



Nr sprawy: **02/2024**

Tryb postępowania: **Przetarg nieograniczony**

Przedmiot: **Zagospodarowanie odpadów komunalnych przez okres 24 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy**

Zamawiający: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą: 05-500 Piaseczno, ul. Techniczna 6, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS: 0000122596, NIP: 1230878675, REGON: 016161080**

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA NR 2

W związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia pn. „**Zagospodarowanie odpadów komunalnych przez okres 24 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy**” prowadzonym przez Zamawiającego - PUK Piaseczno Sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego (nr sprawy: 02/2024) oraz otrzymanymi pytaniami dotyczącymi Specyfikacji Warunków Zamówienia o treści:

Pytanie 1

Zamawiający w rozdziale III.A. pkt 3 SWZ przewidział:

Wykonawca przez cały okres trwania umowy zobowiązany jest do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę wynoszącą:

- 1) dla części I zamówienia co najmniej 1 100 000,00 (milion sto tysięcy) złotych,*
- 2) dla części II zamówienia co najmniej 400 000,00 (czteryście tysięcy) złotych,*
- 3) dla części III zamówienia co najmniej 900 000,00 (dziewięćset tysięcy) złotych,*
- 4) dla części IV zamówienia co najmniej 400 000,00 (czteryście tysięcy) złotych,*
- 5) dla części V zamówienia co najmniej 200 000,00 (dwieście tysięcy) złotych,*
- 6) dla części VI zamówienia co najmniej 500 000,00 (pięćset tysięcy) złotych,*

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie następujących kwestii:

- 1) Czy wymaganie dotyczy etapu po zawarciu umowy, a nie dotyczy etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na etapie postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca nie musi posiadać ww. ubezpieczenia ?
- 2) W jaki sposób ma spełnić wymaganie wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa na więcej niż jedną część, tj. czy wystarczy polisa na najwyższą sumę ubezpieczenia spośród tych części, na które będzie zawierana umowa, czy też wymagana jest polisa na sumę gwarancyjną stanowiącą łączną wartość części, na jakie będzie zawierana umowa ?

Pytanie 2

W rozdziale III.B. pkt 11 SWZ Zamawiający przewidział:

Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia ilości przekazywanych odpadów w stosunku do szacunkowej ilości, o której mowa ust. B.1. bez prawa wykonawcy do wnoszenia w stosunku do Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, w tym w szczególności w zakresie dotyczącym ewentualnego dodatkowego wynagrodzenia dla wykonawcy.

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp umowa nie może przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W związku z powyższym wykonawca wnosi o wyjaśnienie, jaką minimalną wartość zamówienia lub wielkość świadczenia stron gwarantuje Zamawiający.

Pytanie 3

Wykonawca obowiązany jest wykazać, że w zakresie dotyczącym części II, III, IV i V zamówienia dysponuje instalacjami spełniającymi standardy technologiczne umożliwiające osiągnięcie co najmniej poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, określonego w ust. E.6., w liczbie zapewniającej bieżące zagospodarowanie przekazywanych odpadów o kodzie 15 01 06 oraz 20 03 07, w ilościach odpowiadających ilościom przekazywanych przez Zamawiającego odpadów, o których mowa odpowiednio w ust. C.1., ust. D.1., ust. E.1. oraz ust. F.1., przy czym wskazane instalacje muszą odpowiadać wymaganiom przepisów prawa, w szczególności przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisów ustawy o odpadach (wykonawca może wskazać własne instalacje albo instalacje inne niż własne, z którymi ma zawarte umowy na zagospodarowanie odpadów i które posiadają aktualne, wymagane prawem zezwolenia w zakresie zagospodarowania odpadów).

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, jakie standardy technologiczne są wymagane przez Zamawiającego względem instalacji oraz o jaki poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, określony w ust. E.6. chodzi, ponieważ w SWZ brak jest ust. E.6.

Pytanie 4

W ust. I.4 Zamawiający posługuje się określeniem „Punkt”. Czy określenie to jest tożsame ze Stacją przeładunkową Zamawiającego ?

Pytanie 5

W ust. I.5 pkt 2) Zamawiający przewidział, że w przypadku odbioru odpadów do zagospodarowania ze Stacji, wykonawca obowiązany będzie zapewnić:

2) transport odpadów odebranych ze Stacji bezpośrednio do instalacji wskazanych w ofercie (bez ich dodatkowego przeładunku) wyłącznie samochodami wyposażonymi w system GPS umożliwiające trwały zapis tras samochodów odbierających odpady ze Stacji;

Wykonawca wskazuje na nadmierność wymagania. Obowiązujące przepisy dopuszczają przeładunek nawet dla odpadów zmieszanych oraz zielonych, a odpady odbierane ze Stacji mogą nie stanowić partii transportowej.

Wykonawca wnosi o wykreślenie wymagania: transport odpadów odebranych ze Stacji bezpośrednio do instalacji wskazanych w ofercie (bez ich dodatkowego przeładunku).

Pytanie 6

Zamawiający wymaga, aby odpady były odbierane ze Stacji wyłącznie samochodami wyposażonymi w system GPS umożliwiające trwały zapis tras samochodów odbierających odpady ze Stacji;

Wymaga także zapewnienia na każde żądanie Zamawiającego możliwość wglądu w zapisy GPS samochodów odbierających odpady ze Stacji w celu weryfikacji prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, złożoną ofertą oraz umową

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, jak długo ma być dostępny zapis GPS samochodów w celu weryfikacji prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, złożoną ofertą oraz umową. Wykonawca wnosi o ograniczenie tego wymagania do przechowywania zapisów GPS do 1 miesiąca.

Pytanie 7

Zamawiający wymaga także posiadania:

zaświadczenie o wpisie do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami prowadzonego przez Marszałka Województwa właściwego ze względu na miejsce zamieszkania lub siedzibę wykonawcy, (...)

Wykonawca wnosi o modyfikację wymagania, ponieważ w chwili obecnej wpis w tym zakresie dokonywany jest w BDO.

Pytanie 8

W formularzu oferty Zamawiający przewidział oświadczenie o wyborze sposobu wykonania zamówienia, np.:

Czy Zamawiający dopuszcza zmianę sposobu wykonania zamówienia w trakcie realizacji umowy (z transportu do instalacji siłami Zamawiającego na transport ze stacji przeładunkowej Zamawiającego lub odwrotnie), w tym w przypadku zmiany instalacji ?

Pytanie 9

W umowie przewidziano, że:

Zamawiający wymaga, aby odpady [...] o kodzie [...] poddawane były przez Wykonawcę procesom odzysku i recyklingu ([...]) w ilości nie mniejszej niż [...]% przekazywanych odpadów (liczonych wagowo), z zastrzeżeniem, iż Zamawiający uzna warunek za spełniony również w przypadku przekazania odpadów o kodzie [...] powstających w wyniku przetwarzania odpadów o kodzie [...] w instalacji Wykonawcy w procesie R[...] i przekazanych do ostatecznego zagospodarowania w procesie [...],

z zastrzeżeniem, iż łączna masa odpadów o kodach [...] musi stanowić co najmniej [...]% masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego (liczonych wagowo).¹⁾

Z kolei w OPZ obowiązki w ww. zakresie przewidziano tylko dla odpadów 20 02 01 oraz 15 01 06.

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, jak należy rozumieć ww. wymaganie zawarte w umowie, w tym czy wymaganie dotyczy tylko odpadów o kodzie 20 02 01 oraz 15 01 06.

Pytanie 10

W par. 1 ust. 12 umowy wskazano błędny okres obowiązywania umowy (jako podstawę ustalenia szacowanej ilości odpadów).

Wykonawca wnosi o modyfikację postanowienia par. 1 ust. 12 poprzez wskazanie właściwego okresu obowiązywania umowy - 24 miesięcy.

Pytanie 11

Zamawiający nie różnicuje wysokości kar umownych dla poszczególnych części zamówienia, pomimo że wartość tych części będzie różna. Oznacza to zatem, że wysokość kar umownych jest nadmierna.

Wykonawca wnosi o dostosowanie wysokości kar umownych do szacowanej wartości zamówienia w poszczególnych częściach.

Pytanie 12

Zamawiający przewidział karę umowną za:

- 18) *za brak osiągnięcia przez Wykonawcę wymaganego poziomu odzysku i recyklingu przekazanych odpadów, o którym mowa w § 1 ust. 4 - w wysokości stanowiącej iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych*

(zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych;

W par. 1 ust. 4 umowy wymaganie zostało określone w sposób niejasny. W szczególności w przypadku odpadów o kodzie 20 03 01 wymaganie to jest nieadekwatne.

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie i skonkretyzowanie dla każdego kodu odpadu objętego przedmiotem zamówienia nieosiągnięcie jakiego poziomu odzysku i recyklingu przekazanych odpadów, o którym mowa w § 1 ust. 4 stanowić będą podstawę do naliczenia kary umownej oraz jak będzie rozliczana kara umowna dla każdej z części ?

Pytanie 13

W par. 14 Zamawiający przewidział:

Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, jeżeli nastąpi zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Przedmiotu umowy, bez zmiany wynagrodzenia netto Wykonawcy. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić wyłącznie na podstawie wniosku, o którym mowa w § 7 ust. 13, a także w przypadku gdy na podstawie odrębnych przepisów nastąpi zmiana:

- 1) stawek podatku od towarów i usług, które wejdą w życie po dniu zawarcia Umowy w zakresie mającym wpływ na wynagrodzenie brutto Wykonawcy;*
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalanych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w zakresie mającym wpływ na wynagrodzenie netto Wykonawcy, z zastrzeżeniem, iż w takim przypadku zmiana wynagrodzenia Wykonawcy następować będzie wyłącznie w sposób i na zasadach określonych w § 7 ust. 13 do 15;*
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne w zakresie mającym wpływ na wynagrodzenie netto Wykonawcy;*
- 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych w zakresie mającym wpływ na wynagrodzenie netto Wykonawcy;*
- każdorazowo wyłącznie w zakresie i w sposób wynikający ze zmian, o których mowa w pkt 1 do 4 powyżej.

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, w jaki sposób Zamawiający zrekompensuje wykonawcy wzrost kosztów jeżeli nastąpi zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Przedmiotu umowy, która spowoduje wzrost kosztów świadczenia usług, czego wykonawca nie mógł wcześniej przewidzieć.

Pytanie 14

Zgodnie z zapisami OPZ Zamawiający wymaga, aby odpady 15 01 06 poddawane były przez Wykonawcę procesom odzysku i recyklingu w ilości nie mniejszej niż 50 % przekazywanych odpadów liczonych wagowo. Zaś, zdaniem Wykonawcy, odpowiednie poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych opisane zostały w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w art. 3b, przy czym określają na jakim poziomie gmina ma za zadanie osiągnąć recykling odpadów komunalnych. Jak należy rozumieć powyższe zapisy w odniesieniu do frakcji 15 01 06? Jaki poziom recyklingu należy przyjąć za odpowiedni, proszę o wskazanie sposobu wyliczenia wspomnianej kary. Czy powyższy zapis dotyczy wyłącznie odpadów 15 01 06?

Pytanie 15

Jaka jest dopuszczalna forma informowania Zamawiającego o konieczności zmiany instalacji? Czy wiążące będzie przekazanie wniosku Wykonawcy drogą mailową? Z jakim wyprzedzeniem powinna zostać przekazana informacja, awarii instalacji nie da się przewidzieć, niejednokrotnie są to sytuacje nagłe, na które należy reagować bez zbędnej zwłoki.

Pytanie 16

W przypadku przekazywania przez Zamawiającego odpadów do zagospodarowania bezpośrednio do instalacji Wykonawcy czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę godzin dostarczania odpadów zachowując 8 godzinę przedział w soboty w godzinach od 06:00 do 14:00?

Pytanie 17

*Zamawiający wymaga aby przekazywane przez Zamawiającego odpady o kodzie **15 01 06** (odpady opakowaniowe - z metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych) poddawane były przez wykonawcę procesom odzysku i recyklingu (R3, R4, R5) w ilości nie mniejszej niż **50%** przekazywanych odpadów (liczonych wagowo). Zamawiający uzna warunek za spełniony również w przypadku przekazania odpadów o kodach 19 12 01, 19 12 02, 19 12 03, 19 12 04, 19 12 05, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07 powstających w wyniku przetwarzania odpadów o kodzie 15 01 06 w instalacji wykonawcy w procesie R12 i przekazanych do ostatecznego zagospodarowania w procesie R3, R4, R5, z zastrzeżeniem, iż łączna masa odpadów o kodach 19 12 01, 19 12 02, 19 12 03, 19 12 04, 19 12 05, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07 musi stanowić co najmniej 50% masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego (liczonych wagowo);*

Wykonawca zwraca się z prośbą o podanie danych literaturowych, na podstawie których Zamawiający określił poziom poddawania procesom odzysku i recyklingu odpadów 15 01 06 w wysokości 50%. W jaki sposób Zamawiający jest w stanie zapewnić, że jakość odebranych odpadów będzie na tyle wysoka, aby Wykonawca dokładając wszelkich starań mógł sprostać wymaganiom narzuconym przez Zamawiającego?

Pytanie 18

*Zamawiający wymaga aby przekazywane przez Zamawiającego odpady biodegradowalne o kodzie **20 02 01** poddawane były przez wykonawcę wyłącznie i w całości - w ilości równej **100%** przekazywanych odpadów (liczonych wagowo) - procesom odzysku i recyklingu (R3), w wyniku których powstaną produkty, które będzie można wprowadzić na rynek jako spełniające obowiązujące przepisy, w tym będą mogły być wprowadzane do obrotu jako nawóz lub środek poprawiający właściwości gleby na podstawie pozwolenia ministra właściwego do spraw rolnictwa lub gdy stanowić będą produkt nawozowy lub jeżeli powstanie z nich odpad, który będzie wykorzystywany na powierzchni ziemi z korzyścią dla rolnictwa lub będzie prowadzić do poprawy stanu środowiska.*

Czy powyższy zapis dotyczący poddawania odpadów 20 02 01 przez Wykonawcę wyłącznie i w całości - w ilości równej 100% przekazywanych odpadów liczonych wagowo - procesom odzysku i recyklingu R3, należy rozumieć następująco, tj. odebrane odpady 20 02 01 z Punktu przeładunkowego zostaną przyjęte do instalacji Wykonawcy, następnie po uzbieraniu partii transportowej odpad zostanie przekazany do instalacji docelowej, w której będzie następował proces recyklingu? Wykonawca nie ma wpływu na wynik procesu przetwarzania, czyli ilość produktu, który będzie można wprowadzić na rynek jako nawóz lub środek poprawiający właściwości gleby, czy w związku z tym, przekazanie do dalszego zagospodarowania całości otrzymanych odpadów 20 02 01 można rozumieć jako spełnienie wymagań Zamawiającego? Czy Zamawiający prowadzi kontrolę jakości tych odpadów i można założyć, że 100% odpadów to odpady zielone, bez worków, puszek, szkła, etc.?

Pytanie 19

Art. 101a ustawy o odpadach, mówi o obowiązku od 1 stycznia 2025r. zbierania oraz odbierania odpadów budowlanych i rozbiórkowych z podziałem na kilka frakcji. Czy Zamawiający przewiduje wypełnienie powyższych wymogów prawnych w kontekście części IV zamówienia?

Pytanie 20

Zamawiający w ust. 9 przewidział:

W przypadku powoływania się przez Wykonawcę na zasoby innych podmiotów (w tym podwykonawców), wymagane przez Zamawiającego uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej opisane w ust. 7. pkt 2 i 4 znajdują odpowiednie zastosowanie również w stosunku do tych zasobów i udostępniających je podmiotów (w tym podwykonawców).

Czy Zamawiający dopuszcza wykazanie się decyzjami podwykonawców?

Zamawiający wyjaśnia, co następuje:

Ad. 1)

Wymaganie dotyczy etapu przed zawarciem umowy (zgodnie z pkt XIV.6. SWZ posiadanie polisy jest warunkiem zawarcia umowy), jednak w dniu składania oferty wykonawca nie musi posiadać ww. ubezpieczenia.

Zamawiający zawrze odrębną umowę dla każdej części zamówienia. Dlatego wymagane w tym zakresie będą osobne (odrębne) polisy albo jedna polisa na sumę gwarancyjną stanowiącą łączność wartość sum gwarancyjnych wymaganych przez Zamawiającego w ramach poszczególnych części zamówienia.

Ad. 2)

Minimalne ilości odpadów do zagospodarowania określa pkt III.A.7 SWZ.

Ad. 3)

Zamawiający potwierdza omyłkę pisarską w treści SWZ. Chodzi o pkt H.6 SWZ

Ad. 4)

Tak, określenie „punkt” jest tożsame z określeniem „Stacja”.

Ad. 5)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści SWZ w tym zakresie.

Ad. 6)

Minimalny okres przechowywania przez wykonawcę zapisów GPS ma wynosić 31 dni.

Ad. 7)

Zamawiający wmaga wpisu do BDO.

Ad. 8)

Tak, w przypadku gdy zmiana instalacji wynika z awarii wcześniej wskazanej instalacji, a do informacji o zmianie zostanie załączone zgłoszenie awarii do właściwego organu administracji publicznej, oraz z zastrzeżeniem, iż wszystkie pozostałe określone w umowie i w SWZ warunki realizacji zamówienia nie ulegają w takim przypadku zmianie.

Ad. 9)

Powołane postanowienie umowne zawiera przypis nr 1 zawierający szczegółowy opis wymogu.

Ad. 10)

Zamawiający potwierdza omyłkę pisarską w treści SWZ. Umowa zostanie zawarta na okres 24 miesięcy.

Ad. 11)

Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 680/14 (baza orzeczeń LEX nr 1661150) wskazał, iż kara umowna stanowi dodatkowe zastrzeżenie umowne i jako taka ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy. Służy więc **zagwarantowaniu realnego wykonania zobowiązania**, a także zdyscyplinowaniu stron.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 27 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 99/13 (baza orzeczeń LEX nr 1313465), wskazał, iż ważnym zadaniem kary umownej jest **zabezpieczenie wykonania zobowiązania**, a tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela. Taki jest podstawowy cel zastrzeżenia kary umownej na wypadek niedopełnienia obowiązków przez dłużnika.

Wysokość kary umownej za odstąpienie ukształtowana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wynika z podstawowej funkcji kary umownej, tj. funkcji stymulacyjnej mającej zapewnić realne wykonanie zobowiązania. Zamawiający kształtując w taki sposób warunki realizacji zamówienia uznał, iż należy wprowadzić do Specyfikacji Warunków Zamówienia postanowienia dające rękojmię, iż poszczególni wykonawcy biorący udział w postępowaniu oferując Zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia złożą oferty zawierające rzetelne informacje w tym zakresie oparte na faktycznych zdolnościach organizacyjnych i produkcyjnych tych wykonawców, tak aby zgodnie z zasadą równego traktowania wszystkich uczestników postępowania porównaniu przez Zamawiającego w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert podlegały tylko rzetelne oferty złożone przez rzetelnych wykonawców.

Zasady wyrażone w art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, stanowią bowiem dwie fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców polega na tym, że „**podmioty znajdujące się w takiej samej lub podobnej sytuacji należy traktować tak samo, natomiast podmioty znajdujące się w sytuacji odmiennej należy traktować odmiennie**” [tak np.: D. Koba, Wybór wykonawcy z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, Fundacja Fundusz Współpracy, Warszawa 2010, s. 10 i n.]. Zasada równego traktowania polega więc na tym, że względem wszystkich wykonawców należy stosować tożsame kryteria i wymogi. Innymi słowy zasada równego traktowania wymaga traktowania na tych samych prawach (a nie „tak samo”) wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie. Zasada ta obowiązuje zarówno na etapie stawiania warunków udziału w postępowaniu, jak i w czasie oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dyrektywa nakładająca na Zamawiającego obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców nie oznacza, iż Zamawiającemu nie wolno określić warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz warunków kontraktowych, które są możliwe do spełnienia tylko przez część wykonawców działających na danym rynku. Skoro bowiem w zasadzie równego traktowania chodzi o traktowania wszystkich wykonawców na tych samych prawach - a nie „tak samo”, to innymi słowy oznacza to „przykładanie jednej miary” do każdego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a nie o jednakową ocenę tych wykonawców. Zamawiającemu wolno więc w kontekście zasady równego traktowania wykonawców tak ukształtować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, kryteria oceny ofert oraz warunki kontraktowe, że będą one faktycznie stanowić preferencję dla wykonawców o większej wiarygodności lub większej zdolności organizacyjnej do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego.

A contrario, skoro podmioty znajdujące się w takiej samej lub podobnej sytuacji należy traktować tak samo, to podmioty znajdujące się w sytuacji odmiennej należy traktować odmiennie, ponieważ to właśnie naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców byłby brak rozróżniania przez Zamawiającego wykonawców dających większą rękojmię właściwego wykonania zamówienia od pozostałych podmiotów.

To właśnie z tego powodu wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający już na wstępie określa swoje wymagania odnoszące się do: 1) przedmiotu zamówienia (warunki przedmiotowe), 2) osoby wykonawcy (warunki podmiotowe), 3) sposobu realizacji zamówienia (warunki kontraktowe).

Ukształtowanie warunków kontraktowych wymaga jednocześnie określenia przez Zamawiającego sposobu w jaki Zamawiający będzie egzekwował ich dotrzymanie przez wykonawcę. Dopuszczenie do podpisania umowy z wykonawcą, który nie daje rękojmi wykonania przedmiotu umowy zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz treścią swojej oferty w części, na podstawie której doszło do jego wyboru, byłoby bowiem złamaniem zasady równego traktowania wykonawców!

Nie przypadkowo przy tym ustawodawca łączy zasadę równego traktowania wykonawców z zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Oznacza ona bowiem *de facto* możliwość uzyskania zamówienia przez odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy mogą złożyć konkurencyjną ofertę, czyli taką ofertę, która uzyska największą liczbę punktów w ramach ukształtowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert zawierając przy tym **prawdziwe co do treści** oświadczenia wykonawcy dotyczące jego zobowiązań kontraktowych. *A contrario* zasada uczciwej konkurencji zabrania dopuszczenia do udziału w postępowaniu i konkurowania ze sobą wykonawców znajdujących się w różnej sytuacji - czyli w szczególności wykonawców wiarygodnych i niewiarygodnych.

Utrzymywanie jakości i wiarygodności związane jest w szczególności z koniecznością ponoszenia określonych kosztów temu towarzyszących, których nie mają wykonawcy nie mogący zapewnić jakości na tym samym poziomie, w tym np. co do terminowości świadczonych przez siebie usług czy dostaw. Innymi słowy zmuszenie wykonawców wiarygodnych do konkurencji - w tym również cenowej z wykonawcami niewiarygodnymi, ale przez to tańszymi stanowi przykład złego określenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz warunków kontraktowych. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zarówno zasady równego traktowania wykonawców, jak i obowiązku ochrony przez Zamawiającego uczciwej konkurencji.

Reasumując, stosowanie zasady ochrony uczciwej konkurencji polega w praktyce na tym aby odpowiednio wykwalifikowany wykonawca mógł wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i mógł przygotować ofertę, która będzie konkurować wyłącznie z ofertami złożonymi przez innych rzetelnych i odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców [D. Koba, op. cit., s. 14]. Możliwość taką warunkuje spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego dotyczących udziału w postępowaniu oraz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania wyrażonych w formie kryteriów oceny ofert - wymagań, których dotrzymanie będzie następnie egzekwowane przez Zamawiającego. Dlatego wykonawcy mają wiedzę o wagach poszczególnych kryteriów, czyli ich wzajemnej proporcji, **a także o wszystkich warunkach kontraktowych.**

W ten sposób za pomocą ww. kategorii wymagań (tj. podlegających ocenie warunków kontraktowych) Zamawiający komunikuje wykonawcom jakie są jego wymagania minimalne odnoszące się do przyszłego wykonawcy zamówienia - są to warunki, które muszą zostać spełnione - oraz jakie są jego preferencje - zamówienie otrzyma ten wykonawca spośród wszystkich uczestniczących w postępowaniu wykonawców spełniających warunki Zamawiającego, który w największym stopniu spełni oczekiwania Zamawiającego. Celem więc wykonawców spełniających wymagania minimalne Zamawiającego jest też spełnienie w jak największym stopniu tych wymagań, które są oceniane za pomocą skali punktowej. Konkurencja biorących udział w postępowaniu wykonawców nie może jednak w tym zakresie dotyczyć sytuacji, w której wykonawca *a priori* zakłada, iż nie dotrzyma on określonego warunku kontraktowego, a pomimo to oferuje jego spełnienie żeby otrzymać od Zamawiającego większą liczbę punktów w ramach oceny tego kryterium, z góry kalkulując przy tym w swej ofercie karę umowną za jego niedotrzymanie. To właśnie taki czyn jest jednym z przykładów czynów nieuczciwej konkurencji i to właśnie dlatego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający - chroniąc uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami - określił katalog kar umownych, w tym za odstąpienie, w określonej wysokości, tak aby przeciwdziałać opisanej powyżej praktyce. Jak bowiem zauważył choćby Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 maja 2009 roku, XII Ga 143/09 (niepubl.) „Przepisy Ustawy nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku”. Zasady uczciwej konkurencji nie należy więc stosować w praktyce jako zasady prowadzącej do „równania w dół”, tak aby każdy wykonawca potencjalnie zainteresowany udziałem w postępowaniu mógł złożyć w nim ważną ofertę. Zasada ta ma na celu zapewnienie uzyskania ofert od jak największej liczby wykonawców, ale powinni to być **wyłącznie wykonawcy wiarygodni, czyli dający rękojmię wykonania zamówienia zgodnie z uzasadnionymi wymaganiami zamawiającego.**

W przywołanym już wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 680/14, sąd ten wskazał, że kara umowna jest tzw. „surogatem odszkodowania” za nienależyte wykonanie umownego zobowiązania niepieniężnego i jeżeli strony nie postanowiły inaczej, zastępuje to odszkodowanie, zaś określenie „surogat odszkodowania” należy wg. sądu rozumieć w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają z góry karę umowną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, zaś kara umowna kompensuje negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wskazuje się przy tym, że kara umowna jest przewidziana za powstanie tzw. szkody ogólnej, innej niż zindywidualizowana szkoda majątkowa wierzyciela. Kary umowne zostały w przedmiotowym postępowaniu zróżnicowane ze względu na rodzaje naruszeń umowy. Zamawiający określił wysokość poszczególnych kar umownych oraz ich maksymalną łączną wysokość nie tylko

z uwzględnieniem, iż jako dodatkowe zastrzeżenie umowne mają one służyć zdyscyplinowaniu dłużnika do wykonania zobowiązania, ale również mając na uwadze charakter kary umownej traktowanej jako „surogat odszkodowania” oraz szacowaną wysokość szkody jaką może ponieść Zamawiający w razie zwłoki wykonawcy w terminowym zrealizowaniu przedmiotu Zamówienia, a także w razie niewykonania zamówienia.

Dlatego, Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści SWZ w tym zakresie.

Ad. 12)

Paragraf 1 ust. 4 umowy zawiera przypis nr 1 zawierający szczegółowy opis wymogu. Brakujące elementy treści umowy zostaną przed jej zawarciem uzupełnione zgodnie z treścią oferty wykonawcy.

Ad. 13)

Postanowienie ma na celu symetryczną ochronę interesów prawnych i ekonomicznych obu stron umowy, w tym wykonawcy. Możliwą jest sytuacja, w której już po podpisaniu umowy zostaną uchwalone przepisy ustanawiające nowe daniny publicznoprawne nowe opłaty, nowe podatki, itp., bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy i obciążające wykonawcę. Przepisy takie w każdym przypadku określać muszą wysokość nowych danin, opłat i podatków. Zamawiający nie znajduje więc trudności interpretacyjnych dotyczących sposobu stosowania umowy w przypadku zaistnienia takiej sytuacji w zakresie dotyczącym określenia kwotowego wpływu nowych przepisów na ewentualną zmianę kosztów wykonawcy. Jednakże - jeżeli w ocenie wykonawcy - jest postanowienie niekorzystne dla wykonawcy, to Zamawiający wyraża zgodę na jego wykreślenie na wniosek wykonawcy przed podpisaniem umowy.

Ad. 14)

Zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu nie jest gmina. Opisany wymóg został określony przez Zamawiającego, a nie przez gminę. Wymóg dotyczący 50% przekazywanych odpadów liczonych wagowo jest jednoznaczny. Oznacza odpady o łącznej wadze wynoszącej połowę łącznej wagi odpadów przekazanych wykonawcy przez Zamawiającego.

Ad. 15)

Zasady kierowanie korespondencji związanej z realizacją Umowy określa § 12, w tym w szczególności § 12 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 8 do SWZ.

Ad. 16)

Zamawiający wyraża zgodę, aby wykonawca był zobowiązany zapewnić przyjmowanie odpadów do zagospodarowania we wskazanej w ofercie instalacji lub instalacjach od poniedziałku do piątku w godzinach od 8:00 do 20:00 oraz w soboty w godzinach od 6:00 do 14:00

Ad. 17)

Zamawiający nie znajduje podstaw ewentualnego obowiązku określania treści SWZ na podstawie „danych literaturowych”.

Ad. 18)

Zamawiający nie określił w SWZ jakichkolwiek wymogów dotyczących „wyniku procesu przetwarzania, czyli ilości produktu, który będzie można wprowadzić na rynek jako nawóz lub środek poprawiający właściwości gleby”.

Ad. 19)

Powołany przez wykonawcę art. 101a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. **nie obowiązuje w czasie prowadzenia niniejszego postępowania** - wejdzie on w życie z dniem 1 stycznia 2025 r. (por.: art. 19 ustawy z dnia 17 listopada 2021 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw w brzmieniu nadanym w art. 56 pkt 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2022 r. o szczególnej ochronie niektórych odbiorców paliw gazowych w 2023 r. w związku z sytuacją na rynku gazu

Zgodnie z art. 101a ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. obowiązku selektywnego zbierania oraz odbierania odpadów budowlanych i rozbiórkowych z podziałem co najmniej na: drewno, metale, szkło, tworzywa sztuczne, gips, odpady mineralne, w tym beton, cegłę, płytki i materiały ceramiczne oraz kamienie, **nie stosuje się w szczególności do punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych**, to zaś odpady zbierane w PSZOK stanowią przedmiot tej części zamówienia.

Ad. 20)

- 1) Zgodnie z pkt V.7.2. SWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawca:
 - a) posiadają zaświadczenie o wpisie do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami prowadzonego przez Marszałka Województwa właściwego ze względu na miejsce zamieszkania lub siedzibę wykonawcy - **z uwzględnieniem wyjaśnień w pkt ad. 7)**;
 - b) posiadają zezwolenie na przetwarzanie odpadów albo pozwolenie na wytwarzanie odpadów uwzględniające przetwarzanie odpadów albo pozwolenie zintegrowane lub decyzję zezwalającą na zbieranie odpadów obejmującą co najmniej odpady o kodach wskazanych przez Zamawiającego lub dysponują prawem do korzystania z instalacji posiadającej ww. zezwolenia albo pozwolenie.

- 2) Wykonawca może posiadać własną instalację oraz sam realizować pozostałe czynności wynikające z zakresu przedmiotu zamówienia, takie jak gromadzenie odpadów, czy ich sortowanie. Powyższe czynności w każdym przypadku wymagają legitymowaniem się przez wykonawcę odpowiednimi uprawnieniami.
- 3) Wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów, np. w zakresie dotyczącym prawa korzystania z instalacji (przykładowo na podstawie umowy zawartej pomiędzy wykonawcą, a takim innym podmiotem), ale także w zakresie dotyczącym dysponowania samochodami niezbędnymi do transportu odpadów. Nie każde dysponowanie zasobem podlegającym udostępnieniu będzie wymagać posiadania przez podwykonawcę określonych zezwoleń, pozwoleń albo decyzji. Dlatego Zamawiający wskazał w zmianach Specyfikacji Warunków Zamówienia, iż *„wymagania o których mowa w ust. 4 znajdują **odpowiednie** zastosowanie również w stosunku do tych zasobów i udostępniających je podmiotów (w tym podwykonawców).”*
- 4) W przypadku dysponowania prawem do korzystania z instalacji należącej do innego podmiotu nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów albo pozwolenia na wytworzenie odpadów uwzględniającego przetwarzanie odpadów albo pozwolenia zintegrowanego lub decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów obejmującej co najmniej odpady o kodach wskazanych przez Zamawiającego. Wymagać bowiem tego będą czynności takie jak gromadzenie odpadów przed ich transportem do instalacji, wstępne sortowanie, przeładunek, czy dalszy transport.

Przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem umożliwi również sytuację odwrotną, tj. taką w której wykonawca posiada własną instalację, korzysta jednak z zasobów innego podmiotu w zakresie takich czynności jak gromadzenie odpadów przed ich transportem do instalacji, wstępne sortowanie, transport, itp. Jednakże również w takim przypadku nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów albo pozwolenia na wytworzenie odpadów uwzględniającego przetwarzanie odpadów albo pozwolenia zintegrowanego lub decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów obejmującej co najmniej odpady o kodach wskazanych przez Zamawiającego. Mając powyższe na względzie, Zamawiający wskazał w zmianach Specyfikacji Warunków Zamówienia, iż *„wymagania o których mowa w ust. 4 znajdują **odpowiednie** zastosowanie **również** w stosunku do tych zasobów i udostępniających je podmiotów (w tym podwykonawców).”*

- 5) W sytuacji dysponowania prawem do korzystania z instalacji należącej do innego podmiotu, mając na względzie, iż nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów albo pozwolenia na wytworzenie odpadów uwzględniającego przetwarzanie odpadów albo pozwolenia zintegrowanego lub decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów obejmującej co najmniej odpady o kodach wskazanych przez Zamawiającego, nie ma w takim przypadku, jak to wskazuje jeden z wykonawców, jakiegokolwiek *„udostępnienia uprawnień”*. Do sytuacji takiej prowadziłby *de facto* dopiero przypadek, w którym wykonawca powierzyłby realizację całego przedmiotu zamówienia innemu podmiotowi (podwykonawcy). Takie powierzenie jest jednak na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych Unii Europejskiej, a także na gruncie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych niedopuszczalne.

Na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy - Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przepis ten odpowiada przepisowi art. 36a ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z wykładni literalnej art. 462 ust. 1 obecnej ustawy - Pzp (art. 36a ust. 1 ustawy – Pzp z 2004 r.) wynika, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Przepis art. 121 ustawy - Pzp uprawnia zamawiającego do ograniczenia podwykonawstwa poprzez rodzajowe wskazanie prac, które muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę. Innymi słowy uprawnienie to polega na tym, że ustawodawca przyznał zamawiającemu prawo do określenia, że w całym zamówieniu są takie części, które nie mogą być w danym postępowaniu podzlecane podwykonawcom.

Jednakże uprawnienie to nie zmienia treści art. 462 ust. 1 ustawy - Pzp, bowiem ani zamawiający ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu możliwe będzie podzlecenie całego przedmiotu zamówienia. Zatem jeżeli zamawiający nie określił zakazu rodzajowego dla części zamówienia, co do których obowiązuje zakaz podzlecenia, to oznacza to jedynie, iż zamawiający powtórzył zasadę zakazu podzlecenia całości zamówienia określoną w art. 462 ust. 1 ustawy - Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie wskazała, iż odmienna interpretacja art. 36a ust. 1 ustawy - Pzp (z 2004 r.) jest nieuprawniona i wykraczająca poza reguły wykładni tego przepisu. Takie stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła np. w wyroku z dnia 11 czerwca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1075/14, w którym Izba wskazała, iż *„Odnosząc się do dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa przy realizacji zamówienia publicznego Izba powzięła wątpliwość, co do możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia w całości. Należy mieć bowiem na względzie, że zarówno przepis art. 36a ust. 1 ustawy Pzp [z 2004 r.], jak i definicja umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b ustawy Pzp [z 2004 r.]) odnoszą się explicite do realizacji części zamówienia”*. Przedmiotową konstatację potwierdza również treść art. 17 ust. 2 ustawy - Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy (*„Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”*). Innymi słowy przepis art. 121 ustawy - Pzp (i art. 60 w przypadku konsorcjum wykonawców) dają zamawiającemu uprawnienie do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia przez wykonawcę, jednakże brak takiego zastrzeżenia, nie powoduje, że możliwe jest wówczas wykonanie całości zamówienia przez podwykonawcę, bowiem sprzeciwiałby się to treści przepisu art. 462 ust. 1 ustawy - Pzp, co Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła m. in. w wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2971/20 oraz KIO 2976/20 podkreślając, że analiza art. 36a i art. 2 pkt 9b ustawy Pzp (z 2004 r.) *„prowadzi do wniosku, że zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Powyższą wykładnię potwierdza literalne brzmienie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp (z 2004 r.), w którym dopuszczona została możliwość powierzenia jedynie części zamówienia podwykonawcy. Powyższej interpretacji nie przeczą dalsze przepisy ustawy Pzp [z 2004 r.], w tym ust. 2 art. 36a ustawy Pzp [z 2004 r.]. W ocenie Izby przepis ten uprawnia jedynie zamawiającego do określenia takich części zamówienia, które muszą zostać wykonane przez wykonawcę z uwagi na ich kluczowy charakter lub rodzaj prac w ramach zamówienia na dostawy. Nie oznacza to jednak, że brak takiego zastrzeżenia w postanowieniach specyfikacji, skutkuje dopuszczalnością powierzenia całości zamówienia podwykonawcom”*. W dalszej części uzasadnienia cytowanego

wyroku Izba wskazała, że „*dopuszczenie możliwości zlecenia podwykonawcom realizacji całości zamówienia oznaczałoby, iż byłyby obchodzone przepisy pzp nakazujące udzielanie zamówień wyłącznie wykonawcom wylonionym zgodnie z pzp (de facto oznaczałoby to udzielenie zamówienia podwykonawcom, a nie wykonawcy)*”. Ponadto Izba stwierdziła, iż „*zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy pzp [z 2004 r.], zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a nie podwykonawcy. Powyższe jest o tyle istotne, iż działania podejmowane przez wykonawcę, który zleca część prac do wykonania podwykonawcy nie mogą być postrzegane jako obejście przepisów ustawy pzp polegające w istocie na udzieleniu zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy*”.

W cytowanym wyroku Izba wypowiedziała się również na temat sytuacji, w której podwykonawca realizuje cały przedmiot zamówienia, ale wykonawca realizuje czynności administracyjne związane z umową o zamówienie publiczne, formalnie więc w jakimś stopniu uczestniczy w realizacji tej umowy, choć nie dotyczy to realizacji samego przedmiotu zamówienia. Izba oceniła istotę i znaczenie takich czynności polegających na „*zarządzaniu realizacją umowy*” jako jedynych czynności podejmowanych przez wykonawcę i określiła je jako „*czynności o charakterze organizacyjno-koordynacyjnym*”.

W konsekwencji Izba wskazała, że ze względu na poboczny charakter tych czynności względem świadczenia zasadniczego przedmiotu zamówienia, nie mają one bezpośredniego przełożenia na wykonywanie przedmiotu zamówienia. Izba wskazała, iż czynności takie jak: zarządzanie realizacją umowy, organizacja i koordynacja prac podwykonawców, dbanie o prawidłową realizację prac, rozliczanie godzin usług dodatkowych, udział w czynnościach odbiorowych z zamawiającym, organizacja spotkań projektowych, wystawianie faktur, przyjmowanie faktur od podwykonawców, dbanie o przepływy finansowe, obsługa prawna projektu, obsługa administracyjna, dochodzenie ewentualnych roszczeń nie mają bezpośredniego przełożenia na wykonywanie przedmiotu zamówienia. Powyższe czynności mają bowiem charakter poboczny względem zasadniczego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby ww. czynnościom nie można przypisać innego charakteru jak właśnie wyłącznie organizacyjno-koordynacyjnego. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2020 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2971/20 oraz KIO 2976/20 był przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Warszawie. W wyroku z dnia 5 maja 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 11/21 Sąd potwierdził prawidłowość rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej i oddalił skargę. W ocenie Sądu Okręgowego wykładnia literalna nie pozostawia bowiem żadnych wątpliwości w tym zakresie i zlecenie całości zamówienia podwykonawcom jest niedopuszczalne. Na uzasadnienie powyższego Sąd Okręgowy przedstawił kilka argumentów dotyczących interpretacji przepisów dotyczących powierzenia wykonania przedmiotu zamówienia przez podwykonawców. Zdaniem Sądu nie ulega wątpliwości, że „*na gruncie prawa zamówień publicznych, zarówno na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej, jak i regulacji krajowych, możliwe jest wykorzystanie podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Dyrektywa w przepisie 71 ust. 2 konsekwentnie posługuje się pojęciem „any share of the contract it may intend to subcontract”, nie pozostawiając zaś alternatywy w postaci „all of the contract”, a więc nie dopuszczając możliwości wskazania, że całość zamówienia będzie realizowana przez podwykonawcę. W konsekwencji implementacji dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. [...] wprowadzono definicję umowy o podwykonawstwo, w których wyraźnie wskazano, że są to umowy na mocy*

których odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązują się wykonać część zamówienia. Co więcej ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 [ustawy z 2004 r.] określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe". We wszystkich powoływanych wyrokach prawem materialnym była poprzednio obowiązująca ustawa, tj. ustawa - Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Niemniej wszystkie te rozstrzygnięcia są aktualne również pod rządami obecnie obowiązującej ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2019 r., która zawiera „wierne” odpowiedniki powoływanych przepisów ustawy z 2004 r.: art. 7 ust. 3 ustawy - Pzp z 2004 r. to art. 17 ust. 2 w ustawie - Pzp z 2019 r., art. 36a ust. 1 ustawy - Pzp z 2004 r. to art. 462 ust. 1 w ustawie - Pzp z 2019 r., art. 36a ust. 2 ustawy - Pzp z 2004 r. to art. 121 w ustawie - Pzp z 2019 r., zaś art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy - Pzp z 2004 r. to art. 226 ust. 1 pkt 3 w ustawie - Pzp z 2019 r. Reasumując, choć zlecenie wykonania całego przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę prowadziłyby *de facto* do „udostępnienia uprawnień”, na które wskazuje jeden z wykonawców wnoszących o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, to samo takie zlecenie nie jest już możliwe na gruncie zarówno przepisów Unii Europejskiej, jak i ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W pozostałych zaś przypadkach szczegółowo opisanych w pkt 4 wykonawca ma obowiązek legitymować się zezwoleniem na przetwarzanie odpadów albo pozwoleniem na wytwarzanie odpadów uwzględniającego przetwarzanie odpadów albo pozwoleniem zintegrowanym lub decyzją zezwalającą na zbieranie odpadów obejmującą co najmniej odpady o kodach wskazanych przez Zamawiającego niezależnie od uprawnień posiadanych przez ewentualnych podwykonawców.

- 6) Zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych możliwe jest również złożenie oferty przez konsorcjum wykonawców. Umowa konsorcjum może przewidywać, że określony członek (uczestnik) konsorcjum nie będzie odpowiadać ani za zapewnienie prawa do korzystania z instalacji, ani za żadną z czynności takich jak transport czy sortowanie odpadów, tylko np. za zapewnienie zdolności finansowej konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wniesienie wadium albo zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Oznacza to, że w wykonaniu przedmiotu zamówienia – również na poziomie wykonawcy - mogą uczestniczyć podmioty nie posiadające zezwoleń na przetwarzanie odpadów albo pozwoleń na wytwarzanie odpadów uwzględniającego przetwarzanie odpadów albo pozwoleń zintegrowanego lub decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów obejmującej co najmniej odpady o kodach wskazanych przez Zamawiającego.

W każdym jednak przypadku co najmniej jeden z członków (uczestników) konsorcjum będzie musiał ww. warunek spełniać.

Piaseczno, 28 marca 2024 r.

Grzegorz Tkaczyk
Prezes Zarządu PUK Piaseczno Sp. z o.o.