

Sygn. akt KIO 959/18

WYROK

z dnia 1 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka
Katarzyna Odrzywolska
Aleksandra Patyk**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 maja 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2018 r. przez wykonawcę **J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniankach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniankach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniankach 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 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 084-189797 w dniu 2 maja 2018 r.

W dniu 14 maja 2018 r. wykonawca J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniankach, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 9 a ust. 1 oraz art. 43 ust. 2b pkt 2) ustawy Pzp poprzez: a. Ustalenie terminu składania ofert w sposób nieuwzględniający złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na sporządzenie oferty; b. Skrócenie terminu składania ofert w sytuacji w której jego skrócenie nie jest uzasadnione oraz nie zachodzi pilna potrzeba udzielenie zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 oraz art, 22 ust. 1b pkt 1) ustawy Pzp poprzez określenie warunku zgodnie z którym wykonawca zamierzający zagospodarować odpady we własnej instalacji musi posiadać zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych lub pozwolenie zintegrowane, uwzględniające rodzaju odpadów komunalnych, wskazanych w §4 pkt 2 OPZ;
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust, 1b pkt 1) ustawy Pzp poprzez określenie warunku zgodnie z którym w przypadku zagospodarowania odpadów w innej instalacji niż własna wystarczające jest posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych, wskazanych w §4 pkt 2 OPZ;
4. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i mogący utrudniać uczciwą konkurencję poprzez:
 - a. Brak jednoznacznego określenia daty zakończenia świadczenia usługi;

- b. Określenie nierealnego momentu rozpoczęcia świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia;
- c. Niedopuszczenie w §10 ust. 1 pkt 1) OPZ możliwości wykorzystania pojazdów hakowych wyposażonych w HDS umożliwiający odbiór odpadów z pojemników typu dzwon;
- d. Zaniechanie dopuszczenia w §10 ust. 1 i ust. 3 OPZ wykorzystania do wykonania usług pojazdów bezpylnych z urządzeniem myjącym;
- e. Zaniechanie dopuszczenia w §10 ust. 3 OPZ możliwości dostawy pojemników poniżej 1100 l za pomocą każdego rodzaju pojazdów, w tym pojazdów bezpylnych;
- f. Zaniechanie w §10 ust. 4 OPZ dopuszczenia odbioru kontenerów zespołem pojazdów (hakowiec z przyczepą);
- g. Zaniechanie dopuszczenia w §33 ust. 3 OPZ możliwości odbioru worków pojazdami skrzyniowymi;
- h. określenie w §11 ust. 6 OPZ wymogu przekazywania Zamawiającemu danych dotyczących całego przejazdu pojazdu od wyjazdu z bazy/stacji przeładunkowej/instalacji do powrotu do bazy/stacji przeładunkowej/instalacji, a zatem również w zakresie odbiorów realizowanych na rzecz innych klientów, co w praktyce prowadzi do sytuacji w której pojazdy wykorzystywane do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego nie mogą być wykorzystywane do świadczenia usług na rzecz innych klientów;
- i. określenie w §12 ust. 3 OPZ, iż pojemniki typu „kontenery o pojemności powyżej 1100 litrów” służące m.in. do odbioru odpadów wielkogabarytowych, zielonych muszą zostać przypisane do konkretnego adresu;
- j. określenie w §46 ust. 1 OPZ niemożliwych do realizacji terminów przekazywania raportów tygodniowych;
- k. określenie w §39 ust. 5 pkt 2) OPZ nierealnego terminu odbioru odpadów realizowanych bez ustalonego harmonogramu (tzw. „odbiór na telefon”);
- l. określenie w §20 ust. 15 OPZ, iż etykiety elektroniczne mogą być wykorzystane tylko raz;
- m. brak dookreślenia do jakiego dokładnie Wojewódzkiego Planu Gospodarowania Odpadami odwołuje się Zamawiający w treści OPZ (m.in. załącznik nr 1, §35 pkt 1 OPZ);
- n. brak określenia w każdym z przypadków określających przesłanki naliczenia kar umownych, czy kwoty te są netto czy brutto;

- o. określenie w § 13 ust. 8 OPZ wymogu tarowania wagi kontenerów podczas odbioru pełnych kontenerów w sposób niejednoznaczny i w praktyce niemożliwy do spełnienia przy uwzględnieniu specyfiki świadczenia usługi oraz obowiązku rejestracji wagi w bezpośrednim sąsiedztwie MGO;
- p. wskazanie w § 8 ust 2 ppkt 1 OPZ wymogu, aby pojazdy w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia nie przekraczały ładowności wskazanej w dowodzie rejestracyjnym pojazdu;
- q. Brak dopuszczenia w § 10 pkt 1 ppkt 3 pojazdów hakowych wyposażonych w HDS umożliwiające odbiór odpadów z pojemników podziemnych i półpodziemnych;
- r. Wymóg aby system monitoringu rejestrował lokalizację pojazdu rejestrował lokalizację pojazdu nie rzadziej niż co 50 metrów i 15 sekund (§ 11 pkt 3 ppkt 1 OPZ);
- s. Poprzez niedookreślenie w § 12 pkt 2 i 3 w jaki sposób ma być zarejestrowany odbiór odpadów w workach odbieranych pojazdami skrzyniowymi (np. odpady zielone lub odpadów luzem (np. odpadów wielkogabarytowych) które nie posiadają etykiet elektronicznych;
- t. Poprzez brak umożliwienia w § 13 pkt 2 potwierdzenia legalizacji ocenami zgodności;
- u. Poprzez wymóg wskazany w § 13 pkt 3 ppkt 3 OPZ dotyczący każdorazowego obowiązku dokonania legalizacji przyrządu pomiarowego w przypadku zmiany miejsca zainstalowania lub użytkowania, dla którego była dokonana ocena zgodności albo legalizacja;
- v. Poprzez obowiązek dokonania legalizacji ponownej przyrządu pomiarowego w przypadku uszkodzenia albo zniszczenia oznaczeń lub cech zabezpieczających naniesionych podczas dokonywania oceny zgodności (§ 13 pkt 3 ppkt 4 OPZ);
- w. Poprzez wymóg zawarty w § 13 pkt 3 ppkt 5 OPZ dokonania każdorazowo ponownej legalizacji przyrządu pomiarowego po naprawie przyrządu pomiarowego;
- x. Poprzez wymóg wskazany w § 13 pkt 11 OPZ by dokumenty potwierdzające legalizację posiadały wskazania parametrów legalizacji tj. działki legalizacyjnej i zakresu legalizacji;
- y. poprzez (dotyczy § 13 pkt 12 ppkt 2 OPZ): - niedopuszczanie ważenia w opisany w tym punkcie sposób odpadów szkła opakowaniowego i odpadów zielonych, które są odbierane w workach lub luzem. - wymóg iż przedmiotowy punkt ma zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy obciążenie minimalne to 1 kg, - wprowadzenie wymogu dostarczenia kwitu wagowego;
- z. Poprzez brak możliwości umieszczenia wewnętrznego identyfikatora pojemników Wykonawcy (np. numeru magazynowego, lub numeru środka trwałego) - dotyczy § 20 pkt 17 OPZ;
- aa. Poprzez zakaz umieszczania informacji o infolinii Wykonawcy (dotyczy § 20 pkt 18 OPZ);

bb. Poprzez wymóg, iż: „Wykonawca zobowiązany jest dostarczać do nieruchomości jednorodzinnych worki o pojemności 120 litrów w ilościach nie mniejszych niż liczba odebranych worków z odpadami danej frakcji, z zastrzeżeniem, że minimalna liczba worków wynosi: 1 raz na 4 tygodnie cztery worki na odpady segregowane suche, 1 raz na 4 tygodnie dwa worki na szkło opakowaniowe;

cc. Wprowadzenie wymogu w § 25 pkt 4 OPZ dotyczącego obowiązku wyodrębnienia pojemników dla każdej z nieruchomości w przypadku wspólnych MGO;

dd. Poprzez uniemożliwienie odbioru worków pojazdami skrzyniowymi (§ 33 pkt 3 OPZ);

ee. Brak określenia co Zamawiający rozumie w § 42 pkt 1 OPZ jako: Dokumenty potwierdzające dopuszczenie pojazdu do ruchu Dokumenty potwierdzające parametry dopuszczenia do ruchu Dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań dotyczących systemu monitoringu położenia pojazdu (tj. specyfikację zastosowanego systemu);

ff. Poprzez wymóg, iż niezależnie od skali uchybień Wykonawcy wskazane w § 45 pkt 4 i 6 OPZ okoliczności uprawniają do nierozliczenia całej usługi;

gg. Poprzez wymogu ewidencji na kwicie wagowym numeru VIN, co jest wymogiem nadmiernym w świetle obowiązujących przepisów prawa (punkt C. 12.3.3. załącznika na 1 do OPZ);

5. Art. 29 ust. 1 i ust, 2, art. 7 ust. 1, art. 353¹ kc, 487 §2 kc poprzez:

a. określenie w §8 wzoru umowy rażąco wygórowanych i nieuzasadnionych kar umownych, należnych Zamawiającemu niezależnie od winy wykonawcy, bez określenia ich górnego limitu;

b. brak jednoznacznego wskazania w §8 umowy, iż przewidziane w tym punkcie kary umowne należą się wyłącznie w okolicznościach zawinionych przez Wykonawcę;

c. określenie w §12 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy nadmiernej i nieuzasadnionej podstawy wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego;

d. odmowę odbioru i rozliczenia usługi odbioru odpadów w przypadku: wystąpienia awarii systemów pokładowych (GPS, RFID lub wagi) oraz odbioru odpadów przy użyciu pojazdów niezgłoszonych, zastępczych (np. bez urządzenia ważącego) w sytuacji zwiększonej ilości zgłoszeń i wynikającej stąd potrzeby wykorzystanie dodatkowych pojazdów (§8 ust. 11 OPZ);

e. określenie w §8 ust. 3 pkt 14), 17), 21), 22), 23), 30), 33), 34), 36), 37) kar umownych w sytuacji w której okoliczności opisane w tych postanowieniach same z siebie stanowią podstawę do odmowy wypłaty wynagrodzenia, co w praktyce prowadzi do sytuacji w której wykonawca jest dwukrotnie karany za to samo zdarzenie;

6. Art. 91 ust 2, 91 ust 2c oraz art. 7 ust 1 i art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie wartości „maksymalnej liczby ton” w ramach kryterium cena (załącznik nr 2) które nie odnosi się, nie jest związane, wykracza poza przedmiot zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w treści SIWZ:

Ad 1 wydłużenie terminu składania ofert w taki sposób, aby termin składania ofert liczony od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji do Dz.U.U.E wynosił min. 40 dni;

Ad 2 usunięcie pkt 12.2.1.2 SIWZ i wprowadzenie wymogu, aby zagospodarowanie odpadów odbyło się w instalacji wpisanej do WPGO dla regionu warszawskiego a dokumentem wystarczającym dla oceny zdolności Wykonawcy do wykonania zamówienia było oświadczenie wykonawcy o zarządzaniu instalacją RIPOK ujęto w WPGO.

Ad 3 usunięcie pkt 12.2.1.3 SIWZ;

Ad.4a określenie w sposób jednoznaczny, poprzez wskazanie daty kalendarzowej, momentu zakończenia świadczenia usługi;

Ad 4b przesunięcie na dzień co najmniej 1 sierpnia 2018 r. daty rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów;

Ad 4c dopuszczenie w OPZ możliwości wykorzystania do realizacji zamówienia pojazdów hakowych wyposażonych w HDS umożliwiające odbiór odpadów z pojemników typu dzwon, jak ma to miejsce dotychczas przy realizacji odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu Mokotowa;

Ad 4d dopuszczenie w OPZ możliwości wykorzystania do wykonania usług pojazdów bezpylnych z urządzeniem myjącym;

Ad 4e dopuszczenie w OPZ możliwości dostawy pojemników poniżej 1100 l za pomocą każdego z rodzajów pojazdów w tym pojazdów bezpylnych;

Ad 4f dopuszczenie w OPZ możliwości odbioru kontenerów zespołem pojazdów (hakowiec z przyczepą);

Ad 4g dopuszczenie w OPZ możliwości odbioru worków pojazdami skrzyniowymi;

Ad 4h usunięcie określonego w §11 ust. 6 OPZ wymogu przekazywania Zamawiającemu danych dotyczących całego przejazdu pojazdu od wyjazdu z bazy/stacji przeładunkowej/instalacji do powrotu do bazy/stacji przeładunkowej/instalacji, a zatem również w zakresie odbiorów realizowanych na rzecz innych klientów;

Ad 4i usunięcie określonego w §12 ust. 3 OPZ wymogu, iż pojemniki typu „kontenery o pojemności powyżej 1100 litrów” służące m.in. do odbioru odpadów wielkogabarytowych, zielonych muszą zostać przypisane do konkretnego adresu oraz dopuszczenie możliwości ręcznego wprowadzenia numeru etykiety RFID;

Ad 4j wydłużenie określonego w §46 ust. 1 terminu przekazania raportów tygodniowych do piątku następującego po danym tygodniu realizacji usługi;

Ad 4k wydłużenie określonego w §39 ust. 5 pkt 2) OPZ terminu do 7 dni;

Ad 4.1 usunięcie określonego w §20 ust. 15 OPZ wymogu, iż etykiety elektroniczne mogą być wykorzystane tylko raz;

Ad 4m - dookreślenie do jakiego dokładnie Wojewódzkiego Planu Gospodarowania Odpadami odwołuje się Zamawiający w treści OPZ;

Ad 4n - każdorazowe doprecyzowanie czy wskazane w treści umowy kary umowne dotyczą kwot brutto czy netto.

Ad 4o usunięcie z § 13 ust. 8 OPZ wymogu tarowania wagi kontenerów podczas odbioru pełnych kontenerów

Ad 4p - usunięcie zapisu określonego w § 8 pkt 2 ppkt 1 OPZ

Ad 4q - dopuszczenie w § 10 pkt 1 ppkt 3 pojazdów hakowych wyposażonych w HDS umożliwiające odbiór odpadów z pojemników podziemnych i półpodziemnych.

Ad 4r - zmianę § 11 pkt 3 ppkt 1 OPZ tak aby system monitoringu rejestrował lokalizację pojazdu nie rzadziej niż co 150 metrów i 30 sekund

Ad 4s - Określenie w § 12 pkt 2 i 3 OPZ w jaki sposób ma być zarejestrowany odbiór odpadów w workach odbieranych pojazdami skrzyniowymi (np, odpady zielone lub odpadów luzem (np. odpadów wielkogabarytowych) które nie posiadają etykiet elektronicznych

Ad 4t - umożliwienie w §13 pkt 2 OPZ potwierdzenia legalizacji ocenami, deklaracjami, świadectwami zgodności urzędzeń ważących.

Ad 4u - wykreślenie §13 pkt 3 ppkt 3 OPZ,

Ad 4v - wykreślenie § 13 pkt 3 ppkt 4 OPZ

Ad 4w - ograniczenie § 13 pkt 3 ppkt 5 OPZ jedynie do sytuacji w których w trakcie naprawy przyrządu pomiarowego urządzenie traci legalizację,

Ad 4x - wykreślenie z §13 pkt 11 OPZ wymogu by dokumenty potwierdzające legalizację posiadały wskazania parametrów legalizacji tj. działki legalizacyjnej i zakresu legalizacji

Ad 4y - dopuszczanie w § 13 pkt 12 ppkt 2 OPZ ważenia w opisany w danym punkcie sposób odpadów szkła opakowaniowego i odpadów zielonych, które są odbierane w workach lub luzem. Wnosimy również o zniesienie wymogu, iż punkt ma zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy obciążenie minimalne to 1 kg, gdyż obecnie użytkowane są pojazdy z obciążeniem minimalnym 2 i 5 kg. Dodatkowo wniósł o zniesienie wymogu dostarczenia kwitu wagowego.

Ad 4z - wprowadzenie możliwości umieszczania wewnętrznych oznaczeń Wykonawcy na pojemnikach. (§ 20 ust 17 OPZ)

Ad 4aa - wykreślenie zakazu umieszczenia informacji o infolinii Wykonawcy (§ 20 ust 18 OPZ)

Ad 4bb - zniesienie wymogu minimalnej liczby worków pozostawianych przy zachowaniu zasady tyle worków, ile odebrano, tyle jest dostarczanych (§ 22 ust 8 OPZ)

Ad 4cc - wykreślenie z § 25 pkt 4 OPZ dotyczącego obowiązku wyodrębnienia pojemników dla każdej z nieruchomości w przypadku wspólnych MGO.

Ad 4dd - zmianę § 33 pkt 3 OPZ w taki sposób by umożliwić odbiór worków pojazdami skrzyniowymi

Ad 4ee - Wskazanie, co Zamawiający rozumie przez określone w §42 pkt 1 OPZ : Dokumenty potwierdzające dopuszczenie pojazdu do ruchu Dokumenty potwierdzające parametry dopuszczenia do ruchu Dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań dotyczących systemu monitoringu położenia pojazdu (tj. specyfikację zastosowanego systemu).

Ad 4ff - wykreślenie § 45 pkt 4 i 6 OPZ

Ad 4gg - wykreślenie z punktu C. 12.3.3. załącznika na 1 do OPZ wymogu ewidencji na kwicie wagowym numeru VIN.

Ad 5a i 5b • obniżenie wysokości kar umownych do: - 20 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 1; - 10 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 3 i 4; - 20 zł brutto w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 9; - 20 zł brutto w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 10; - 20 zł brutto w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 11; -10 zł brutto w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 19; -10 zł brutto w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 24; - 30% ceny ryczałtowej w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 40; - 30% ceny ryczałtowej w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 41; - 1% ceny ryczałtowej w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 42; - 1% ceny ryczałtowej w odniesieniu do kary z §8 ust. 3 pkt 43 • Usunięcie wskazanych niżej postanowień wzoru umowy: - §8 ust. 3 pkt 26; - §8 ust. 3 pkt 14), 17), 21), 22), 23), 30), 33), 34), 36), 37); - §8 ust. 3 pkt - §8 ust. 7;

- §8 ust 7 pkt 27); • Wprowadzenie do §8 wzoru umowy postanowienia zgodnie z którym przewidziane w nim kary umowne należą się Zamawiającemu w okolicznościach zaistnienia winy wykonawcy;

Ad 5c. usunięcie postanowienia §12 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy;

Ad 5d dokonanie stosownej zmiany §8 ust.8 i 11 OPZ poprzez dopuszczenie rozliczenia usługi np. na podstawie kwitów wagowych z wagi najazdowej w przypadku awarii pojazdu podczas realizacji trasy (np. uszkodzenia GPS lub RFID lub wagi) lub w sytuacji zwiększonej ilości zgłoszeń i potrzeby ich terminowej realizacji co powoduje potrzebę wykorzystania pojazdów zastępczych (np. bez urządzenia ważącego).

Ad 5e Usunięcie postanowień wzoru umowy: §8 ust. 3 pkt 14), 17), 21), 22), 23), 30), 33), 34), 36), 37);

Ad 6 Zmianę maksymalnej liczby ton jako wartości odnoszącej się do punktacji w ramach kryterium ceny poprzez jej zmniejszenie do wartości realnej wynikającej z prawdopodobnej ilości ton mających być zrealizowanymi w ramach niniejszej umowy.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w ustawowym terminie żaden wykonawca.

Pismem z dnia 28 maja 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który oświadczył, że uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:

1. art. 7 ust. 1, art. 9 a ust. 1 oraz art. 43 ust. 2b pkt 2 Pzp, opisanego w punkcie 1 zarzutów odwołania;
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 b pkt 1 Pzp, opisanego w punkcie 2 zarzutów odwołania;
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 b pkt 1 Pzp, opisanego w punkcie 3 zarzutów odwołania;
4. art. 91 ust. 2, art. 91 ust. 2c oraz art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp, opisanego w punkcie 6 zarzutów odwołania.

Ponadto, Zamawiający oświadczył, że częściowo uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:

1. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 1 ust. 2 Pzp opisanego w punkcie 4 odwołania, poprzez uwzględnienie okoliczności opisanych w punkcie 4 litera c, d, e, f, i, j, l, q, r, z, dd, ee, gg odwołania;
2. art. 29 ust. 1 ust. 2 , art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ k.c., 487 S 2 k.c. opisanego w punkcie 5 litera a odwołania - wyłącznie w zakresie określenia górnego limitu kar; opisanego w punkcie 5 litera e odwołania - wyłącznie w zakresie odnoszącym się

do kar umownych opisanych w S 8 ust. 3 pkt 14 projektu umowy oraz poprzez dodanie postanowienia w 58 ust. 12 projektu umowy.

Równocześnie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego w zakresie zarzutu naruszenia:

1. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp opisanego w punkcie 4 g, h, k, o, s, t, u, v, w, x, y, z, aa, bb, cc, ff;
2. art. 29 ust. 1 ust. 2, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ k.c., 487 S 2 k.c. opisanego w punkcie 5 litera a odwołania — w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, w punkcie 5 litera b, c, d odwołania oraz w punkcie 5 litera e odwołania - w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także odpowiedzi na pytania wykonawców udzielone pismem z dnia 28 maja 2018 r. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 maja 2018 r. oraz dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego zgłoszonego na posiedzeniu o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z powodu nieprzekazania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego złożenia w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Izba ustaliła, że odwołujący przesłał skutecznie zamawiającemu kopię odwołania za pomocą ePUAPu w dniu 14 maja 2018 r. o godz. 21:55. Termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 14 maja 2018 r. Powyższy stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami, natomiast strony różniły się w jego ocenie. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp odwołujący

przesłała kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Izba stwierdziła, że zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie przesłanie kopii odwołania w dniu 14 maja 2018 r. o godz. 21:55 nastąpiło przed upływem terminu do wniesienia odwołania, który upływał 14 maja 2018 r. o g. 24.00. Okoliczność iż nastąpiło to w godzinach, które nie były godzinami pracy zamawiającego nie była wystarczająca do obalenia domniemania, iż zamawiający mógł się zapoznać z treścią przesłanego odwołania. Niewątpliwie potencjalna możliwość przeczytania przesłanego pisma istniała. Znajdowało się ono bowiem wtedy w siedzibie zamawiającego. Fakt, że zamawiający zapoznał się z treścią odwołania dopiero 15 maja 2018 r., gdy jego pracownicy stawili się do pracy, nie miał żadnego znaczenia z punktu widzenia analizowanego przepisu. Obalenie domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wymagałoby bowiem wykazania, iż zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiłaby zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania do 14 maja 2018 r. do godz. 24.00 (np. przesłane odwołanie było nieczytelne wskutek zaniedbań po stronie odwołującego), a takiego dowodu zamawiający nie przeprowadził. Z uwagi na fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych, wobec czego na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania oraz przesłania zamawiającemu jego kopii upływał w dniu 14 maja 2018 r. stwierdzić należy, że odwołujący dopełnił obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył również wniosek o zweryfikowanie przez Izbę przekazanej mu kopii odwołania ze względu na rzekome różne numery oraz inne daty doręczenia pisma zawierającego odwołanie. Wskazywał na niezgodność numeru dokumentu, który widnieje na treści odwołania otrzymanego przez Zamawiającego z numerem dokumentu treści odwołania podanego na Urzędowym Potwierdzeniu Odbioru. Art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „kopia odwołania”, lecz nie ulega wątpliwości, iż nie chodzi tu o identyczną formę lecz o zgodność merytoryczną obu

dokumentów, a więc przekazanie zamawiającemu i Izbie pism o tej samej treści. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Izby, w celu ustalenia pojęcia treści odwołania, należy posiłkować się

art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań*, które wymieniają zasadnicze elementy odwołania. Izba ustaliła, że przywoływany przez Zamawiającego

nr: 20180510_135531791_CEN1805100420623_5W75CF_001_tm_exp_confirm.pdf dotyczy dowodu uiszczenia wpisu, a nie jak podnosił Zamawiający treści dokumentu zawierającego odwołanie. Izba stwierdziła, że numery uwidocznione na Urzędowym Potwierdzeniu Odbioru, zarówno na dokumencie otrzymanym przez Zamawiającego, jak i tym dostarczonym Izbie są tożsame, zatem brak podstaw do kwestionowania kopii odwołania przesłanej Zamawiającemu. Przesłane Zamawiającemu pismo nie różni się co do istotnej treści od odwołania wniesionego do Prezesa KIO. Oznacza to, iż Odwołujący uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, albowiem przekazał Zamawiającemu kopię odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o odroczenie terminu posiedzenia. Ustawa Pzp przewiduje, że odwołanie powinno zostać rozpoznane w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi KIO. Ponadto, Odwołujący będąc profesjonalistą winien liczyć się z możliwością modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego bezpośrednio przed wyznaczonym terminem posiedzenia. Tym bardziej, że wniesienie odpowiedzi na odwołanie jest uprawnieniem a nie obowiązkiem zamawiającego. Może on wnieść odpowiedź na odwołanie w dowolnym momencie, począwszy od momentu kiedy otrzymał kopię odwołania, aż do zamknięcia rozprawy. Izba uznała, że wniosek Odwołującego został złożony jedynie dla zwłoki, prowadziłby do zbędnego przedłużenia postępowania odwoławczego.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył na rozprawie oświadczenie o wycofaniu zarzutów nr 1, 2, 4b, 4c, 4d, 4e, 4f, 4g, 4dd, 4i, 4k, 4l, 4o, 4p, 4q, 4r, 4t, 4v, 4z, 4aa, 4ee z odwołania, nie podlegały one rozpoznaniu przez Izbę.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie odstępuje od akceptowanego od lat poglądu, iż uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego określenia wymagań, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający powinien działać w granicach określonych art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że postanowienia nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie mogą również przekraczać granic swobody umów, kształtując rażąco nierównomiernie wzajemne prawa i obowiązki.

Nie oznacza to jednak, że wymaga się dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem. Skonkretyzowane, obiektywne potrzeby zamawiającego mogą usprawiedliwić utrudnienie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający może wprowadzić wymogi, ograniczając krąg potencjalnych podmiotów, jednakże zawężenie to następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom. Celem bowiem opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku.

Argumentacja zaś Odwołującego nakierowana na okoliczność, że cechy określonych produktów nie zostały dostosowane do potrzeb wszystkich użytkowników rynku nie przesądza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji. Istnienie nawet ograniczonej liczby podmiotów spełniających wymagania zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy ustawy Pzp. Jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, rzeczywista oraz faktyczna, zarówno w zakresie oczekiwanych funkcjonalności czy też wyszczególnionych parametrów, może on opisać przedmiot zamówienia tak, że tylko ograniczony krąg wykonawców jest w stanie zadość mu uczynić. Celem zamówień publicznych nie powinno być przecież nabycie najtańszego przedmiotu

o niskiej jakości. Nie można zasady uczciwej konkurencji pojmować tak, że zamawiający winien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania

sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (vide: wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17).

Warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców, zatem wszystkim podmiotom działającym na rynku postawiono takie same warunki początkowe. Ponadto, Izba podziela stanowisko, że art. 29 ustawy Pzp nie powinien być odnoszony do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1417/16).

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje, bowiem zgodnie z art. 190 ustawy Pzp to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt X Ga 32/09). Odwołujący nie wykazał natomiast na czym miałyby polegać w szczególności naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się zaś do poszczególnych zarzutów należy wskazać, co następuje.

W zakresie zarzutu nr 3 z odwołania wymaga podkreślenia, że Zamawiający zmodyfikował SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Pierwotnie Zamawiający, zgodnie z pkt 12.2.1.2 i 3 SIWZ, uznawał za spełniających warunki udziału w postępowaniu wykonawców, którzy m.in.: w przypadku zagospodarowania odpadów we własnej instalacji, posiadają zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych lub pozwolenie zintegrowane, uwzględniające rodzaje odpadów komunalnych, wskazanych w §4 pkt 2 OPZ; w przypadku zagospodarowania odpadów w innej instalacji niż własna, zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych, wskazanych w §4 pkt 2 OPZ. Odwołujący żądał jedynie wykreślenia pkt 12.2.1.3 SIWZ. Odwołujący wskazywał, że postanowienia punktu 12.2.1.3 SIWZ są

niezgodne z przepisami ustawy o odpadach oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w części dotyczącej zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01). Zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zmieszane odpady komunalne muszą być kierowane bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Podmiot, który nie posiada własnej instalacji mającej status RIPOK, nawet gdyby posiadał decyzję zezwalającą na zbieranie odpadów komunalnych

(w tym 20 03 01), nie mógłby zgodnie z taką decyzją zbierać takich odpadów bowiem, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy o odpadach w zezwoleniu na zbieranie odpadów wskazuje się: - oznaczenie miejsca zbierania odpadów; - wskazanie miejsca i sposobu magazynowania oraz rodzaju magazynowanych odpadów. Skoro zmieszane odpady komunalne muszą trafiać bezpośrednio do instalacji mającej status RIPOK to podmiot nie mający statusu RIPOK musiałby wskazać jako miejsce zbierania odpadów i miejsce magazynowania odpadów instalację mającą status RIPOK, co wymagałoby uzyskania od właściciela takiej instalacji tytułu prawnego do zbierania tam odpadów. Z powyższego wynika, że podmiot nieposiadający własnej instalacji (o statusie RIPOK) do zagospodarowania odpadów komunalnych o kodach 20 03 01 nie powinien otrzymać decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów. Zatem SIWZ przewiduje warunek niemożliwy do spełnienia. Modyfikacją z dnia 28 maja 2018 r. Zamawiający usunął pkt 12.2.1.2 i 3 SIWZ w pierwotnym brzmieniu i wprowadził następujące postanowienie: Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy posiadają zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych, wskazanych w §4 pkt 2 OPZ. Zatem, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego poprzez usunięcie pkt 12.2.1.3 SIWZ (Odwołujący nawet na rozprawie nie zmodyfikował żądania).

Odnosnie zarzutu nr 4a z odwołania wskazać należy, że zdaniem Odwołującego SIWZ nie określa w sposób jednoznaczny momentu zakończenia świadczenia usługi, co przy uwzględnieniu jej zakresu oraz specyfiki utrudnia złożenie oferty. Odwołujący wskazuje, że brak określenia w sposób jednoznaczny (datą kalendarzową) momentu zakończenia jej realizacji w sposób zasadniczy utrudnia skalkulowanie kosztów wykonawcy, a w konsekwencji kalkulację ceny oferty. Nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, bowiem §3 wzoru umowy jasno i wyraźnie precyzuje termin zakończenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, zgodnie z którym umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia do dnia 31 marca 2019 r. Nadto, §15 wzoru umowy wskazuje na sytuację, kiedy z przyczyn nieprzewidzianych przez Zamawiającego doszło do nagłego wzrostu masy odpadów odbieranych przez wykonawcę.

W zakresie zarzutu nr 4h z odwołania Odwołujący podnosił, że wprowadzenie pośrednio wynikającego z § 11 ust. 6 OPZ zakazu wykorzystania do świadczenia usług na rzecz innych klientów pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego prowadzi do dyskryminacji tych wykonawców, którzy poza Zamawiającym zamierzają świadczyć usługi również na rzecz innych klientów. Izba podziela pogląd prezentowany przez Zamawiającego, że Zamawiający w treści OPZ nie wskazał, że oczekuje przekazywania danych wynikających, ze świadczenia przez pojazdy, usług nieobjętych OPZ.

Odnośnie zarzutu nr 4j z odwołania wskazać należy, że zgodnie z pierwotnym brzmieniem §46 ust. 1 OPZ z zastrzeżeniem § 47, *Wykonawca w celu potwierdzenia realizacji usługi zobowiązany jest do przekazywania w każdą środę (lub pierwszy dzień roboczy następujący po tym dniu, jeżeli nie wypada on w dzień roboczy) danych i dokumentów określonych w Załączniku nr 1 do OPZ za każdy zakończony okres dotyczący odbioru odpadów, tj. za zakończony tydzień, rozumiany jako następujące po sobie dni: poniedziałek, wtorek, środa, czwartek, piątek, sobota i niedziela.* Odwołujący wskazywał na nierealne terminy przekazywania raportów tygodniowych. Przygotowanie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego danych jest zbyt czasochłonne by móc je dostarczyć do środy. W jego ocenie ww. wymaganie winno zostać uznane za ograniczające uczciwą konkurencję. Niemniej Odwołujący w żaden sposób nie wskazał na czym dokładnie miałyby polegać ograniczenie konkurencji. Powoływanie się na dotychczasowe postanowienia umowne to za mało, by stwierdzić, że Zamawiający w jakikolwiek sposób ogranicza konkurencję.

W zakresie zarzutu nr 4m z odwołania dotyczącego zaniechania dookreślenia, który z Wojewódzkich Planów Gospodarki Odpadami Zamawiający uznaje za obowiązujący należy wskazać, iż zgodnie z §35 pkt 1 chodzi o obowiązujący Wojewódzki Plan Gospodarowania Odpadami. Zatem profesjonalista, którym niewątpliwie jest Odwołujący, winien wiedzieć do którego dokładnie WPGO odwołuje się Zamawiający. Tym bardziej, że postępowanie o udzielenie zamówienia kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego). Niemniej, Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 90 wskazując, że chodzi o aktualnie obowiązujący WPGO dla województwa mazowieckiego.

Odnosząc się do zarzutu nr 4n z odwołania wskazującego na brak określenia w każdym przypadku przesłanki naliczenia kar umownych kwoty netto lub brutto wskazać należy, że Zamawiający w §8 wzoru umowy przewidział w większości przypadków konkretne kwoty kar umownych za naruszenie poszczególnych obowiązków. W tym miejscu

należy podnieść, że kary umowne nalicza się zgodnie z postanowieniami umowy, którą zamawiający może uregulować co do zasady w sposób dowolny, tj. naliczać kary umowne od wartości wynagrodzenia brutto lub netto lub w konkretnej wysokości. W przypadku naliczania kar umownych od wartości wynagrodzenia umownego, kary winny być naliczane od wartości brutto rozumianej jako cena oferty. Natomiast w przypadku wskazania konkretnej kwoty za naruszenie poszczególnych obowiązków wynikających z umowy, kara umowna ma charakter świadczenia, któremu nie towarzyszy żadne świadczenie zwrotne, stanowi czynność, która nie mieści się w katalogu czynności opodatkowanych VAT. Zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 28 lutego 1994 r. w sprawie C-215/94 wypłata odszkodowania nie jest świadczeniem usług w zamian za wynagrodzenie, ponieważ nie ma w tych przypadkach żadnego konkretnego beneficjenta takiej sytuacji. W konsekwencji, takie odszkodowanie nie podlega opodatkowaniu VAT. Zatem, brak potrzeby doprecyzowania czy przewidziane kary stanowią kwoty netto czy brutto.

W zakresie zarzutu nr 4s z odwołania dotyczącego niedookreślenia w § 12 pkt 2 i 3 OPZ w jaki sposób ma być zarejestrowany odbiór odpadów w workach odbieranych pojazdami skrzyniowymi (np. odpady zielone lub odpadów luzem (np. odpadów wielkogabarytowych) które nie posiadają etykiet elektronicznych Odwołujący podnosił, że takie działanie uniemożliwia rzetelne skalkulowanie oferty. Niemniej na rozprawie Odwołujący w żaden sposób nie przedstawił argumentacji potwierdzającej ww. zarzut. Izba wskazuje, że pkt C.10.2 Załącznika nr 1 do OPZ określa szczegółowo typy raportowanych zdarzeń i wymagany zakres przesyłanych danych.

Odnosząc się do zarzutu nr 4u z odwołania związanego z §13 ust. 3 pkt 3 OPZ, zgodnie z którym wykonawca ma obowiązek dokonać legalizacji ponownej przyrządu pomiarowego w przypadku zmiany miejsca zainstalowania lub użytkowania, dla którego była dokonana ocena zgodności albo legalizacja, należy wskazać, co następuje. Odwołujący żądał wykreślenia §13 ust. 3 pkt 3 OPZ. Stosownie do art. 8k ust. 2 pkt 4 Prawa o miarach przyrząd pomiarowy powinien być zgłoszony do legalizacji ponownej w przypadku zmiany miejsca instalacji lub użytkowania, w którym była dokonana ocena zgodności albo legalizacja. Zatem obowiązek wskazany w OPZ wynika wprost z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

W zakresie zarzutu nr 4w z odwołania związanego z §13 ust. 3 pkt 5 OPZ, zgodnie z którym wykonawca ma obowiązek dokonać legalizacji ponownej przyrządu pomiarowego po naprawie przyrządu pomiarowego, Odwołujący żądał ograniczenia §13 ust. 3 pkt 5 OPZ

jedynie do sytuacji, w których w trakcie naprawy przyrządu pomiarowego urządzenie traci legalizację. Stosownie do art. 8k ust. 2 pkt 7 Prawa o miarach przyrząd pomiarowy powinien być zgłoszony do legalizacji ponownej po jego naprawie. Zatem obowiązek wskazany w OPZ wynika wprost z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Odnosząc się do zarzutu nr 4x z odwołania związanego z §13 ust. 11 OPZ, zgodnie z którym Zamawiający na etapie weryfikacji świadczonych usług nie będzie uznawał pomiarów wykonanych z uchybieniem parametrów właściwych dla legalizacji systemu wagowego lub z wykorzystaniem systemu wagowego nieposiadającego legalizacji lub systemu wagowego, dla którego przekazano dokumenty potwierdzające legalizację niezawierające wskazania parametrów legalizacji, tj.: działki legalizacyjnej i zakresu legalizacji, należy wskazać, co następuje. Odwołujący żądał wykreślenia wymogu, aby dokumenty potwierdzające legalizację posiadały wskazania parametrów legalizacji, tj. działki legalizacyjnej i zakresu legalizacji. Izba przyznaje rację Odwołującemu, że zgodnie z §21 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie prawnej kontroli metrologicznej przyrządów pomiarowych z dnia 13 kwietnia 2017 r. organ administracji miar albo podmiot upoważniony na podstawie przeprowadzonego sprawdzenia przyrządu pomiarowego i stwierdzenia zgodności z wymaganiami technicznymi i metrologicznymi poświadczają dokonanie legalizacji przez wydanie świadectwa legalizacji lub umieszczenie na przyrządzie pomiarowym cechy legalizacji. Niemniej Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że postawiony wymóg jest nadmierny.

W zakresie zarzutu nr 4y z odwołania dotyczącego §13 ust. 12 pkt 2 OPZ Zamawiający na rozprawie oświadczył, iż uwzględni zarzut zgodnie z żądaniami Odwołującego. Nie podlegało więc ono rozpoznaniu przez Izbę.

Kolejny zarzut (nr 4bb z odwołania) związany był z §22 ust. 8 OPZ, zgodnie z którym *wykonawca zobowiązany jest dostarczać do nieruchomości jednorodzinnych worki o pojemności 120 litrów w ilościach nie mniejszych niż liczba odebranych worków z odpadami danej frakcji, z zastrzeżeniem, że minimalna liczba worków wynosi 1 raz na 4 tygodnie cztery worki na odpady segregowane suche, 1 raz na 4 tygodnie dwa worki na szkło opakowaniowe.* Odwołujący podnosił, że przekazywanie minimalnej liczby worków w sytuacji gdy dana nieruchomość w danym miesiącu nie wystawia odpadów lub wystawia jedynie po 1 worku generuje zbędne koszty wykonawcy i przeczy zasadzie ograniczania powstawania odpadów. Z uwagi na powyższe żądał zniesienia wymogu minimalnej liczby worków pozostawianych, przy zachowaniu zasady tyle worków, ile odebrano, tyle jest

dostarczanych. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja w żaden sposób nie wskazuje, aby OPZ w tym zakresie był niejednoznaczny, niewyczerpujący lub w jakikolwiek sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Odnosząc się do zarzutu nr 4cc z odwołania związanego z §25 ust. 4 OPZ Odwołujący żądał wykreślenia obowiązku wyodrębnienia pojemników dla każdej z nieruchomości

w przypadku wspólnych MGO. Wskazywał, że pojemność niektórych pojemników dla konkretnych budynków może być niewystarczająca. W przypadku więc ograniczonej wielkości altanki, gdzie nie ma możliwości dostawienia dodatkowych pojemników, ww. wymóg spowoduje przepełnienia pojemników, co naraża wykonawcę na naliczenie kary umownej. Niemniej Odwołujący w żaden sposób nie wykazał aby OPZ w tym zakresie był niejednoznaczny, niewyczerpujący lub w jakikolwiek sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W zakresie zarzutu nr 4ff z odwołania Odwołujący żądał wykreślenia §45 ust. 4 i 6 OPZ, zgodnie z którym *brak przekazania, jak również przekazanie nieaktualnych lub niekompletnych danych podstawowych, określonych w Załączniku nr 1 do OPZ uniemożliwia Zamawiającemu rozliczanie świadczenia usług. (...) Przekazanie wartości wymaganych pól dla danych podstawowych niezgodne ze specyfikacją struktur określonych w Załączniku nr 1 do OPZ uniemożliwia Zamawiającemu rozliczanie świadczenia usług.* Odwołujący podkreślał,

że powyższe wymogi stawiają Zamawiającego w pozycji nadmiernie uprzywilejowanej, bowiem brak proporcji między stopniem a konsekwencjami dokonanego naruszenia. W ocenie Izby Zamawiający może wymagać od wykonawcy profesjonalnego działania i oczekiwać,

że wszelkie wymagane dane podstawowe zostaną przekazane. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że z treści ww. postanowień wynika brak rozliczenia całej usługi w przypadku nieaktualnej lub niekompletnej danej podstawowej.

Odnosząc się do zarzutu nr 4gg z odwołania dotyczącego wymogu określonego w pkt C.12.3.3 Załącznika nr 1 do OPZ (wymóg ewidencji na kwicie wagowym numeru VIN pojazdu), Odwołujący wskazywał, iż jest on nadmierny, a przy ręcznym wprowadzaniu może spowodować powstanie omyłki. Zamawiający zaś podkreślał, że numer VIN jednoznacznie określa pojazd, będąc jedynym elementem, który pozostaje niezmienny od początku do końca funkcjonowania pojazdu. Izba wskazuje, że wymagania Zamawiającego, stanowiące nawet źródło ewentualnych niedogodności dla wykonawcy, jeżeli są uzasadnione, dotyczą

wszystkich potencjalnych wykonawców. Zatem wszystkim podmiotom działającym na rynku postawiono takie same warunki początkowe.

W zakresie zarzutu nr 5 z odwołania wskazać należy, że kary umowne, prócz kompensacyjnego charakteru, mogą pełnić inne funkcje. Stanowią niewątpliwie narzędzie mobilizujące i dyscyplinujące stronę umowy do należytego jej wykonywania. Kara umowna, będąc dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami

w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań (vide: wyrok SN z dnia 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt V CSK 85/08). Zdaniem składu orzekającego Zamawiający ma prawo korzystać z ww. funkcji kar umownych, aby zagwarantować sobie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany, terminowy i zgodny

z wymaganymi standardami. Izba nie znalazła podstaw, aby uznać naruszenie art. 353¹ KC, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Odwołujący nie wykazał, by postanowienia § 8 czy 12 wzoru umowy sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, wynikającego

z umowy, jak również by sprzeciwiały się właściwości (naturze) instytucji kar umownych. Nie wykazano też, aby ww. postanowienia sprzeciwiały się ustawie czy zasadom współżycia społecznego. W niniejszej sprawie faktycznym braku jest podstaw do uznania, by przyjęte zasady naliczania kar umownych utrudniały bądź uniemożliwiały ubieganie się o zamówienie, bądź by powodowały utrudnienie uczciwej konkurencji, czy też prowadziły do nierównego traktowania wykonawców. W zaskarżonych postanowieniach nie można też dopatrzeć się naruszenia art. 487 § 2 KC (definiującego zobowiązanie wzajemne). Zarzuty w tym zakresie należy uznać za dążenie do korzystniejszego dla wykonawcy ukształtowania postanowień przyszłej umowy, nie zaś za zwalczanie działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa.

W zakresie zarzutów nr 5a i 5b z odwołania Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że kary umowne przewidziane przez Zamawiającego są rażąco wygórowane i niezasadne, odnosząc się jedynie do ogólnych stwierdzeń. Odwołujący nie podjął nawet próby przeprowadzenia dowodu, że kary są na tyle wysokie, że prowadzą do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Nie przedstawił nawet żadnej symulacji, potwierdzającej

że podjęcie się realizacji zamówienia wiązałoby się dla wykonawcy z tak wysokim ryzykiem,

że wyłącza ono ekonomiczną celowość ubiegania się o zamówienie, co w konsekwencji wyłącza lub niezasadnie ogranicza konkurencję w postępowaniu. W zakresie negocjowania kar umownych niezależnie od winy wykonawcy należy wskazać, że przepisy kodeksu cywilnego dopuszczają możliwość rozszerzenia ustawowej odpowiedzialności w umowie. Ponadto, §8 ust. 5 wzoru umowy przewiduje procedurę wyjaśniającą. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku określenia górnego limitu kar, Izba wskazuje, że zgodnie z przekazaną odpowiedzią na odwołanie Zamawiający oświadczył, że wprowadził górny limit kar umownych.

W zakresie zarzutu nr 5c z odwołania dotyczącego wypowiedzenia umowy z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia *gdy Wykonawca kolejno dwukrotnie z danego MGO lub czterokrotnie w jednym miesiącu nie odebrał odpadów komunalnych w terminach wskazanych w Planie Odbiorów oraz w każdym z tych przypadków nie naprawił tego zaniechania w ciągu 24 godzin od chwili otrzymania od Zamawiającego wezwania do odbioru odpadów* Izba doszła do przekonania, że wskazany przypadek nie jest nadmierny w stosunku do przewinienia.

Odnosząc się do zarzutu nr 5d z odwołania wskazać należy, że zgodnie z §8 ust. 11 OPZ *Odbieranie odpadów komunalnych przy użyciu pojazdów niezgłoszonych lub nie wyposażonych w działające prawidłowo systemy pokładowe, uniemożliwia Zamawiającemu rozliczenie usług dla danego pojazdu w danym dniu na realizowanej trasie.* Ww. postanowienie określa przypadki uniemożliwiające rozliczenie usług, a nie jak podnosił Odwołujący odmowę odbioru usługi. Odwołujący żądał modyfikacji ww. postanowienia przez dopuszczenie rozliczenia usługi np. na podstawie kwitów wagowych z wagi najazdowej w przypadku awarii pojazdu podczas realizacji trasy (np. uszkodzenia GPS lub RFID lub wagi) lub w sytuacji zwiększonej ilości zgłoszeń i potrzeby ich terminowej realizacji co powoduje potrzebę wykorzystania pojazdów zastępczych (np. bez urządzenia ważącego). Zamawiający w pkt C.12.1.8. Załącznika nr 1 do OPZ wskazał sytuacje, w których możliwe jest rozliczenie usługi na podstawie kwitów wagowych. Zamawiający dopuszcza wykorzystanie do realizacji przedmiotu zamówienia pojazdu zastępczego, jeżeli został on zgłoszony Zamawiającemu i spełnia wszystkie wymagania określone w OPZ.

W zakresie zarzutu nr 5e z odwołania dotyczącego dwukrotnego nakładania kar finansowych za to samo zdarzenie Izba nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez Odwołującego. Tym bardziej, że zgodnie z modyfikacją wprowadzono §8 ust. 12 wzoru umowy wskazujący, że *w przypadku gdy Zamawiający nie otrzyma wynagrodzenia z uwagi na nie wykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy, kar umownych*

przewidzianych w ust. 3, związanych z powodem odmowy wypłaty wynagrodzenia, nie stosuje się.

W zakresie zarzutu nr 6 z odwołania Odwołujący negował przyjęcie wartości „maksymalnej liczby ton” w ramach kryterium cena, które nie odnosi się, nie jest związane, wykracza poza przedmiot zamówienia. Odwołujący podnosił, że maksymalna liczba ton określona w załączniku nr 2 do SIWZ (73.020 Mg) jest przeszacowana, co może mieć wpływ na wynik postępowania (ceny w przedmiotowych usługach nie rosną wprost proporcjonalnie). Dodatkowo ww. postanowienia jest sprzeczne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wprowadzając w błąd Wykonawców, gdyż może sugerować, iż przyjęta przez Zamawiającego wartość jest możliwa do wykorzystania podczas realizacji przedmiotowego zamówienia, co ma wpływ na oferowaną cenę. Odwołujący wniósł o zmianę maksymalnej liczby ton jako wartości odnoszącej się do punktacji w ramach kryterium ceny poprzez jej zmniejszenie do wartości realnej wynikającej z prawdopodobnej ilości ton mających być zrealizowanymi w ramach niniejszej umowy, nie wskazując przy tym konkretnej wartości. Zatem, gdyby Izba uznała zasadność zarzutu, byłaby zobowiązana doprecyzować żądanie, co jest niedopuszczalne. To zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest podmiotem, który może dokonać oceny w zakresie odnoszącym się do swoich uzasadnionych potrzeb, a co za tym idzie ustalić kryteria oceny ofert, odnoszące się do przygotowanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia, aby wyłonić wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nadto, zgodnie z odpowiedzią na odwołanie Zamawiający oświadczył, iż uwzględnił nr 6 z odwołania.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia, potwierdzając że równo traktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem równe traktowanie wykonawców *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (...)* (vide: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....

.....