej kary umownej (0,5% wymaganej sumy ubezpieczenia za każdy dzień opóźnienia w przedłożeniu polisy),
 - 3) zmianę treści § 4 ust. 7 poprzez wprowadzenie 5 - dniowego terminu na aktualizację danych MGO i wyposażenia MGO w pojemniki oraz włączenie danej nieruchomości do systemu odbioru,
 - 4) zmianę § 4 ust. 8 poprzez wprowadzenie zasady odpowiedzialności Wykonawcy wyłącznie za wykonanie czynności zależnych od Wykonawcy z wyłączeniem

odpowiedzialności za dokonanie czynności, do których niezbędna jest współpraca osób trzecich, w szczególności właścicieli nieruchomości,

5) zmianę § 4 ust. 9 poprzez wprowadzenie zasady zawinienia Wykonawcy w odniesieniu do szkód na osobach i mieniu powstałych podczas i w związku z realizacją przedmiotu Umowy,

6) wykreślenie treści § 6 ust. 1 pkt i), jako niedookreślonego lub ewentualnie sprecyzowanie w odniesieniu, do jakich danych Zamawiający wymaga ich przekazania,

7) zmianę treści § 6 ust. 2 poprzez wyznaczenie 14 - dniowego terminu od dnia zakończenia miesiąca, którego dotyczy raport, na przekazanie Zamawiającemu raportów miesięcznych,

8) zmianę § 6 ust. 3 poprzez ustalenie jednoznacznych przesłanek odrzucenia raportu i wprowadzenie procedury usunięcia przyczyn odrzucenia raportu,

9) zmianę § 6 ust. 8 poprzez dokładne określenie terminu, w jakim wykonawca ma przekazywać informacje,

10) wprowadzenie zapisu wskazującego przesłanki skutkujące brakiem zatwierdzenia wyników inwentaryzacji oraz jednoznacznie wskazującego procedurę usunięcia przyczyn odmowy zatwierdzenia inwentaryzacji,

11) zmianę § 7 ust. 14 poprzez sprecyzowanie, co Zamawiający będzie rozumiał przez niemożność ustalenia pochodzenia albo ilości odpadów,

12) zmianę § 8 ust. 1 pkt c) poprzez usunięcie wygórowanej kary umownej i zastąpienie jej kwotą 10 zł,

13) zmianę § 8 ust. 1 pkt d) poprzez usunięcie wygórowanej kary umownej i zastąpienie jej kwotą odpowiednio 10, 15 i 25 zł,

14) usunięcie zapisu § 8 ust. 1 pkt e) lub ewentualnie wprowadzenie kary umownej dopiero po czterokrotnym przepełnieniu pojemnika,

15) zmianę § 8 ust. 1 lit. g) poprzez obniżenie kary umownej do kwoty 10 zł,

16) zmianę § 8 ust. 1 pkt h) poprzez usunięcie wygórowanej kary umownej i zastąpienie jej wartością 100 zł,

17) usunięcie § 8 ust. 1 pkt i),

18) zmianę § 8 ust. 1 pkt j) poprzez zastąpienie wygórowanej kary umownej wartością 150 zł,

19) usunięcie § 8 ust. 1 pkt l)

20) zmianę § 8 ust. 1 pkt m) poprzez zastąpienie wygórowanej kary umownej wartością 100 zł,

21) zmianę § 8 ust. 1 pkt o) poprzez zastąpienie wygórowanej kary umownej wartością 100 zł,

- 22) zmianę § 8 ust. 1 pkt r) poprzez określenie terminu, w jakim Wykonawca ma dokonać wymiany uszkodzonej naklejki, nie krótszego niż 7 dni,
- 23) zmianę § 8 ust. 1 pkt s) poprzez obniżenie rażąco wygórowanej kary umownej do wartości 15 zł,
- 24) usunięcie § 8 ust. 1 pkt t) jako przewidującego karę umowną za de facto to samo przewinienie jak w § 8 ust. 1 pkt 1 lit. s),
- 25) zmianę § 8 ust. 1 pkt u) poprzez obniżenie wygórowanej kary umownej do wartości 200 zł i doprecyzowanie że „za każdy przypadek mieszania przez Wykonawcę zmieszanych odpadów komunalnych z innymi frakcjami”
- 26) zmianę § 8 ust. 1 pkt v) poprzez obniżenie wygórowanej kary umownej do wartości 200 zł i doprecyzowanie że „za każdy przypadek mieszania przez Wykonawcę selektywnie zebranych odpadów komunalnych z selektywnie zebranymi odpadami o innym kodzie”,
- 27) zmianę § 8 ust. 1 pkt y) poprzez obniżenie wygórowanej kary umownej do wartości 1000 zł,
- 28) zmianę § 8 ust. 1 pkt z) poprzez obniżenie wygórowanej kary umownej do wartości 500 zł,
- 29) § 8 ust. 3 poprzez przyznanie obu stronom umowy prawa do żądania odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych,
- 30) usunięcie § 8 ust. 6, jako przewidującego podwójne „karanie” za to samo przewinienie,
- 31) zmianę § 10 ust. 1 lit. a) poprzez, wskazanie, że Zamawiającemu przysługuje prawo rozwiązania umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym w przypadku niewyposażenia 10 % MGO w odpowiednie pojemniki lub kontenery do gromadzenia odpadów komunalnych do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych oraz wprowadzenie procedury, w której Wykonawca będzie mógł uzupełnić powyższy brak,
- 32) zmianę § 10 ust. 1 pkt d) poprzez nadanie mu treści: ”przerwania wykonywania przedmiotu Umowy na okres dłuższy niż 3 dni robocze następujące bezpośrednio po sobie”,
- 33) zmianę § 10 ust. 3 pkt a) i nadanie mu następującej treści: „gdy łączna wysokość kar umownych naliczonych Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 1 przekroczy 10 % łącznego wynagrodzenia Wykonawcy”,
- 34) zmianę § 10 ust. 3 pkt b) poprzez wskazanie 2 - dniowego terminu (w miejsce 12 godzinnego) od wezwania Zamawiającego na odebranie odpadów z MGO lub „gniazda”,
- 35) zmianę § 10 ust. 5 w poprzez wykreślenie zwrotu „Odstąpienie od Umowy”
- 36) zmianę § 10 ust. 6 poprzez wykreślenie obowiązku Wykonawcy do wezwania Zamawiającego do wykonania zobowiązania wyznaczając dodatkowy 14 - dniowy termin.

- IV. Dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia poprzez:
- 1) ograniczenie wymogów w zakresie potencjału technicznego w postaci pojazdów do warunków wynikających z Rozporządzenia, tj.:
 - a) wymagania dysponowania pojazdami wyposażonymi w zainstalowany w kompatybilny system do identyfikacji pojemników, składający się z anten pozwalających na automatyczną radiową identyfikację pojemników podczas rozładunku oraz modułu wysyłającego automatycznie informacje do systemu monitorowania pracy pojazdów,
 - b) wymagania aby urządzenia, w które wyposażone będą pojazdy Wykonawcy, przekazywały dane na bieżąco do systemu (w trybie online), poza zakres wymagany rozporządzeniem,
 - 2) usunięcie zapisów rozdziału 1 podrozdziału 1.2 akapitu 4 oraz wprowadzenie obciążenia Zamawiającego opłatą za każdy kolejny dostarczony pojemnik w miejsce utraconego, uszkodzonego lub zniszczonego,
 - 3) zmianę rozdziału 1 podrozdziału 1.3.1 pkt 3) poprzez wyznaczenie 6 - tygodniowego terminu od dnia podpisania umowy na przeprowadzenie inwentaryzacji wszystkich MGO przynależnych do nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, przy założeniu zakończenia inwentaryzacji do dnia rozpoczęcia realizacji usługi,
 - 4) wprowadzenie w rozdziale 1.4.2. szacowania ilości odpadów w oparciu o dane co do ilości odpadów pochodzące z ostatnich sześciu miesięcy,
 - 5) zmianę zapisu rozdziału 1 podrozdziału 1.4.2.2 akapitu 3 poprzez usunięcie obowiązku Wykonawcy do zabezpieczenia odpowiedniej liczby pojemników na wypadek ich zniszczenia, chyba że zniszczenie nastąpi z winy Wykonawcy,
 - 6) zmianę zapisów rozdziału 1 podrozdziału 1.5. pkt 1 poprzez wyznaczenie co najmniej 30-dniowego terminu od dnia podpisania umowy na przedstawienie przez Wykonawcę propozycji lokalizacji „gniazd”,
 - 7) zmianę zapisu rozdziału 1 podrozdziału 1.5. pkt 5 poprzez wskazanie, że Wykonawca wyposaży punkty do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 14 dni,
 - 8) zmianę zapisu rozdziału 2 podrozdziału 2.2.2 pkt 1) poprzez wyznaczenie 14 - dniowego terminu od dnia podpisania umowy na przedstawienie harmonogramu podstawienia pojemników i kontenerów,
 - 9) zmianę zapisów rozdziału 2 podrozdziału 2.2.2 akapit 1 poprzez wyznaczenie 5 - dniowego terminu na wyposażenie nieruchomości, które nie są objęte systemem odbioru odpadów w odpowiedni pojemnik oraz włączenie nieruchomości do systemu odbioru,
 - 10) usunięcie zapisu rozdziału 2 podrozdziału 2.2.3 pkt 2) g) ii,

- 11) zmianę rozdziału 2 podrozdziału 2.2.5.1 pkt 1) e) poprzez wyznaczenie 1 - dniowego terminu na odbiór przepelnionych pojemników,
- 12) zmianę rozdziału 2 podrozdziału 2.2.5.1 pkt 1) f) poprzez usunięcie zwrotu „wg wyboru Zamawiającego”,
- 13) zmianę zapisów rozdziału 2 podrozdziału 2.2.6 pkt 2) poprzez wyznaczenie terminu w wymiarze 2 dni roboczych na zgłaszanie Zamawiającemu nieprawidłowości związanych ze świadczeniem usług,
- 14) zmianę zapisu rozdziału 3 pkt 7 poprzez usunięcie zakazu przeładowywania odpadów komunalnych.

Ponadto wnosił „o nakazanie Zamawiającemu dokonania innych czynności faktycznych i prawnych niezbędnych do zapewnienia poprawności postępowania w związku z wnioskowanymi wyżej zmianami”.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy

A. "Czyścioch Bis" Sp. z o.o., ul. Hubala 18, 16-400 Suwałki,

B. "CZYŚCIOCH" Sp. z o.o., ul. Gen. Franciszka Kleeberga 20, 15-691 Białystok,

C. ASTWA Recykling Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-102 Białystok,

D. Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Sp. k., ul. Fabryczna 1/419-412,

15-482 Białystok,

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione

Podstawowym zarzutem odwołania, o charakterze ogólnym, był zarzut naruszenia równowagi stron, czy to przez opis przedmiotu zamówienia, czy przez postanowienia umowne. Jednak zasada równości stron może podlegać różnym ograniczeniom.

Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

Należy też zauważyć, że zarzuty podnoszone w odwołaniu przez Odwołującego (w większości oparte na naruszeniu równowagi stron, nałożeniu na wykonawcę nadmiernych obowiązków), nie prowadzą w żaden sposób do wykazania, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców – w związku z kwestionowanymi postanowieniami dotyczącymi, przykładowo, kar umownych, wszyscy potencjalni wykonawcy są w tej samej sytuacji i żaden z nich nie jest dyskryminowany. Jeden z przystępujących podnosił na rozprawie, że nie jest w stanie wyposażyć pojazdów realizujących usługę u Zamawiającego w sposób zgodny z jego oczekiwaniami, ponieważ byłby to dla niego zbyt wysoki koszt. Taki argument nie może przemawiać za obniżeniem stawianych przez Zamawiającego wymagań, jeżeli są one adekwatne do przedmiotu zamówienia i wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego. Koszt podniesienia standardu wyposażenia pojazdów może wykonawca wliczyć w cenę usługi; nie może mieć znaczenia, że niektórzy wykonawcy funkcjonujący na rynku usług relewantnych do przedmiotu zamówienia nie posiadają wyposażenia, jakiego oczekuje Zamawiający przy realizacji umowy (zresztą nie podnoszono, że wyposażenie to jest trudno dostępne).

Tak samo za niezastługujące na aprobatę należy uznać zarzuty zmierzające do ograniczenia wymagań Zamawiającego jedynie do poziomu wynikającego z przepisów. Oznaczałoby to, że Zamawiający nie może w żadnym wypadku zamówić w trybie Prawa zamówień publicznych niczego o standardach ponadminimalnych, dostosowanego do własnych potrzeb. Trudno zrozumieć taką argumentację Odwołującego – celem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie jest przecież nabycie usługi o możliwie niskim standardzie, po to, aby zrealizować ją mógł możliwie najszerszy krąg wykonawców, ale dopuszczenie do realizacji usługi adekwatnej do potrzeb Zamawiającego wykonawców zdolnych do jej wykonania, na równych zasadach.

Żadna z kar umownych kwestionowanych w odwołaniu nie została uznana przez skład orzekający za nadmierną czy godzącą w zasadę równego traktowania wykonawców. Celowe wydaje się działanie Zamawiającego mające zdyscyplinować wykonawcę przy

realizacji umowy. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że którakolwiek z objętych odwołaniem kar umownych narusza przepisy Prawa zamówień publicznych. Analogiczne stanowisko wyraziła już wielokrotnie, akceptując prawo instytucji zamawiającej do obwarowania umowy o zamówienie publiczne karami umownymi nakładanymi na wykonawcę - przykładowo w wyroku z dnia 22 grudnia 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1431/08), w którym Izba stwierdziła, iż: „Na gruncie p.z.p., kara umowna ma szczególne znaczenie. Bardzo istotna jest funkcja prewencyjno-wychowawcza, z punktu widzenia której, kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy.”, w wyroku z dnia 28 kwietnia 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 469/09) „Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do Zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami.”, w wyroku z dnia 11 listopada 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 779/08), podkreśla, iż „kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, szczególnie istotny w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie Zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta.”

W wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 779/13, Izba wskazała na zasady dotyczące kar umownych, nie mogące być kwestionowane, o charakterze ogólnym: „Kary umowne, mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w Kodeksie cywilnym. Strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej, ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania.”. W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający podjął już próbę zmierzającą do udzielenia zamówienia na przedmiot będący aktualnie przedmiotem postępowania, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19/01/2013 r., nr 2013/S 014-019526, postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego). W poprzednim postępowaniu wniesiono odwołanie, w którym część zarzutów była zbliżona do zarzutów w niniejszym postępowaniu odwoławczym (kary umowne, wyposażenie pojazdów w moduły GPS, ubezpieczenie na okres realizacji umowy), Izba nie jest związana orzeczeniem sygn. akt KIO 779/13, niemniej

jednak podzieliła stanowisko składu orzekającego co do rozstrzygnięcia podobnych zarzutów.

Oдноśnie wymagań Zamawiającego wskazujących na obowiązki wykonawców podczas realizacji przedmiotu umowy (posiadanie ubezpieczenie OC przez cały okres realizacji umowy, posiadanie wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt) Izba podkreśla, że wymogów tych nie można utożsamiać z warunkami udziału w postępowaniu – co z argumentacji Odwołującego zdawało się wynikać. Zamawiający ma prawo, opisując sposób realizacji zamówienia, wymagać, aby wykonawca objął swoim ubezpieczeniem cały okres realizacji umowy; trudno też podważyć skutecznie wymóg Zamawiającego odośnie posiadania wpisu do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt – skoro Odwołujący nie kwestionuje, że wymóg taki, przy realizacji przedmiotu zamówienia, wymagany jest przez przepisy prawa – Odwołujący nie kwestionował też na rozprawie wskazania Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że jest on wpisany do takiego rejestru, zatem trudno byłoby się dopatrzeć w żądaniu Zamawiającego wpisu do rejestru takiego naruszenia przepisu Prawa zamówień publicznych, które mogłoby przeszkodzić Odwołującemu w ewentualnym uzyskaniu zamówienia.

Izba oceniając podniesione zarzuty, miała również ma na względzie art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że Odwołujący może wobec działań podejmowanych przez Zamawiającego podnosić zarzuty naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, a zarzuty naruszenia przepisów innych ustaw wyłącznie wtedy, gdy Prawo zamówień publicznych bezpośrednio do nich odsyła i o ile przepisy te mają charakter przepisów ius cogens. W przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego. W konsekwencji, wobec wielu zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Izba oceniając wzór umowy pod kątem zgodności z przepisami stwierdziła, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy. Odnosząc się szczegółowo do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje:

I. Tekst Instrukcji dla Wykonawców: ust. 4 pkt 4) – Odwołujący kwestionował zastrzeżenie możliwości skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji dotyczącego liczby „gniazd” do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, w ten sposób, że Zamawiający podczas realizacji zamówienia będzie mógł żądać zwiększenia liczby gniazd o 100 % w danym sektorze, podczas gdy umieszczenie tego zapisu stanowi obejście przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tak sformułowanego zarzutu. W cenie składu orzekającego zastrzeżenie możliwości skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji dotyczącego liczby „gniazd” do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych nie jest obejściem przepisów, ponieważ Zamawiający nie podwaja w ten sposób przedmiotu zamówienia, jedynie ma prawo do zwiększenia jednego z jego elementów. Trafnie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że trudno w dopuszczeniu prawa opcji dostrzec naruszenie czyjegokolwiek prawa podmiotowego, a przepis art. 34 ust. 5 Prawa zamówień publicznych ma zapobiegać ewentualnemu zaniżeniu szacowanej wartości zamówienia. Skład orzekający wskazuje, że prawo opcji w żaden sposób nie narusza interesów wykonawcy – w formularzu cenowym podaje się cenę jednostkową brutto za miesiąc funkcjonowania gniazda, dodatkowe (wynikające z ustawienia w ramach prawa opcji) gniazda będą płatne w sposób określony w § 7 ust. 7 projektu umowy.

II. Tekst Tomu II - Projekt umowy

1) **§ 3 ust. 1 pkt 2** – Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do posiadania wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny w warunkach braku takiego wymogu w Tekście Instrukcji dla Wykonawców w zakresie warunków udziału w postępowaniu,

Izba uznała tak sformułowany zarzut za oczywiście bezzasadny. Zamawiający ma prawo wymagać szczególnego sposobu realizacji zamówienia, w tym posiadania określonych uprawnień; nie wszystkie oczekiwane podczas realizacji uprawnienia muszą znajdować odzwierciedlenie w opisie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, często złożenie wraz z ofertą wszystkich wymaganych uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia byłoby wręcz niemożliwe. Trudno również nie zauważyć, że w tak sformułowanym zarzucie (skoro Odwołujący nie kwestionuje ani samej zasadności wymogu posiadania wpisu do określonego rejestru, ani nie zakwestionował twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący taki wpis posiada) nie można dostrzec takiego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które uniemożliwiłyby Odwołującemu - bądź utrudniły mu - uzyskanie

zamówienia.

- 2) **§ 4 ust. 3** – Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do niezwłocznego przekazywania informacji i wyjaśnień dotyczących realizacji Umowy na każde żądanie Zamawiającego, nie później niż **w terminie 2 dni** od dnia otrzymania zapytania, co jest terminem zbyt krótkim,

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, dlaczego termin dwudniowy jest niemożliwy do spełnienia; jest to termin na przekazanie informacji, które powinny być w posiadaniu wykonawcy w związku z realizacją umowy. Odwołujący argumentował, że nie pracuje w niedzielę, więc w przypadku, gdy termin zaczyna biec w piątek, to nie ma możliwości jego dochowania – zdaniem składu orzekającego termin dwudniowy, którego bieg zaczyna się w piątek, kończy się w poniedziałek (art. 115 kc).

- 3) **§ 4 ust. 6:**

- a) Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej związanej z realizacją Umowy, przez cały okres jej realizacji, w wysokości wyższej niż wymagana w ogłoszeniu o zamówieniu, co stanowi sprzeczność między warunkami udziału w postępowaniu z SIWZ a postanowieniami Projektu Umowy;

W ocenie Izby nie ma żadnej sprzeczności pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu z SIWZ a postanowieniami Projektu Umowy – co innego warunek udziału w postępowaniu, co innego realizacja zamówienia. Wymóg posiadania ubezpieczenia OC na czas realizacji umowy nie jest ani dotkliwy, ani nadmierny. Zamawiający ma prawo wymagać, aby wykonawca miał OC w związku z realizacją umowy.

- b) Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej za opóźnienie w przedłożeniu polisy OC w wysokości 0,5 % wymaganej sumy ubezpieczeniowej za każdy dzień opóźnienia,

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że przedłożenie polisy w wymaganym terminie jest niemożliwe do spełnienia, czy uciążliwe.

- 4) **§ 4 ust. 7** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do dokonania aktualizacji danych MGO (miejsc gromadzenia odpadów) i wyposażenia MGO w odpowiednie pojemniki i worki oraz włączenia danej nieruchomości do systemu

odbioru, **w ciągu 2 dni** od powzięcia informacji o ujawnieniu,

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że wykonanie czynności w wymaganym terminie jest niemożliwe do spełnienia, czy zbyt uciążliwe; niewątpliwie mieszkańcy muszą gdzieś odpady gromadzić. Odwołujący nie podważył też stwierdzenia Zamawiającego, że przypadki ujawnienia nieruchomości nieobjętych dotychczas systemem będą przypadkami incydentalnymi, tym bardziej w sytuacji, gdy wykonawca, zgodnie z umową dokona rzetelnej identyfikacji MGO, za co otrzymuje zresztą odrębne wynagrodzenie.

- 5) § 4 ust. 8 - Odwołujący kwestionował wprowadzenie pełnej odpowiedzialności Wykonawcy za realizację obowiązków wynikających z umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia w oderwaniu od zawinienia Wykonawcy, co skutkuje przeniesieniem pełnej odpowiedzialności za realizację usługi na Wykonawcę przy jednoczesnym braku możliwości wpływu na osoby trzecie - właścicieli nieruchomości, na rzecz których realizowane są usługi,
- 6) § 4 ust. 9 - Odwołujący kwestionował wprowadzenie pełnej odpowiedzialności odszkodowawczej Wykonawcy za szkody na mieniu i zdrowiu w oderwaniu od zawinienia Wykonawcy,

W ocenie Izby kwestionowane przez Odwołującego postanowienia ust. 8 i 9 są standardowe, i nie wynika z nich „oderwanie zawinienia”, jak twierdzi Odwołujący. Słusznie zauważa Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że powyższe postanowienia mają charakter ogólny, a pełna odpowiedzialność nie oznacza odpowiedzialności nieograniczonej.

- 7) § 6 ust. 1 lit i) - Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do przekazywania Zamawiającemu miesięcznych raportów zawierających **informacje o wszelkich zdarzeniach i danych objętych Umową oraz opisem przedmiotu zamówienia**, w sytuacji, gdy ze względów technicznych wykonanie tego obowiązku przez wykonawcę nie jest możliwe, wobec braku sprecyzowania zakresu informacji, które mają być przekazywane.

W ocenie Izby podawane w raporcie informacje muszą być skorelowane z obowiązkami wykonawcy i Zamawiający ma prawo żądać rzeczywiście wszelkich informacji związanych z realizacją umowy; pożądane byłoby, aby Zamawiający przekazał wykonawcy wzór raportu (przy podpisywaniu umowy bądź na wczesnym etapie jej realizacji), aby uniknąć niepewności co do zakresu przekazywanych w nim informacji, jednak nie jest to konieczne

na tym etapie postępowania.

- 8) **§ 6 ust. 2** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do przekazywania szczegółowych raportów miesięcznych w terminie **7 dni** od dnia zakończenia miesiąca, którego dotyczy raport.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że wykonanie czynności w wymaganym terminie jest niemożliwe do spełnienia, czy uciążliwe. Twierdził, że może nie mieć danych z „ostatnich dni poprzedniego miesiąca”, ale nie podał, skąd takie opóźnienie może wynikać i dlaczego akurat 14 dniowy termin, jaki postuluje, jest odpowiedni. Oczywiście jest, że skoro wykonawca nie będzie do upływu terminu przekazania raportu posiadał pewnych danych, nie może ich przekazać w raporcie.

- 9) **§ 6 ust. 3** - Odwołujący kwestionował wskazanie, że *„raport miesięczny jest odrzucany albo zatwierdzany przez Zamawiającego: bez zastrzeżeń albo z zastrzeżeniami”*, bez jednoczesnego wskazania przesłanek do odrzucenia raportu oraz procedury pozwalającej na usunięcie tego braku.

Faktycznie požądane byłoby opisanie przyczyn, dla których Zamawiający może raport odrzucić, jednak w ocenie Izby, skoro Odwołujący nie zaproponował postulowanej przez siebie konkretnej zmiany (katalogu przesłanek odrzucenia raportu, opisu procedury usunięcia jego braków), to Izba nie może ogólnie nakazać „usunięcia braków” kwestionowanego postanowienia umowy – ponieważ z takiego nakazu nie będzie wynikało egzekwowlane prawo wykonawcy (co skutkuje m.in. tym, że jeżeli Zamawiający podjąłby próbę wykonania takiego wyroku, to problematyczna mogłaby się stać późniejsza ocena, czy czynność Zamawiającego została wykonana zgodnie z orzeczeniem Izby). Dlatego Izba nie mogła uwzględnić tak sformułowanego zarzutu.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie art. 486 § 2 Kodeksu cywilnego, wierzyciel (w tym przypadku – Zamawiający) dopuszcza się zwłoki, gdy bez uzasadnionego powodu bądź uchyła się od zaoferowanego świadczenia (w tym przypadku – raportu), bądź oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie.

- 10) **§ 6 ust. 8** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do niezwłocznego przekazywania Zamawiającemu bieżących informacji o adresach nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i powstają odpady komunalne, a nieujętych w bazie danych prowadzonej przez Zamawiającego, bez dokładnego określenia terminu, w jakim

wykonawca ma przekazywać informację.

W ocenie Izby zarzut jest oczywiście niezasadny; „niezwłocznie” oznacza bez zbędnej zwłoki i trudno dopatrzeć się w takim określeniu terminu szkody dla wykonawcy.

11) **§ 7 ust. 5** - Odwołujący kwestionował wskazanie, że wynagrodzenie wykonawcy z tytułu inwentaryzacji MGO płatne będzie w dwóch ratach, przy czym pierwsza rata w wysokości 50 % po zatwierdzeniu przez Zamawiającego wyniku inwentaryzacji MGO, bez jednoczesnego wskazania przesłanek do odmowy zatwierdzenia wyników inwentaryzacji oraz bez jednoczesnego wskazania procedury usunięcia przyczyn odmowy zatwierdzenia inwentaryzacji,

Izba nie mogła uwzględnić przedmiotowego zarzutu z argumentacją jak powyżej odnośnie zarzutu dotyczącego § 6 ust. 3 projektu umowy. Jeżeli Zamawiający, tak jak twierdzi w odpowiedzi na odwołanie, „nie przewiduje zatwierdzenia wyników inwentaryzacji”, to umowa w § 7 ust. 5 projektu umowy powinna wskazywać raczej na „złożenie u Zamawiającego wyniku autoryzacji”.

12) **§ 7 ust. 14** - Odwołujący kwestionował wskazanie, że wykonawcy nie należy się wynagrodzenie w takim zakresie, w jakim nie można było ustalić pochodzenia albo ilości odpadów odebranych z Miasta Białystok, nie wskazując równocześnie, co Zamawiający rozumie przez niemożność ustalenia pochodzenia albo ilości odpadów,

W ocenie Izby Zamawiający ma prawo oczekiwać, że w ramach przedmiotu zamówienia będą odbierane jedynie odpady powstałe na terenie Miasta Białystok. Właśnie w tym celu Zamawiający oczekuje monitoringu online przewożonych odpadów. Zamawiający ma prawo wymagać, aby w ramach umowy odbierane były tylko „jego” odpady, a nie z innej gminy. Wobec wymagań Zamawiającego odnośnie monitoringu oczywiste jest że w razie przerwy w transmisji na bieżąco może się pojawić wątpliwość co do ilości i pochodzenia odpadów, w takiej sytuacji ewentualne ustalanie pochodzenia i ilości odpadów będzie każdorazowo uzależnione od zaistniałych okoliczności.

13) **§ 8 ust. 1 lit c)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu zwłoki w odbiorze odpadów z MGO w zabudowie jednorodzinnej objętej obowiązkiem odbierania odpadów w stosunku do terminu zgodnego z harmonogramem - w wysokości 100 zł za każdy dzień opóźnienia za jedną nieruchomość,

W ocenie Izby nie jest to kara wygórowana; wykonawca powinien odbierać odpady zgodnie z harmonogramem; nie jest to kara liczona w tysiącach ani setkach tysięcy złotych, którą rzeczywiście można byłoby uznać za nadmiernie wygórowaną. Zamawiający na rozprawie wskazywał na uciążliwości związane z zaniechaniem terminowego odbioru odpadów w zabudowie jednorodzinnej – wystawiony, a nie opróżniony w ustalonym terminie pojemnik nie tylko zaburza estetykę otoczenia, ale również może być przedmiotem aktu wandalizmu, wyrwócenia, zniszczenia, nawet przypadkowego.

14) **§ 8 ust. 1 lit d)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu opóźnienia w odbiorze odpadów w MGO w zabudowie wielorodzinnej oraz niezamieszkałej objętej obowiązkiem odbierania odpadów w stosunku do terminu zgodnego z harmonogramem - wysokości do 100 - 250 zł (w zależności od wielkości pojemnika) za każdy dzień opóźnienia za jedną nieruchomość.

Argumentacja analogiczna, jak wobec zarzutu dotyczącego § 8 ust. 1 lit c) projektu umowy. Trudno dostrzec przyczyny, dla których Odwołujący miałby nie opróżniać pojemników (co jest podstawowym celem przyszłej umowy) i dlaczego bagatelizuje ten fakt, żądając obniżenia kary umownej do postulowanej przez siebie wysokości – 10,15, 25 zł.

15) **§ 8 ust. 1 lit e)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie kary umownej za zidentyfikowane każde (także pierwsze) przepełnienie pojemnika w MGO w zabudowie wielorodzinnej objętej obowiązkiem odbierania odpadów, w sytuacji zaniechania przekazania posiadanych przez Zamawiającego dokładnych informacji o indywidualnym zapotrzebowaniu każdej nieruchomości w pojemniki, które to dane posiada Zamawiający, a nie zostały one podane w treści SIWZ.

W ocenie Izby, Zamawiający po to wprowadził procedurę inwentaryzacji MPO z odrębnym wynagrodzeniem, aby uniknąć sytuacji przepełnienia pojemników. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie trafnie wskazywał na fakt, że dopiero identyfikacja przepełnienia przez Zamawiającego będzie skutkowałą naliczeniem kary umownej, a nie każde przepełnienie – zadaniem wykonawcy jest monitorowanie ryzyka wystąpienia ewentualnego przepełnienia, a celem kary umownej – zmobilizowanie do tego wykonawcy.

16) **§ 8 ust. 1 lit. g)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu z tytułu opóźnienia w odbiorze odpadów z gniazd w stosunku do terminu zgodnego z harmonogramem w wysokości 50 zł za każdy dzień zwłoki za jedno gniazdo,

17) **§ 8 ust. 1 lit h)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu do zatwierdzenia harmonogramu odbioru odpadów - w wysokości 500 zł za każdy dzień opóźnienia,

Argumentacja analogiczna jak wyżej w zakresie kar umownych.

18) **§ 8 ust. 1 lit i):**

- a) Odwołujący kwestionował naliczenie kary umownej za nieterminowe dostarczenie harmonogramu w warunkach braku jakiegokolwiek wpływu Wykonawcy na możliwość uzyskania jakichkolwiek potwierdzeń przekazania takiego harmonogramu,

W ocenie Izby poinformowanie mieszkańców o czasie odbiorów odpadów ma istotne znaczenie dla realizacji umowy. Trudno zaakceptować wywody Odwołującego, iż składający oświadczenie (dostarczający harmonogram) nie ma „jakiegokolwiek wpływu (...) na możliwość uzyskania jakichkolwiek potwierdzeń przekazania takiego harmonogramu” - wystarczy adnotacja odbiorcy o wpływie, ewentualnie ma możliwość wysłać harmonogram listem poleconym za potwierdzeniem nadania.

- b) Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu nieterminowego dostarczenia właścicielom, zarządcom lub użytkownikom nieruchomości worków lub harmonogramu zaakceptowanego przez Zamawiającego - w wysokości 5.000 zł,

Argumentacja jak wyżej w zakresie kar umownych.

- c) Odwołujący kwestionował arbitralne i jednostronne prawo Zamawiającego doboru grupy 50 właścicieli,

W ocenie Izby Zamawiający ma prawo kontrolować wykonywanie umowy; grupa 50 osób jest to tak duża grupa, że trudno sobie wyobrazić, że będzie stronnicza, czy że oświadczy nieprawdę odnośnie dostarczenia harmonogramu.

19) **§ 8 ust. 1 lit j)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu wykonania kursu realizowania odbioru odpadów pojazdem bezpylnym niespełniającym wszystkich wymogów pod względem wyposażenia pojazdu w działające urządzenia i systemy określone w opisie przedmiotu zamówienia - wysokości 2.500 zł za

każdy kurs,

W ocenie Izby wykonawca ma obowiązek odbierać odpady pojazdem bezpylnym, kara jest uzasadniona.

20) **§ 8 ust. 1 lit l):**

- a) Odwołujący kwestionował dwukrotne ukaranie za awarię systemu monitorowania pracy sprzętu odbierającego odpady (w § 7 ust. 14 umowy Zamawiający odbiera wynagrodzenie wykonawcy za odpady odebrane w warunkach awarii systemu, ponadto nakłada karę umową za awarię systemu w § 8 ust. 1 pkt l),
- b) Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu braku możliwości bieżącego kontrolowania przez Zamawiającego pracy sprzętu do wykonywania usług związanych z obieraniem odpadów, trwającej łącznie co najmniej 2 godziny - 2000 zł za każdy dzień,

W ocenie Izby trafnie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że zasadą jest naliczanie tylko jednej kary umownej za dane niespełnienie świadczenia; ponadto projekt umowy w żadnym miejscu nie przewiduje podwójnej kary umownej za to samo wadliwe świadczenie. W § 7 ust. 14 projektu umowy przewiduje się, że wykonawcy nie należy się wynagrodzenie w takim zakresie, w jakim nie można było ustalić pochodzenia albo ilości odpadów – trudno kwestionować postanowienie projektu umowy wyłączające wynagrodzenie za odpady spoza terenu Zamawiającego. Z kolei § 8 ust. 1 lit l) przewiduje karę umowną (której wysokość wykonawca kwestionuje) za dzień przerwy w monitoringu online. Zdaniem składu orzekającego, postanowienia umowy nie zawierają w przywołanych wyżej postanowieniach dublującej się kary umownej, a kara umowna za przerwę w monitoringu jest uzasadniona.

- 21) **§ 8 ust. 1 lit m)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu jednorazowego stwierdzenia, że pojazd wykonawcy nie jest czytelnie oznaczony nazwą przedsiębiorcy i numerem jego telefonu - w wysokości 1000 zł,

W ocenie Izby, wprowadzona kara umowna jest uzasadniona, obowiązek oznaczenia wynika z przepisów, nie jest to kara wygórowana.

- 22) **§ 8 ust. 1 lit o)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu nieuprzątnięcia lub nieodebrania odpadów z MGO lub „gniazd”, które nie zostały

umieszczone w pojemnikach - w wysokości 300 zł za każdy przypadek,

Argumentacja jak wyżej w zakresie kar umownych.

- 23) § 8 ust. 1 lit r) - Odwołujący kwestionował wprowadzenie kary umownej z tytułu niewymienienia uszkodzonej naklejki lub uszkodzonego transpondera RFID na pojemniku po uprzednim zgłoszeniu przez Zamawiającego, **bez określenia terminu, w jakim nastąpić ma wymiana,**

W ocenie składu orzekającego stanowisko Zamawiającego w tej kwestii, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, można uznać za wykładnię autentyczną: wg Zamawiającego określenie terminu nie jest potrzebne, ponieważ wymiana naklejki ma nastąpić przed następnym użyciem pojemnika, a wykonawca nie powinien używać sprzętu bez zniwelowania uchybień. Izba uznaje stanowisko Zamawiającego za spójne i logiczne. Proponowany przez Odwołującego termin 7-dniowy powodowałby korzystanie z pojemnika wadliwego z punktu widzenia wymagań umownych, dlatego tak sformułowanego zarzutu nie można uwzględnić.

- 24) § 8 ust. 1 lit s) - Odwołujący kwestionował wprowadzenie kary umownej z tytułu stwierdzenia przez Zamawiającego braku w systemie wykonawcy danych o MGO i pojemnikach z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, **bez określenia terminu, jaki ma wykonawca na umieszczenia takich danych w systemie,**

W ocenie Izby zarzut jest nietrafiony - termin aktualizacji danych wskazany jest w § 4 ust. 7 projektu umowy.

- 25) § 8 ust. 1 lit t) - Odwołujący kwestionował wprowadzenie kary umownej z tytułu braku aktualizacji danych o **MGO** i pojemnikach z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co stanowi to samo przewinienie, za które została przewidziana kara umowna w § 8 ust. 1 lit s),

W ocenie Izby można zaakceptować rozróżnienie Zamawiającego pomiędzy „brakiem aktualizacji danych” a „brakiem danych” jako wykładnię autentyczną. Jak już wskazywano wyżej, kara umowna nie może być naliczana dwukrotnie za to samo zdarzenie.

- 26) § 8 ust. 1 lit u) - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej za każdy ujawniony przypadek mieszania zmieszanych odpadów komunalnych z innymi frakcjami odpadów określonymi w opisie przedmiotu zamówienia - w wysokości 5000 zł,

27) § 8 ust. 1 lit v) - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej za każdy ujawniony przypadek zmieszania selektywnie zmieszanych odpadów z selektywnie zmieszanymi odpadami komunalnymi o innym kodzie - w wysokości 5000 zł,

W ocenie Izby oczywiste jest, że wykonawca nie może płacić kary umownej za coś, czego nie zrobił (nie zmieszał odpadów), tak samo jak oczywiste, że wykonawca nie będzie płacił kary umownej, gdy to mieszkańcy nie segregują prawidłowo.

28) § 8 ust. 1 lit x) - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu obowiązku dezynfekcji i mycia pojemników i kontenerów - w wysokości od **100** do **250** zł (w zależności od wielkości pojemnika) za każdy dzień opóźnienia za każdą nieruchomość,

29) § 8 ust. 1 lit y) - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej za każdy ujawniony przypadek skierowania odpadów do innej instalacji niż Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych Hryniewicze - wysokości **10.000** zł,

30) § 8 ust. 1 lit z) - Odwołujący kwestionował wprowadzenie wygórowanej kary umownej za skierowanie odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych Hryniewicze w ramach usługi realizowanej dla Zamawiającego – w wysokości **5.000** zł za każde zdarzenie.

Argumentacja dotycząca kar umownych – jak wyżej. Nie ma podstaw do uznania, że kary są wygórowane.

31) § 8 ust. 3 - Odwołujący kwestionował zastrzeżenie, wyłączenie dla Zamawiającego prawa dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i brak takiego prawa Wykonawcy,

Jak już zostało wcześniej wskazane w uzasadnieniu, postulat wprowadzenia do umowy pełnej równowagi stron nie może być przez Izbę uwzględniony. Ponadto w odniesieniu do zarzutu sformułowanego wyżej należy zauważyć, że zobowiązanie zamawiającego jest zasadniczo pieniężne, więc raczej nie wyrządza szkody i za opóźnienie w płatności należą się odsetki.

32) § 8 ust. 6 - Odwołujący kwestionował wprowadzenie podwójnego obciążenia

Wykonawcy z tytułu nienależytej realizacji obowiązków wynikających z umowy (kary umowne oraz prawo do powierzenia wykonania całości przedmiotu umowy lub jego części osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy),

W ocenie Izby, wykonanie zastępcze nie jest karą, dlatego nie ma mowy o dublowaniu kar za to samo zdarzenie.

33) § 10 ust. 1 lit a - Odwołujący kwestionował zastrzeżenie możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego bez zachowania terminu wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym, w przypadku niewyposażenia MGO w odpowiednie pojemniki lub kontenery do gromadzenia odpadów komunalnych do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi obioru odpadów komunalnych, bez określenia czy brak chociażby jednego pojemnika będzie już podstawą do rozwiązania umowy oraz przewidzenia procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia powyższego braku.

Pojemniki mają zostać dostarczone 14 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi, więc wykonawca ma sporo czasu na spełnienie świadczenia w tym względzie. Słusznie zauważa Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że oczywiste jest, iż brak jednego pojemnika nie będzie podstawą do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym. Należy również wskazać, że umowa przewiduje prawo, a nie obowiązek rozwiązania umowy; w ramach podjęcia ostatecznej decyzji w tej kwestii, pożądane byłoby, aby została przewidziana ewentualna procedura reklamacyjna/naprawcza. Ponieważ Odwołujący nie skonkretyzował żądania, przez opis skonkretyzowanej postulowanej przez siebie procedury, Izba nie mogła uwzględnić tak sformułowanego zarzutu.

34) § 10 ust. 1 lit d) - Odwołujący kwestionował zastrzeżenie możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego bez zachowania terminu wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym w przypadku przerywania wykonywania umowy na okres dłuższy niż 3 dni.

Izba nie znalazła podstaw o uwzględnienia tak sformułowanego zarzutu. W ramach umowy zadaniem wykonawcy jest odbiór odpadów, zakładając że dysponuje odpowiednim sprzętem, trudno dopuścić możliwość, że przerywa wykonywanie umowy na okres 4 dni bądź dłużej. Izba podziela stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, wskazujące, że termin 3-dniowy jest adekwatny i wprost proporcjonalny do potencjalnych zagrożeń związanych z zaleganiem śmieci na ulicach miasta.

35) § 10 ust. 3 lit a) - Odwołujący kwestionował zastrzeżenie możliwości do rozwiązania przez Zamawiającego umowy z zachowaniem 60 dniowego okresu wypowiedzenia, gdy łączna wartość kar umownych naliczonych wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia przekroczy 5 % łącznego wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacji wprowadzenia wygórowanych kar umownych, które niejednokrotnie przekraczają 5 % miesięcznego planowanego wynagrodzenia Wykonawcy.

W ocenie Izby tak sformułowany zarzut jest całkowicie chybiony. Budzi zdziwienie okoliczność, że wykonawca chciałby dalej realizować umowę, jeżeli kary będą przekraczały 5 % wynagrodzenia (powstaje pytanie o sens gospodarczy – dla obu stron – dalszej realizacji umowy). Z zestawienia wszystkich zarzutów dotyczących kar umownych wyłania się dość niepokojący obraz – zapewne wbrew intencjom Odwołującego - wyobrażeń wykonawcy co do realizacji przez niego przyszłej umowy: nieterminowy odbiór odpadów nieoznakowanymi pojazdami, które nie są bezpylne, przerwy w realizacji umowy itd., a w razie naliczenia za powyższe uchybienia (których znaczenie Odwołujący bagatelizuje, twierdząc, że przewidziane przez Zamawiającego kary umowne są wygórowane) kar umownych – dalsza realizacja w ten sam sposób umowy, nawet jeżeli naliczone kary umowne przekroczą 5% próg wskazany przez Zamawiającego, a sięgać będą do 10 % (co postuluje Odwołujący) wynagrodzenia.

W tym miejscu należy też podkreślić, iż budzi również wątpliwość, jaki interes wykonawcy, związany z uzyskaniem zamówienia, mógłby być naruszony przez kwestionowane postanowienie projektu umowy; trudno dopatrzeć się tu jakiegokolwiek naruszenia Prawa zamówień publicznych (co dotyczy również innych zarzutów, jak wskazano na wstępie uzasadnienia).

36) § 10 ust. 3 lit b) - Odwołujący kwestionował zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy z zachowaniem 60 dniowego okresu wypowiedzenia, w sytuacji, gdy wykonawca kolejno dwukrotnie z danego MGO lub „gniazda” albo czterokrotnie w jednym miesiącu nie odebrał odpadów komunalnych w terminach wskazanych w harmonogramie odbioru oraz nie naprawił tego zaniechania w ciągu **12 godzin** od chwili otrzymania od Zamawiającego wezwania do odbioru odpadów,

W ocenie Izby postanowienie ma określony cel – zmobilizowanie wykonawcy do realizacji umowy, jest adekwatne do zawinienia, i termin 12-godzinny jest odpowiedni (wykonawca domaga się zamiast 12 godzin 2 dni).

37) § 10 ust. 5 - Odwołujący kwestionował wprowadzenie uprawnienia Zamawiającego do naliczenia kar umownych także w przypadku odstąpienia od Umowy, co jest wbrew istocie stosunku zobowiązaniowego z uwagi na skutki, jakie płyną z odstąpienia od Umowy,

W ocenie składu orzekającego, jeżeli kary umowne będą ustalone w trakcie trwania umowy, to brak powodu, aby po ewentualnym odstąpieniu zrezygnować z ich dochodzenia.

38) § 10 ust. 6 - Odwołujący kwestionował ograniczenie prawa Wykonawcy do odstąpienia od umowy wyłącznie do przypadku, w którym Zamawiający pozostaje w zwłoce z zapłatą wynagrodzenia za czas przekraczający 60 dni po upływie dodatkowego wyznaczonego 14 - dniowego terminu.

W ocenie Izby, w kontekście całego postanowienia § 10 ust. 6 projektu umowy, i przewidzianych tam terminów 60-dniowych - termin 14-dniowy to i tak termin korzystny dla wykonawcy; zresztą Odwołujący żądał wykreślenia wezwania w całości, a zawsze dłużnik powinien wezwać do spełnienia świadczenia.

III. Test Tomu III - Opis przedmiotu zamówienia

1) **rozdział 1 podrozdział 1.2 pkt 2) lit a)** (str. 6 OPZ) - Odwołujący kwestionował wskazanie, że przedmiotem zamówienia jest między innymi wyposażenie każdego pojemnika w kompatybilny system do identyfikacji pojemników, **zainstalowany na pojazdach wykonawcy odbierających odpady komunalne**, w sytuacji, gdy powyższy wymóg wykracza poza obowiązki wykonawcy w zakresie wyposażenia pojazdów, które określone są Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U.2013.122) (dalej jako Rozporządzenie).

Jak Izba wskazała w części ogólnej uzasadnienia, nie ma powodów, aby zaakceptować poglądy Odwołującego, iż opis przedmiotu zamówienia nie może wykraczać poza minimalne wymogi ustawowe. Brak jakichkolwiek podstaw do uwzględnienia tak sformułowanego zarzutu.

2) **rozdział 1 podrozdział 1.2 akapit 4** (str. 6 OPZ) - Odwołujący kwestionował wskazanie, że właściciel, zarządca, użytkownik nieruchomości nie będzie ponosił żadnych

dodatkowych kosztów, opłat ani kaucji związanych z wyposażeniem nieruchomości w pojemniki i worki do zbiórki odpadów, co stanowi zupełne wyłączenie odpowiedzialności właścicieli nieruchomości, za przekazane pojemniki i kontenery,

W ocenie Izby, rację ma Zamawiający, że przywołane postanowienia nie wyłączają odpowiedzialności deliktowej – wykonawca powinien albo się ubezpieczyć (wliczając koszt ubezpieczenia w cenę usługi), albo dochodzić odszkodowania za zniszczone pojemniki od sprawców szkody. Izba nie znajduje powodów, dla których Zamawiający ma ponosić koszty zniszczonych pojemników (które przez okres realizacji umowy należą do wykonawcy – Odwołujący nie zakwestionował stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca przez okres realizacji umowy „pozostaje właścicielem pojemników, przy pomocy których wykonuje usługę”).

Trudno też byłoby znaleźć podstawę prawną do obciążania właścicieli nieruchomości „dodatkowymi kosztami, opłatami i kaucjami związanymi z wyposażeniem nieruchomości w pojemniki i worki do zbiórki odpadów”. Zdaniem składu orzekającego, przedmiotowe postanowienie opisu przedmiotu zamówienia jest zgodne z ustawą o utrzymaniu czystości w gminach: właściciel nieruchomości wnosząc opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi reguluje wszystkie swoje zobowiązania dotyczące gospodarki odpadami.

3) **rozdział 1 podrozdział 1.3.1 lit 3)** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie Wykonawcy do przeprowadzenia inwentaryzacji wszystkich MGO przynależnych do nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, w terminie 21 dni od daty podpisania umowy, co stanowi obowiązek awykonalny wobec zbyt krótkiego terminu (postuluje 6 tygodni przed rozpoczęciem świadczenia usługi)

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, dlaczego ten termin ma wynosić akurat 6 tygodni. Za identyfikację MGO przewidziano dodatkowe wynagrodzenie (w formularzu cenowym) – więc wykonawca tak powinien skalkulować wynagrodzenie, żeby się zmieścić w wyśrubowanym terminie (zatrudnienie nawet dodatkowych osób, wydłużenie godzin pracy). Nic nie stoi również na przeszkodzie, aby Zamawiający ustalił kwestionowany termin w sposób bardziej elastyczny, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia zakończy się wcześniej, wykonawca może mieć więcej czasu na inwentaryzację.

4) **rozdział 1 podrozdział 1.4.2.2 akapit 3** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie Wykonawcy do zabezpieczenia odpowiedniej liczby pojemników na wypadek ich zniszczenia, przy jednoczesnym braku środków po stronie Wykonawcy pozwalających na dyscyplinowanie właścicieli nieruchomości w zakresie zapobiegania niszczeniu lub

utracie pojemników, co całkowicie wyłącza odpowiedzialność właścicieli nieruchomości, Argumentacja jak wcześniej przy odpowiedzialności za pojemniki. Odwołujący nie wskazuje, jakie środki pozwalające na dyscyplinowanie właścicieli nieruchomości miałyby - według niego – zostać zastosowane. Właściciele nieruchomości za wyrządzenie szkody – zniszczenie czy utratę pojemników – odpowiadają na zasadach ogólnych (art. 415 i nn Kodeksu cywilnego) i Izba nie dopatrzyła się w postanowieniach projektu umowy żadnego wyłączenia takiej odpowiedzialności (co zresztą nie byłoby możliwe).

5) **rozdział 1 podrozdział 1.5 pkt 1** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie Wykonawcy do przedstawienia propozycji lokalizacji gniazd w terminie **7 dni** od podpisania umowy, co jest terminem awykonalnym,

Jak trafnie zauważał Zamawiający na rozprawie, kwestionowane postanowienie przewiduje jedynie przedstawienie propozycji lokalizacji, dotychczasowa lokalizacja może pozostać bez zmian, dodatkowo nie przewidziano kary za przekroczenie terminu. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tak sformułowanego zarzutu.

6) **rozdział 1 podrozdział 1.5 pkt 5** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie Wykonawcy do zorganizowania i wyposażenia punktów selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie dłuższym niż 14 dni i brak wskazania terminu minimalnego, jaki Zamawiający wyznaczy Wykonawcy, co może powodować jednostronne narzucenie obowiązku wykonania powyższego w terminie nawet 2 dni,

Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie, że granicą dowolności jego działań jest art. 455 kc i art. 5 kc, i Izba nie widzi powodów, aby nie zaakceptować stanowiska Zamawiającego, iż termin będzie uwzględniał zakres uruchamianej opcji, co zresztą z założenia ma występować sporadycznie i w ograniczonym zakresie.

7) **rozdział 2 podrozdział 2.2.1 pkt 1)** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do przedstawienia harmonogramu podstawienia pojemników i kontenerów w ciągu **7 dni** od podpisania umowy, co jest terminem nierealnym,

W ocenie Izby rację ma Zamawiający, że „przedstawienie harmonogramu podstawienia pojemników i kontenerów” to jedynie prezentacja planu działań wykonawcy (kiedy zamierza podstawić pojemniki, nie dotyczy fizycznego ich podstawienia), Odwołujący nie wykazał w ocenie składu orzekającego, dlaczego termin 7 dniowy na przedstawienie planu uważa za nierealny.

- 8) **rozdział 2 podrozdział 2.2.2 akapit 1** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie Wykonawcy do wyposażenia nieruchomości, które nie są objęte systemem odbioru odpadów w odpowiedni pojemnik oraz włączenie nieruchomości do systemu odbioru **w ciągu 2 dni** od podjęcia informacji o ujawnieniu,

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Rację ma Zamawiający, kiedy wskazuje, że jeżeli wykonawca rzetelnie zidentyfikuje MGO przed rozpoczęciem wykonywania usługi, ujawnienie nieruchomości nieobjętej systemem odpadów będzie miało charakter incydentalny, dlatego termin 2-dniowy nie jest nierealny.

- 9) **rozdział 2 podrozdział 2.2.3 pkt 2) c)** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do wyposażenia pojazdów używanych do realizacji umowy w system identyfikacji pojemników składający się z anten powalających na automatyczną radiową identyfikację pojemników podczas rozładunku oraz modułu wysyłającego automatycznie informacje do posiadanego przez wykonawcę komputerowego systemu monitorowania pracy pojazdów, co wykracza poza wymagania określone w Rozporządzeniu w zakresie wyposażenia pojazdów,

Jak już wyżej wskazano – Zamawiający nie ma obowiązku poprzestania na wymaganiach minimalnych, może dostosować opis przedmiotu zamówienia do swoich wymagań, a wyposażenie pojazdów używanych do realizacji umowy w system identyfikacji pojemników składający się z anten powalających na automatyczną radiową identyfikację pojemników podczas rozładunku oraz modułu wysyłającego automatycznie informacje do posiadanego przez wykonawcę komputerowego systemu monitorowania pracy pojazdów jest w ocenie Izby wymogiem adekwatnym do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego.

- 10) **rozdział 2 podrozdział 2.2.3 pkt 2) e) i.** - Odwołujący kwestionował wskazanie, że urządzenia przekazujące dane, w które wyposażone będą pojazdy Wykonawcy, powinny na **bieżąco** trafiać do systemu (w trybie online), co wykracza poza wymagania określone Rozporządzeniem,

Argumentacja jak powyżej odnośnie wymagań ponadminimalnych.

- 11) **rozdział 2 podrozdział 2.2.3 pkt 2) g) ii.** - Odwołujący kwestionował wskazanie, że w ramach świadczenia usługi Wykonawca przeprowadzi dwa szkolenia dla pracowników Zamawiającego, co stanowi rozszerzenie przedmiotu zamówienia

w stosunku do jego zakresu wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu,

W ocenie Izby zarzut jest nietrafny – szkolenie ma polegać na wyjaśnieniu, jak działa system wykonawcy, leży to w jego interesie, i trudno w tak sformułowanym zarzucie dopatrzeć się takiego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które mogłoby Odwołującemu utrudnić czy uniemożliwić uzyskanie zamówienia.

12) **rozdział 2 podrozdział 2.2.5.1 pkt 1) lit. e)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie obowiązku Wykonawcy do odbioru przepelnionych pojemników w ciągu 12 godzin, co stanowi termin wykonalny.

W ocenie Izby termin jest wykonalny, jeżeli wykonawca wypełni rzetelnie obowiązki inwentaryzacyjne, termin jest adekwatny do charakteru świadczenia. Rację ma Zamawiający, że zarządzanie ryzykiem przepelnienia i jego zapobieganie należy do obowiązków wykonawcy.

13) **rozdział 2 podrozdział 2.2.5.1.pkt 2 lit. f)** - Odwołujący kwestionował wprowadzenie uznania Zamawiającego co do wyboru sposobu naprawienia szkody, podczas gdy uprawnioną do żądania naprawienia może być osoba trzecia,

W ocenie Izby, kwestionowane postanowienie jest zgodne z 363 § 1 Kodeksu cywilnego; chodzi o szkody wyrządzone Zamawiającemu bądź takie, do których usunięcia Zamawiający byłby wezwany przez osoby trzecie.

14) **rozdział 2 podrozdział 2.2.6 pkt 2)** - Odwołujący kwestionował zobowiązanie wykonawcy do niezwłocznego, lecz nie później niż do końca dnia, zgłaszania Zamawiającemu nieprawidłowości związanych ze świadczeniem usług, co stanowi zbyt krótki termin, z uwagi na określenie szczegółowych informacji, jakie zobowiązany jest przekazać Wykonawca, w podrozdziale 2.2.5 pkt 1),

W ocenie Izby, w sytuacji, kiedy wykonawca zauważy zakłócenia, powinien to zgłosić natychmiast; 2-dniowy termin postulowany w odwołaniu jest zbyt długi, i Odwołujący nie wykazał, dlaczego, po zauważeniu nieprawidłowości, nie jest jej wstanie zgłosić niezwłocznie, a konieczne są do tego dwa dni.

15) **rozdział 3 pkt 7** - wprowadzenie zakazu przeładowywania odpadów komunalnych.

Izba nie znalazła powodu, aby zezwolić wykonawcy na przeładowywanie odpadów

komunalnych. Odwołujący nie wykazał, że rozdział 3 pkt 7 OPZ narusza jakikolwiek przepis Prawa zamówień publicznych bądź uniemożliwia czy utrudnia uzyskanie mu zamówienia.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się skarżonych postanowieniach przepisów prawa zamówień publicznych, o których mowa w odwołaniu, wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji. Podkreślić należy, iż w szczególności Izba nie dopatrzyła się w skarżonych postanowieniach SIWZ takiej wady, która uniemożliwiłaby zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i uzasadniałaby wniosek Odwołującego o unieważnienie postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....