

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy Sp.k.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

Kancelaria Prawna Schampera,  
Dubis, Zając i Wspólnicy Sp. k.

ul. Kazimierza Wielkiego 3  
50-077 Wrocław, Polska  
E-Mail: [wroclaw@sdzlegal.pl](mailto:wroclaw@sdzlegal.pl)  
Tel: +48 71 326 51 40  
Fax: +48 71 326 51 41

[www.schindhelm.com](http://www.schindhelm.com)

Sąd Rejonowy  
dla Wrocławia Fabrycznej  
VI Wydział Gospodarczy KRS  
KRS: 0000131331  
NIP: 895-17-80-757  
REGON: 932832704

Biurow:  
Wrocław

Telefon:  
0048 71 326 51 40

E-Mail:  
[wroclaw@sdzlegal.pl](mailto:wroclaw@sdzlegal.pl)

Wrocław, dnia 24 sierpnia 2020 r.

**Odwołujący:** **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład**  
**Zagospodarowania Odpadów**, ul. Jerzmanowska 6A,  
54-519 Wrocław, KRS: 0000014645

zastępowana przez Tomasza Dąbrowskiego, adres do  
doręczeń: Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając  
i Wspólnicy sp. k., ul. Kazimierza Wielkiego 3,  
50-077 Wrocław, tel.: (71) 3265140, fax: (71) 3265014,  
e-mail: [wroclaw@sdzlegal.pl](mailto:wroclaw@sdzlegal.pl); [tda@sdzlegal.pl](mailto:tda@sdzlegal.pl)

**Zamawiający:** **Miasto Chorzów**, Biuro Zamówień Publicznych, Rynek 1,  
41-500 Chorzów, tel.: (32) 416 52 37, fax: (32) 4165640,  
e-mail: [bpz@chorzow.eu](mailto:bpz@chorzow.eu)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego  
prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.  
*Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów  
komunalnych powstających na nieruchomościach  
zamieszkałych i mieszanych na terenie Miasta Chorzów*  
(dalej jako „Postępowanie”), nr zamówienia publicznego:  
RZP.271.385.2020

**Ogłoszenie o zamówieniu** zamieszczono w Suplemencie do  
Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia  
2020 r., pod numerem 2020/S 155-379675



## ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów** (dalej jako: „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”), w oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „**Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie **wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, nieprawidłowego opisu kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu, tj. od postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.**

**Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:**

- 1) **naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie terminów realizacji zamówienia, w szczególności poprzez:
  - a) niemożliwe do dochowania określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi,
  - b) określenie zbyt krótkiego terminu na zrealizowanie obowiązku podstawienia pojemników na odpady;
- 2) **naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję poprzez postawienie wymogu, aby Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) został przez wykonawcę zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że Wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował skrócenie tego terminu, to w tym czasie) w sytuacji, gdy utworzenie PSZOK wymaga nie tylko wykonania szeregu czynności faktycznych, ale i pozyskania stosownych decyzji administracyjnych, przez co wymóg uruchomienia PSZOK najpóźniej w terminie 60 dni od podpisania umowy jest wymogiem niemożliwym do spełnienia dla wykonawców innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie Zamawiającego, co dodatkowo świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) **naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert - czasu niezbędnego do utworzenia i uruchomienia PSZOK, przy czym, z uwagi na



konieczność wypełnienia szeregu obowiązków administracyjno- prawnych, w szczególności uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych, nie jest obiektywnie możliwe utworzenie i uruchomienie PSZOK w terminie 60 dni ani tym bardziej w terminie 30 dni bądź w dniu zawarcia przez wykonawców, innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie Zamawiającego, co świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- 4) **naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert – odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa z pominięciem innych kryteriów środowiskowych istotnych i kluczowych z punktu widzenia przedmiotu niniejszego zamówienia, co czyni je kryterium niereprezentatywnym i prowadzącym do uprzywilejowania jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców, co z kolei jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) **naruszenie art. 91 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert odległości bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa w sytuacji, gdy odległość ta nie ma wpływu na „jakość” świadczenia usług, a samo kryterium zostało wprowadzone w celu uprzywilejowania niektórych z wykonawców, co z kolei jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 6) **naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób mogący naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez ocenę doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w sposób zawężający, nieadekwatny do celu, uwzględniający tylko określony system odbioru odpadów z pominięciem innych;
- 7) **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez określenie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;
- 8) **naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp** poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:



- braku wskazania przez Zamawiającego minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia;
- brak określenia jasnych zasad dokonywania zmiany harmonogramów posiadanych przez Zamawiającego oraz skutków tych zmian (lub odpowiednio odmowy zmiany harmonogramu) na koszty wykonywania zamówienia;

Taki opis przedmiotu zamówienia jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez Zamawiającego ilości koniecznych do realizacji zamówienia pojemników i worków na odpady czy zmian w sposobie realizacji zamówienia skutkujących koniecznością zmiany harmonogramów wywozu odpadów, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej i charakteru przyjętego modelu wynagrodzenia (brak osobnej ceny za podstawienie pojemników/dostarczenie worków i konieczność skalkulowania wszystkich kosztów i ryzyka w łącznej cenie za odbiór odpadów danej frakcji), ograniczonej możliwości zmiany umowy oraz licznych i wysokich kar umownych za niedochowanie wymogów SIWZ, co stanowi o naruszeniu art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 Pzp.

Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do **nieporównywalności złożonych ofert** i braku proporcjonalności i przejrzystości, a więc narusza także **art. 7 Pzp.**

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ poprzez:**

- 1) zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i mieszanych na terenie Chorzowa na termin 30 dni od dnia zawarcia umowy, z tym zastrzeżeniem, że termin na podstawienie pojemników będzie wynosił 60 dni liczonych od dnia zawarcia umowy;
- 2) zmianę terminu na podstawienie przez wykonawcę pojemników na odpady poprzez wydłużenie tego terminu do 60 dni liczonych od dnia zawarcia umowy;
- 3) zmianę terminu na zorganizowanie i uruchomienie PSZOK w ten sposób, że w określonym przez Zamawiającego 60-dniowym terminie od podpisania umowy wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia wszelkich niezbędnych działań faktycznych (leżących po jego stronie) w celu organizacji PSZOK, a także do wystąpienia do właściwych organów administracji publicznej z wnioskiem o wydanie niezbędnych decyzji, pozwoleń i innych wymaganych aktów administracyjnych, bez konieczności ujmowania w tym terminie czasu



niezbędnego na wydanie stosownych rozstrzygnięć przez właściwe organy administracji publicznej;

- 4) wykreślenie z SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XVI pkt 1.2. SIWZ (Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;
- 5) wykreślenie z SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XVI pkt 1.4. SIWZ (Odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, do której Wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Chorzów) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;
- 6) wykreślenie z SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XVI pkt 1.3 SIWZ (Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;
- 7) zmianę warunków udziału w postępowaniu dotyczących badania i oceny doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie (rozdział V pkt 1.2.3.1 ppkt 1) lit b) SIWZ) poprzez wskazanie, że wykonawca winien dysponować następującym doświadczeniem:  
*W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał (lub wykonuje) jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, obejmującą wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w ilości 4000 Mg odpadów typu tworzywa sztuczne, szkło i papier z wykorzystaniem pojemników na odpady selektywne, w tym pojemników typu dzwon.*
- 8) uzupełnienie przewidzianych dotychczas przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o podstawę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp;
- 9) wskazanie w SIWZ minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia;
- 10) zmianę §16 wzoru umowy poprzez jednoznaczne zagwarantowanie możliwości jednostronnej zmiany przez wykonawcę lub zmiany w drodze aneksu do umowy posiadanych przez Zamawiającego harmonogramów wywozu odpadów w sytuacji, gdy zmiana tych harmonogramów będzie konieczna dla należytego wykonania umowy, a będzie skutkiem okoliczności od wykonawcy niezależnych (np. zwiększenie ilości wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości odpadów, zwiększenie ilości obsługiwanych nieruchomości, zmiany rodzaju lub wielkości pojemników) lub będzie wynikała ze zmian w sposobie realizacji



zamówienia dokonanych przez Zamawiającego (np. zmian w zakresie częstotliwości odbioru odpadów), przy czym każdorazowa zmiana harmonogramów (zaistniała z przyczyn od wykonawcy niezależnych) lub odmowa zmiany harmonogramów przez Zamawiającego mimo zaistnienia takiej sytuacji, skutkująca koniecznością zwiększenia przez wykonawcę ilości pojazdów i/lub osób realizujących zamówienie, winna skutkować możliwością równoczesnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (w szczególności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy o wysokość dodatkowych kosztów ponoszonych na skutek konieczności odbioru odpadów według innych harmonogramów niż te, na podstawie których nastąpiła wycena oferty lub zapewnienia dodatkowych pojazdów i/lub osób przy braku zmiany harmonogramów), co Zamawiający winien przewidzieć jako jedną z podstaw do zmiany umowy.

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SIWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

### **Termin**

Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2020 r., pod numerem 2020/S 155-379675, Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych i mieszanych na terenie Miasta Chorzów*, nr zamówienia publicznego: RZP.271.385.2020.

Tego samego dnia, na stronie internetowej Zamawiającego, została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ” wraz z załącznikami. **Odwołujący dochował zatem terminów na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 182 ust. 2 Pzp.**

### **Interes**

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)” (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1691/12; KIO 1704/12).

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, nieprawidłowe opisanie warunków udziału w postępowaniu kryteriów oceny ofert powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia.



## UZASADNIENIE

### I. Terminy realizacji zamówienia

#### 1. Termin rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych:

Na wstępie Odwołujący zwraca uwagę na niemożliwy do dochowania termin rozpoczęcia przez wykonawcę świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Chorzów.

Zgodnie z zapisami rozdziału IV SIWZ świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i mieszanych na terenie Chorzowa (z uwzględnieniem zapisów zawartych w SIWZ) ma nastąpić od 1 października 2020 r. do 31 grudnia 2021 r.

Ponadto, według §3 ust. 1 projektu umowy: (...) *umowa zostaje zawarta na czas określony od dnia zawarcia do dnia 31.12.2021 r., przy czym świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Chorzów obowiązuje od 01.10.2020 r. do 31.12.2021 r.*

Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na dzień 14 września 2020 r., co oznacza, że Zamawiający przyjmuje okres zaledwie 16 dni pomiędzy terminem składania ofert, a rozpoczęciem świadczenia usług przez wykonawcę, przy czym w tym okresie Zamawiający:

- zobowiązany jest do badania i oceny ofert,
- wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, gdzie zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp: Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia tych dokumentów w terminie przez siebie wyznaczonym, lecz nie krótszym niż 10 dni,
- wyboru wykonawcy.

Co więcej, należy mieć na uwadze, że w myśl przepisu art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183 Pzp, w terminie: *nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo*



24 sierpnia 2020

*15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Następnie, w myśl przepisu art. 183 ust. 1, ogólną zasadą jest, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Powszechnie wiadomym przy tym jest, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia z zakresu gospodarki odpadami bardzo często decydują się na wniesienie odwołania, czego dowodem jest choćby fakt, że w poprzednio unieważnionym postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, jakie ogłosił Zamawiający, złożone były aż dwa odwołania co do samej treści SIWZ.

Powyższe czyni całkowicie niemożliwym rozpoczęcie świadczenia usługi już 1 października 2020 r., bowiem wykonawca musi uprzednio zawrzeć z Zamawiającym umowę o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu umożliwienia wykonawcom należytego skalkulowania ofert, Zamawiający powinien więc w pierwszej kolejności urealnić terminy świadczenia usług.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o odstąpienie przez Zamawiającego od określenia terminu początkowego realizacji zamówienia datą kalendarzową, zwłaszcza ustaloną w taki sposób, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi z góry jest niemożliwy do dochowania.

W to miejsce, zgodnie z wytycznymi płynącymi z orzecznictwa Izby, Odwołujący wnosi o określenie początkowej daty świadczenia jako 60-ty dzień od dnia zawarcia umowy z zamawiającym (względnie jako 30-ty dzień liczony od zawarcia umowy z Zamawiającym z zastrzeżeniem, że pojemniki na odpady mogą zostać podstawione w terminach, o których mowa poniżej).

Określenie terminu początkowego realizacji zamówienia zamiast poprzez datę kalendarzową liczbą dni liczonych od zawarcia umowy, po pierwsze, gwarantuje, że czas trwania niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie miał wpływu na zakres i sposób realizacji zamówienia. Po drugie, wszystkich wykonawców stawia to w takiej samej, równej pozycji, tj. każdy z wykonawców, niezależnie od tego, czy uprzednio realizował to zamówienie, będzie miał dokładnie taki sam czas na przygotowanie się do realizacji zamówienia.

W tym miejscu podkreślić należy, że poza przygotowaniem pojemników niezbędnych do realizacji zamówienia, o czym szerzej poniżej, wykonawcy, którzy będą realizowali niniejsze zamówienie muszą podjąć szereg dodatkowych czynności przygotowawczych. Do realizacji takiego zamówienia należy przygotować odpowiednią liczbę pojazdów, co wiąże się z koniecznością zapewnienia odpowiedniej liczby pracowników do ich obsługi i ich przeszkoleniem. Podkreślić należy, że nawet w sytuacji, gdy w niniejszym postępowaniu ofertę





złoży duży podmiot, posiadający liczne samochody i personel, logistyki realizacji takiej usługi nie da się opracować i wdrożyć „z dnia na dzień”. Do realizacji zamówienia należy przygotować się także poprzez organizację PSZOK, systemu obsługi mieszkańców, systemu raportowania itp. Czynności takie każdemu wykonawcy działającemu na rynku (być może poza tym, który uprzednio realizował to zamówienie) zajmą co najmniej kilka tygodni. Warto przy tym podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winno być prowadzone w sposób konkurencyjny, co oznacza, że nie można opisu przedmiotu zamówienia dokonywać w taki sposób i przy takim założeniu, jakby wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa jedynie kontynuował działalność na rzecz Zamawiającego. Z tego względu, Odwołujący wnosi o określenie terminu na rozpoczęcie realizacji zamówienia co najmniej jako 30 dni od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym, z zastrzeżeniem dotyczącym terminu podstawienia pojemników, o czym szerzej poniżej.

## 2. Terminy na podstawienie pojemników

W kontekście terminu rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów Odwołujący zwraca uwagę na niemożność dochowania pewnych terminów przez wykonawcę, w szczególności przewidzianych przez Zamawiającego terminów na podstawienie pojemników na odpady. Zgodnie z postanowieniami Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ): *Wykonawca ponosi całkowite koszty związane z transportem, odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, w tym koszty przyjęcia odpadów na instalacje komunalne oraz wszelkie pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia, w szczególności koszty dostawy pojemników i worków, koszty wydruku kalendarzy z harmonogramami oraz koszty ich dostarczenia do właścicieli nieruchomości.*

Określając termin dostawy pojemników Zamawiający wskazał, w Rozdziale V SIWZ, że: *od dnia zawarcia umowy wynikającej z niniejszej SWIZ Wykonawca ma obowiązek m.in.:*

5. *do 14 dni od dnia podpisania umowy lub w innym terminie pisemnie uzgodnionym z Zamawiającym jednak nie później niż na 1 dzień przed rozpoczęciem świadczenia usługi*  
– *podstawić pojemniki na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,*
6. *do 14 dni od dnia podpisania umowy lub w innym terminie pisemnie uzgodnionym z Zamawiającym jednak nie później niż na 1 dzień przed rozpoczęciem świadczenia usługi*  
– *podstawić pojemniki do segregacji odpadów.*

**W ocenie Odwołującego już sam 14-dniowy termin na podstawienie pojemników na odpady jest zbyt krótki i nie jest możliwy do zachowania przez wykonawcę, który nie realizował uprzednio zamówienia, a mając na uwadze planowany termin rozpoczęcia świadczenia usługi (1 października 2020 r.) i fakt, że pojemniki muszą być bezwzględnie podstawione najpóźniej na 1 dzień przed terminem rozpoczęcia świadczenia usługi, jest to termin całkowicie nierealny do dochowania.**



Odnosząc się do terminu na podstawie pojemników, wyjaśnić należy, że chcąc rozstawić tak dużą ilość wymaganych pojemników, wykonawca musi wcześniej dokonać ich zakupu.. Wykonawca, który nie realizował uprzednio tego zamówienia, nie ma pojemników niezbędnych do realizacji zamówienia „na składzie”. Biorąc pod uwagę koszty zakupu i magazynowania pojemników oraz okoliczność, że pojemniki ulegają dużemu zużyciu w czasie realizacji zamówienia, nie jest praktykowane na rynku dokonywanie zakupów pojemników z wyprzedzeniem i ich magazynowanie, a pojemniki wykorzystywane do realizacji innych zamówień, po ich zakończeniu, jedynie w części mogą posłużyć do realizacji zamówień kolejnych. Konieczność zakupu pojemników niezbędnych do realizacji tego zamówienia wiąże się z oczekiwaniem na realizację zamówienia. Należy mieć przy tym na uwadze, że w kraju nadal ogłoszony jest stan epidemii, co wpływa na działalność dostawców i producentów pojemników na odpady. Odwołujący przeprowadził w tym zakresie analizę rynku i według jego wiedzy nie jest możliwy zakup pojemników w tak krótkim czasie. Trudno oczekiwać, przy szacowanej ilości wymaganych pojemników, by wykonawca pojemnikami w takiej ilości dysponował przed zawarciem umowy (np. miał je jako zapasy magazynowe). Także podjęcie działań w celu odkupienia od innego wykonawcy pojemników używanych i dostosowania ich do wymogów SIWZ jest czynnością czasochłonną, wykraczająca poza ten czas. Oczywistym jest również to, że nie jest możliwe fizyczne rozstawienie wszystkich pojemników w ciągu jednego czy nawet kilku dni, co tym bardziej uzasadnia niniejszy zarzut. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z zapisami rozdziału II SIWZ pkt 4.8. wykonawca jest dodatkowo zobowiązany do wystąpienia (we własnym zakresie) do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp. w celu możliwości realizacji przedmiotowej umowy, jeżeli wystawienie pojemników do godz. 6:00 rano w dniu harmonogramowego odbioru odpadów nie jest możliwe ze względu na specyfikę zwartej zabudowy, przy czym Zamawiający przekaze Wykonawcy w dniu podpisania umowy pełną listę nieruchomości objętych harmonogramami, wraz z danymi kontrahentów, którzy zarządzają poszczególnymi nieruchomościami. Dopiero więc od tego momentu wykonawca będzie mógł rozpocząć działania mające na celu realizację przedmiotowego obowiązku.

**Powyższe argumenty potwierdzają więc, że zakreślone przez Zamawiającego terminy na podstawienie pojemników nie są możliwe do osiągnięcia przez wykonawcę, który nie realizował uprzednio zamówienia. Wyłącznie wykonawca, który obecnie świadczy usługę, którego pojemniki są już rozstawione na nieruchomościach i nie musi dokonywać ich zakupu będzie mógł dochować terminów narzuconych w tym zakresie przez Zamawiającego.** Powyższe prowadzi jednak do niedozwolonego uprzywilejowania jednego przedsiębiorcy względem pozostałych, co potwierdza zasadność domagania się przez Odwołującego wydłużenia tych terminów.



Słuszność tego stanowiska potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r., gdzie Izba stanęła na stanowisku, że: „Zamawiający w powyższym postanowieniu nie uwzględnił specyfiki i rozmiaru usługi, a więc, iż wykonawca będzie musiał się do świadczenia tej usługi przygotować poprzez co najmniej: ustalenie ilości, lokalizacji i właścicieli punktów odbioru odpadów, uzgodnienie z tymi właścicielami kwestii pojemników oraz dostępu do punktów odbioru odpadów, obliczenie ilości i rodzaju pojemników na odpady, zakup i rozwieszenie do punktów odbioru odpadów odpowiedniej ilości pojemników, ewentualnie zakup, wynajęcie lub zamiana pojemników już wykorzystywanych w danych nieruchomościach, co jest - zwłaszcza wobec braku danych ze strony zamawiającego - procesem praco- i czasochłonnym, niemożliwym do zrealizowania już w dniu zawarcia umowy. (Oczywiście owe wstępne czynności wykonawca powinien podjąć co najmniej z dniem zawarcia umowy.) Z argumentacji zamawiającego przedstawionej podczas rozprawy wynika, iż nie ma on żadnej realnej koncepcji, jak tę usługę w szybki sposób wdrożyć. Kwestia ta jest jednak istotna dla opisanego, a następnie realizacji zamówienia i jest elementem, który wykonawca musi móc skalkulować w swojej ofercie (choćby zaangażowanie dodatkowych osób i pojazdów, wysokość grożących kar umownych). Zatem konieczna jest zmiana wymogów zamawiającego poprzez określenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, w szczególności na dostarczenie pojemników na odpady. Jednocześnie Izba nie określa, jaki termin liczony w liczbie dni jest odpowiedni, gdyż zależy to od okoliczności, które będą istniały w chwili zawarcia umowy, jak np. czy okres na wdrożenie realizacji usługi nastąpi przed czy po zawarciu umowy, długość okresu pomiędzy ostatecznym wyborem wykonawcy a zawarciem z nim umowy, dodatkowymi danymi o punktach odbioru odpadów lub rodzajach nieruchomości przekazanych wykonawcom, kampania informacyjna zamawiającego dla mieszkańców w zakresie sposobu realizacji umowy itp. działaniami mogącymi usprawnić wdrożenie usługi. W przypadku, gdy z postanowień umowy lub okoliczności będzie wynikać, że wykonawca musi wykonać ww. czynności już po zawarciu umowy, celowe będzie wprowadzenie okresu karencji w naliczaniu niektórych kar umownych.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13, LEX nr 1350279).

Podobnie, w wyroku z dnia 8 października 2018 r. Izba uzasadniała nakazanie wydłużenie „okresu przygotowawczego”, w którym wykonawca miał m.in. podstawić pojemniki w następujący sposób: „Izba wskazuje, że nowy wykonawca będzie zobligowany pozyskać pojemniki na potrzeby niniejszego postępowania, bądź w drodze zakupu nowych pojemników lub też przez odkupienie "używanych" od dotychczasowego wykonawcy realizującego zamówienie. Rację ma Odwołujący twierdząc, że oba sposoby pozyskania pojemników są czynnościami wymagającymi czasu dłuższego niż miesiąc. Zaprezentowane twierdzenia znajdują oparcie w materiale dowodowym w postaci ofert handlowych, przedstawionych przez Odwołującego. Z ich treści jednoznacznie wynika, że zakup nawet przybliżonej ilości pojemników jakiej wymaga realizacja zamówienia przekracza okres jednego miesiąca, a w niektórych przypadkach sięga nawet 20-22 tygodni. Istotnym jest, że niezależnie od tego czy są



to pojemniki nowe, czy pojemniki używane to muszą one spełniać wymagania SIWZ, a więc posiadać odpowiednie oznakowanie. Uwzględniając zakres przedmiotowego zamówienia za czasochłonny należy uznać także sam proces rozstawienia odpowiednich pojemników w MGO z czym wiąże się konieczność ich dostarczenia i odpowiedniego rozmieszczenia w każdym z MGO.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1878/18, KIO 1879/18, KIO 1880/18, LEX nr 2575477).

Izba, a w ślad za nią i gminy, dostrzegają więc konieczność określenia realnego, tj. możliwego do dochowania, terminu na przygotowanie się wykonawcy do realizacji zamówienia. Tylko bowiem wprowadzenie tego typu postanowień gwarantuje otwarcie się na konkurencję w postępowaniu.

## **II. Organizacja PSZOK**

W dalszej kolejności zwraca się uwagę na określone przez Zamawiającego zasady organizacji PSZOK. Rozdział III ust. 5 Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) określa zasady organizacji PSZOK. W myśl pkt 5.1.: *Wykonawca jest zobowiązany do organizacji i prowadzenia PSZOK zgodnie z poniższymi wytycznymi.*

5.1.1. Lokalizacja PSZOK musi być na terenie miasta Chorzów, w miejscu łatwo dostępnym dla mieszkańców, o minimalnej powierzchni działki 700 m<sup>2</sup>. Zaproponowany przez Wykonawcę teren musi być zaakceptowany przez Zamawiającego.

5.1.2. *Teren musi być usytuowany w taki sposób, żeby można było dojechać samochodem, a PSZOK tak zorganizowany logistycznie, żeby istniała możliwość dojeżdżania samochodem do kontenera, w przypadku dostarczania odpadów o dużych gabarytach lub ciężkich.*

5.1.3. Teren PSZOK-SORCIK musi być utwardzony, ogrodzony, oświetlony oraz dozorowany, z zapleczem socjalnym dla obsługi Punktu.

5.1.4. (...)

5.1.5. (...)

5.1.6. *Minimalne wyposażenie Punktu:*

5.1.6.1. *Piętnaście (15) kontenerów/pojemników, jednolitych kolorystycznie, bez elementów graffiti (niepomalowanych), czystych, niezardzewiałych, niepodrapanych. Kontenery/pojemniki przeznaczone do gromadzenia odpadów muszą być dostosowane do wielkości, rodzaju i ilości dostarczanych odpadów.*

5.1.6.2. *Jeżeli zajdzie taka konieczność, Wykonawca jest zobowiązany do odnowienia kontenerów/pojemników np. poprzez ich pomalowanie. Czas na wykonanie tej czynności to 7 dni roboczych od dnia przesłania Wykonawcy pisemnego polecenia*



*Zamawiającego na adres e-mail Wykonawcy lub za pośrednictwem tabeli zgłoszeń. Koszt odnowy kontenerów/pojemników Wykonawca musi uwzględnić w swojej ofercie.*

*5.1.6.3. Punkt musi być wyposażony w sprawny rębak w celu przyjmowania odpadów określonych w rozdz. III, pkt 5.1.4.7. SIWZ.*

*5.1.6.4. Punkt musi być wyposażony w sprawną wagę w celu ważenia przyjmowanych odpadów.*

*5.1.7. Czas działania Punktu:*

*5.1.7.1. Punkt musi funkcjonować przez cały okres obowiązywania umowy pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.*

*5.1.7.2. Punkt musi być czynny w poniedziałki, środy i piątki w godzinach od 10:00 do 18:00, we wtorki i czwartki w godzinach od 12:00 do 20:00 oraz w soboty w godzinach od 10:00 do 16:00.*

*5.1.7.3. Wykonawca dostosuje godziny otwarcia PSZOK do każdej zmiany wynikającej z podjęcia odpowiedniej uchwały rady gminy.*

*(...)*

*5.2. Jeżeli Wykonawca nie jest w stanie zaproponować terenu pod utworzenie punktu PSZOK, wówczas Zamawiający wskaże teren przeznaczony do tego celu.*

*5.2.1. Lokalizacja terenu: ul. Legnicka (działki nr: 2942/347 i 1733/370).*

*5.2.2. Powierzchnia terenu: 3057 m<sup>2</sup>.*

*5.2.3. Koszt miesięcznej dzierżawy terenu od Miasta Chorzów: 1 987,05 zł netto + 23% podatku VAT (0,65 zł/m<sup>2</sup> x 3057 m<sup>2</sup>).*

*5.2.4. Opiszana nieruchomość jest oznaczona w planie zagospodarowania przestrzennego Miasta Chorzów symbolami P/P,G co oznacza tereny produkcyjne.*

*5.2.5. Wykonawca przygotowuje na wskazanym przez Zamawiającego terenie PSZOK zgodnie z zapisami rozdz. III, pkt 5.1 SIWZ z wyłączeniem pkt 5.1.1.*

*5.2.6. Po zakończeniu umowy wynikającej z realizacji zamówienia określonego niniejszą SIWZ Wykonawca przekaze Zamawiającemu teren w niezmiennym stanie sanitarno-porządkowym.*

Spełniający wszystkie wymogi określone w rozdziale II ust. 5 OPZ PSZOK powinien zostać zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że Wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował skrócenie tego terminu, to w tym czasie), przy czym jak podkreśla Zamawiający: *w termin ten należy wliczyć uzyskanie wszelkich*



zgłoszeń, pozwoleń, decyzji zezwalających na prowadzenie Punktu, w tym również zawarcie umowy dzierżawy terenu w przypadku korzystania z terenu wskazanego przez Zamawiającego w rozdz. III pkt. 5.2 SIWZ. (rozdział II pkt 5.2. SIWZ- przyp. wł). Etap obejmuje również oznakowanie PSZOK zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Uruchomienie i oznakowanie PSZOK zostanie potwierdzone sporządzeniem protokołu odbioru etapu podpisanego przez umocowanych przedstawicieli Stron.

Za niespełnienie powyższego wymogu w §11 ust. 2.1.27 Zamawiający przewidział dla wykonawcy dotkliwą karę umowną: w wysokości 50 000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w utworzeniu i uruchomieniu Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych PSZOK w stosunku do terminu określonego w formularzu ofertowym Wykonawcy. Kara będzie naliczana za każdy dzień opóźnienia od dnia zadeklarowanego w formularzu ofertowym do faktycznego uruchomienia PSZOK.

W ocenie Odwołującego, tak określone wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia, w szczególności termin realizacji tego obowiązku, naruszają przepisy Pzp.

Gminy, w tym Zamawiający, są zobowiązane do utworzenia PSZOK na mocy art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 r. j.t. ze zm.), dalej jako „u.p.c.g.”. W przepisach u.p.c.g. wskazano na następujące warunki, jakie spełniać musi PSZOK:

- 1) przyjmowania najmniej następujących odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła, odpadów opakowaniowych wielomateriałowych oraz bioodpadów oraz odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży;
- 2) łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy;

przy czym szczegółowy sposób świadczenia usług przez PSZOK określa rady gminy w drodze uchwały.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że PSZOK musi spełniać standardy sanitarne, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650 ze zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. z 2009 r., nr 104, poz. 868). PSZOK musi także spełniać szereg wymagań technicznych. W szczególności, jak wskazuje sam Zamawiający,



powinien być on usytuowany na terenie utwardzonym, ogrodzonym, oświetlonym oraz dozorowanym. Ponadto, w miejscach, gdzie może nastąpić wyciek substancji niebezpiecznych wymagane jest odpowiednie zabezpieczenie środowiska gruntowo-wodnego. Miejsca magazynowania odpadów powinny być odpowiednio oznakowane, podobnie jak poszczególne obiekty i instalacje znajdujące się na terenie PSZOK. Wskazuje się przy tym, że specjalne zabezpieczenia mogą wynikać z wymagań dotyczących magazynowania odpadów niebezpiecznych (część magazynowa odpadów obiektu przeznaczona do składowania substancji żrących powinna być wykończona wykładziną odporną na działanie kwasów i zasad, pomieszczenia winny być wyposażone w nieprzepuszczalne utwardzone podłogi umożliwiające w przypadku rozlania płynów ich grawitacyjne zebranie oraz późniejsze wychwycenie oraz sprawną wentylację) (A. Krzyśków, P. Szyszkowski, *Punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych oraz stacje przeładunkowe odpadów komunalnych – kwestie prawne i finansowe*, IX Ogólnopolska Konferencja Szkoleniowa „Nowe prawo ochrony środowiska”, Poznań 21-22 stycznia 2013r., materiały konferencyjne, s. 56-57, wraz z powołaną tam literaturą).

Wymagania te znalazły wyraz w postanowieniach OPZ, przy czym Zamawiający stawiając je, zdaje się zapominać, że ze względu na ww. wymagania, budowa i oddanie PSZOK do eksploatacji odbywa się w kilku etapach i wymaga czasu. Pierwszym z takich etapów jest określenie lokalizacji PSZOK, założeń technicznych i przeprowadzenie formalnej części koncepcyjnej lub projektowej oraz uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych. Etap ten uważany jest za kluczowy dla powodzenia przedsięwzięcia. Po wyborze lokalizacji należy przystąpić do opracowania koncepcji programowo-przestrzennej, a następnie niezbędnych pozwoleń (**pozwolenie wodno-prawne, warunki przyłączenia do mediów** itd.) Po wybudowaniu PSZOK, należy uzyskać wszystkie niezbędne decyzje na użytkowanie obiektu oraz **zezwolenia na zbieranie w tym miejscu odpadów komunalnych**, co z kolei wymaga dodatkowo uzyskania operatu przeciwpożarowego. **Stąd w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że okres realizacji inwestycji wynosi minimum kilka miesięcy** (A. Krzyśków, P. Szyszkowski, *op. cit.*, s. 57-58, wraz z powołaną tam literaturą). Czasu tego nie skróci nawet skorzystanie z działki wskazanej przez Zamawiającego, która również wymaga odpowiedniego dostosowania do prowadzenia na niej PSZOK. Nadal więc nie będzie możliwe uzyskanie wszelkich niezbędnych aktów administracyjnych w terminie 60 dni. Warto przy tym podkreślić, że także dostosowanie obiektów magazynowych czy tym podobnych obiektów, które być może udałoby się wynająć na rynku lokalnym, wymaga podobnego nakładu środków i czasu na dostosowanie do wymagań PSZOK.

Odwołujący zwraca przy tym szczególną uwagę na konieczność uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów w PSZOK. Wobec zmian prawa, jakie miały miejsce w ostatnich dwóch latach (wprowadzenie dodatkowych wymogów formalnych na etapie ubiegania się o zezwolenie, w tym konieczność sporządzenia operatów p.poż. i ich uzgodnienia, dodatkowe kontrole przed wydaniem zezwoleń itd.) oraz konieczności złożenia do 6 marca 2020r. wniosków o dostosowanie uprzednio wydanych zezwoleń (wniosków, które w szeregu organów są nadal procedowane), obecnie czas oczekiwania na wydanie takich zezwoleń istotnie się wydłużył. Sprawy te traktowane są jako skomplikowane i nie są



rozpoznawane nawet w przeciągu 30 dni. Oczywiście dodatkowym utrudnieniem są obostrzenia, jakie były wprowadzane i nadal są utrzymywane w związku z COVID. Wykonawca nie ma przy tym wiedzy i obiektywnie mieć jej nie może, w jaki sposób okoliczności te oceni Zamawiający pod kątem spełnienia przesłanek do zmiany umowy i czy do takiej zmiany umowy ostatecznie dojdzie.

Z powyższych względów możliwość zorganizowania PSZOK w formie oczekiwanej przez Zamawiającego (w tym z „czynnymi” zezwoleniem na zbieranie odpadów, które mają być zbierane w PSZOK) w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy jest niewykonalna dla wykonawcy innego niż ten, aktualnie świadczący usługę na terenie Miasta Chorzów. Powyższe wynika z konieczności podjęcia szeregu działań technicznych i administracyjno- prawnych, przy czym czas realizacji tych ostatnich jest całkowicie niezależny od wykonawcy. Podkreślić przy tym należy ponownie, że Zamawiający, za niedochowanie terminu na uruchomienie PSZOK przewidział karę umowną w wysokości 50 000 zł za każdy dzień opóźnienia (czyli także za okoliczności niezależne od wykonawcy). W ocenie Odwołującego, jedynym podmiotem, który będzie w stanie spełnić ten wymóg jest wykonawca, który aktualnie świadczy usługę na terenie Miasta Chorzów. Oznacza to, że pozycja jednego przedsiębiorca będzie dalece uprzywilejowana względem pozostałych wykonawców.

Przedsiębiorca, który obecnie prowadzi PSZOK i potencjalnie może być zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu, już w momencie składania ofert w postępowaniu będzie spełniał wszelkie wymogi niezbędne dla uruchomienia PSZOK. Pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący będą dopiero musieli podjąć szereg czynności faktycznych i administracyjno- prawnych mających na celu organizację PSZOK, a dodatkowo, wiedząc, że zakreślony przez Zamawiającego termin jest niemożliwy do zrealizowania, będą musieli skalkulować w swoich ofertach ryzyko związane z niedochowaniem tego terminu, co w sposób zupełnie niepotrzebny podroży ich ofertę. **Taki opis przedmiotu zamówienia jest preferencyjny tylko w stosunku do jednego wykonawcy. Uczciwa konkurencja w postępowaniu i równe traktowanie wykonawców są więc wyraźnie zachwiane. Co więcej, termin ten został jeszcze przez Zamawiającego dodatkowo skrócony, w stosunku do pierwotnie przewidzianego na uruchomienie PSZOK terminu z 90 dni do 60 dni.**

W tym miejscu Wykonawca wyjaśnia, że niniejsze postępowanie jest drugim z kolei prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem zmierzającym do wyboru wykonawcy tej usługi. Pierwsze zostało ogłoszone (w zasadzie przy identycznych założeniach) 25 maja 2020r. i wkrótce potem unieważnione, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Obecnie Zamawiający wszczął kolejne postępowanie dotyczące udzielenia tego samego zamówienia i przy w zasadzie niezmiennym opisie przedmiotu zamówienia, *de facto* skrócił terminy na wykonanie czynności wchodzących w jego skład (vide termin rozpoczęcia realizacji usługi, a pośrednio termin na podstawienie pojemników, termin na organizację PSZOK). Okoliczność, że Zamawiający tak późno wszczął niniejsze postępowanie nie może nieść dla wykonawców negatywnych skutków w postaci obowiązku zrealizowania świadczenia niemożliwego, zwłaszcza, że Zamawiający dysponuje możliwościami prawnymi by do czasu rozpoczęcia świadczenia przez wykonawcę wybranego na zasadach w pełni rynkowym w niniejszym postępowaniu zabezpieczyć interes mieszkańców gminy.





Powyższe potwierdza zasadność żądania przez Odwołującego zmianę zasad określania terminu na organizację i uruchomienie PSZOK, zgodnie z żądaniem odwołania. Opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia bowiem, w obecnym kształcie, wszystkich istotnych dla sporządzenia okoliczności, a nadto może prowadzić do utrudnienia konkurencji w postępowaniu. Odwołujący podkreśla przy tym, że jego żądanie nie zmierza do eliminacji obowiązku utworzenia przez wykonawcę PSZOK, a jedynie do tego, by zakres obowiązków związanych z utworzeniem PSZOK spoczywających na wykonawcy zamówienia był adekwatny do czasu, jaki Zamawiający daje wykonawcy. W terminie zakreślonym przez Zamawiającego – obecnie 60 dni – możliwe jest co najwyżej przygotowanie PSZOK (przygotowanie terenu, zapewnienie pojemników, obsługi itp.), w tym złożenie wniosku do właściwego organu o wydanie dla PSZOK zezwolenia na zbieranie odpadów. Wykonawca nie ma obiektywnej możliwości uruchomienia w tym terminie PSZOK – przy czym przez uruchomienie należy rozumieć nie tylko zorganizowanie PSZOK i jego otwarcie dla mieszkańców, ale także (a raczej przede wszystkim) uzyskanie wszystkich decyzji administracyjnych, które pozwalają na zgodne z prawem prowadzenie PSZOK. W tej sytuacji, jeśli Zamawiający nie chce wydłużyć terminu na utworzenie PSZOK i uzyskanie zezwoleń, wykonawca wnosi co najmniej o wyłączenie obowiązku uzyskania w tym terminie wymaganych prawem zezwoleń. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za to, kiedy zostaną wydane zezwolenia niezbędne do prowadzenia PSZOK, a tymczasem do tego właśnie zmierza Zamawiający ustalając bardzo wysoką karę umową za niedochowanie terminu uruchomienia PSZOK, a nadto określając, iż kara ta będzie naliczana za opóźnienie (a więc nie tylko w sytuacji, gdy do uruchomienia PSZOK nie dojdzie z winy wykonawcy).

Brak zezwoleń jest wprawdzie równoznaczny z brakiem możliwości uruchomienia w sposób zgodny z prawem PSZOK, jednak w ocenie Wykonawcy ryzyko związane z czasem trwania procedur administracyjnych związanych z udzieleniem zezwolenia na zbieranie odpadów w PSZOK nie może być ryzykiem wykonawcy, jeśli Zamawiający – tak, jak w niniejszej sprawie – ogłasza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego tak późno względem terminu, od którego PSZOK ma być uruchomiony.

### **III. Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK jako kryterium oceny ofert**

Stanowisko Odwołującego wyrażone w pkt II niniejszego odwołania, odnoszące się do niemożliwych do dochowania terminów na organizację i uruchomienie PSZOK należy także odnieść do jednego z pozacenowych kryteriów oceny ofert. W rozdziale XVI pkt 2.2. SIWZ Zamawiający przewidział bowiem jako kryterium oceny ofert - Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK, któremu Zamawiający przyznał wagę **aż 20%**. Zgodnie z zapisami SIWZ:

— 20 %, waga punktowa 20 pkt



*Zamawiający przyzna Wykonawcy 20 punktów w tym kryterium oceny ofert, jeśli Wykonawca utworzy i uruchomi punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych na terenie Chorzowa na dzień podpisania umowy.*

— 10%, waga punktowa 10 pkt

*Zamawiający przyzna Wykonawcy 10 punktów w tym kryterium oceny ofert, jeśli Wykonawca utworzy i uruchomi punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych na terenie Chorzowa w terminie do 30 dni od dnia podpisania umowy.*

*Za utworzenie i uruchomienie PSZOK w czasie dłuższym niż 30 dni (maksymalnie do 60 dni) od podpisania umowy Wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Jak już to było wskazane w pkt III odwołania, w ocenie Odwołującego, nie jest możliwe utworzenie i uruchomienie PSZOK (w tym uzyskanie zezwoleń) w terminie 60 dni od podpisania umowy. Tym bardziej nie jest więc możliwe uruchomienie go w terminie 30 dni od podpisania umowy, a postulat uruchomienia PSZOK w dniu podpisania umowy jest już jawnym preferowaniem przez Zamawiającego wykonawcy aktualnie świadczącego usługi na terenie Chorzowa. Pozacenowe kryterium oceny ofert nie tyle służy wyborowi najkorzystniejszej oferty, co premiowaniu jednego wykonawcy. Tylko bowiem wykonawca aktualnie świadczący usługę będzie w stanie zadeklarować krótszy termin uruchomienia PSZOK. Wykonawca ten już obecnie prowadzi PSZOK na terenie Zamawiającego, czyli w rzeczywistości nie musi go uruchamiać.

Należy przy tym podkreślić, że niezależnie od tego, czy dla Zamawiającego złożenie oferty zawierającej deklarację wykonawcy, że uruchomi PSZOK już w dniu podpisania umowy jest obiektywnie korzystne i pożądane, to wybór przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny ofert nie może być dokonywany w oderwaniu od całości przepisów i zasad rządzących Prawem zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, kryteria oceny ofert powinny być co do zasady możliwe do osiągnięcia przez większą liczbę wykonawców a nie jednego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i bierze odpowiedzialność za jego należyte, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, przeprowadzenie. Powyższe oznacza także odpowiednią organizację tego postępowania, w tym także jego odpowiednio wczesne rozpoczęcie tak, aby możliwy był wybór wykonawcy, którego oferta rzeczywiście będzie dla Zamawiającego najkorzystniejsza. Nie powinno stanowić usprawiedliwienia dla stosowania przez Zamawiającego nierealnych terminów realizacji umowy to, że Zamawiający zbyt późno ogłasza postępowanie o udzielenie zamówienia, a z taką sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu. Tym bardziej nie może to być podstawą do usprawiedliwienia stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, które zmierzają wyłącznie do premiowania jednego wykonawcy.

Z tego względu kryterium to powinno zostać wykreślone z SIWZ.



#### **IV. Odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa**

Wątpliwości Odwołujące budzi także kolejne, pozacenowe kryterium oceny ofert, jakie wprowadził Zamawiający tj. kryterium odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, do której Wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Chorzów, gdzie Zamawiający przewiduje:

*2.4.1. 10%, waga punktowa 10 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że położenie instalacji komunalnej mieści się w granicach administracyjnych miasta Chorzów.*

*2.4.2. 5%, waga punktowa 5 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że instalacja komunalna położona jest do 30 km lub równej 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzów.*

*2.4.3. 0%, waga punktowa 0 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że instalacja komunalna położona jest powyżej 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzów.*

*Odległość instalacji komunalnej od granic administracyjnych miasta Chorzowa Wykonawca obliczy na podstawie ogólnodostępnego serwisu mapowego Google Maps wyznaczając w tym serwisie najkrótszą możliwą trasę drogami publicznymi, które uwzględniają poruszanie się pojazdów transportujących odpady, czyli o odpowiednio wysokim tonażu.*

*W przypadku, jeżeli Wykonawca wskaże dwie lub więcej instalacji komunalnych, które będzie wykorzystywał przy świadczeniu usługi, to jeżeli co najmniej jedna z nich będzie znajdowała się w odległości większej niż 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzowa to Wykonawca nie uzyska punktów w tym kryterium.*

Podobnie jak w przypadku kryterium czasu na utworzenie i uruchomienie PSZOK kryterium odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia granic administracyjnych miasta Chorzowa jest kryterium pozornym, sztucznie ograniczającym konkurencję w Postępowaniu.

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że ustawodawca przyjmując przepisy ustawy z dnia 19 lipca 2019r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw zrezygnował z tzw. regionalizacji, tj. podziału kraju na regiony gospodarki odpadami i przypisywania do tych regionów instalacji dopuszczonych do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych. Obecnie zmieszane odpady komunalne mogą być w sposób zgodny z prawem przetwarzane w każdej instalacji mającej status instalacji komunalnej, niezależnie od tego, gdzie instalacja ta się znajduje i gdzie odpady zostały wytworzone. Krok ten był uzasadniany koniecznością rozbicia monopoli instalacji regionalnych i otwarcia rynku na konkurencję, co miało doprowadzić do spadku cen za zagospodarowanie tych odpadów. Rezygnując z zasady regionalizacji, ustawodawca przyjął tym samym, że otwarcie rynku na konkurencję jest istotniejsze niż realizacja wąsko rozumianej zasady bliskości (zagospodarowywania odpadów w miejscu najbliższym ich wytworzenia), zwłaszcza w



sytuacji, gdy każda instalacja komunalna musi spełniać te same wymagania, tj. każda instalacja komunalna musi spełniać wymagania najlepszej dostępnej techniki (BAT) i jednocześnie w porównywalnym stopniu spełnia wymagania wynikające z zasady hierarchii sposobów postępowania z odpadami.

Tymczasem Zamawiający, wbrew tym założeniom, poprzez wskazane kryterium *de facto* wraca do regionalizacji (wąsko rozumianej), premiuje wykonawców, którzy zadeklarują wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu instalacji położonych najbliżej granic Miasta Chorzowa lub w samym Chorzowie. Dodać przy tym należy, że kryterium to, podobnie, jak pozostałe kryteria kwestionowane niniejszym odwołaniem premiuje konkretnego wykonawcę, tj. najwyższą liczbę punktów może uzyskać wyłącznie wykonawca, który przewidzi realizację zamówienia przy wykorzystaniu instalacji należącej do PTS ALBA Sp. z o.o. Dodać przy tym należy, że ta spółka dotychczas realizowała usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz Zamawiającego, a co za tym idzie z dużym prawdopodobieństwem można założyć, że ceny jakie zaproponuje swoim konkurentom za zagospodarowanie odpadów w jej instalacji nie pozwolą podmiotom takim, jak Odwołujący złożyć konkurencyjnej oferty w tym postępowaniu.

O jedynie pozornym wpływie tego kryterium na „jakość” realizacji zamówienia świadczy także i ta okoliczność, że Zamawiający przewidział 10 pkt za realizację zamówienia przy wykorzystaniu instalacji komunalnej, która mieści się w granicach administracyjnych miasta Chorzów, a 5 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że instalacja komunalna położona jest do 30 km lub równej 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzów. Wykonawca wykorzystując instalację, która jest położona tuż poza granicami miasta Chorzów otrzyma więc o 5 punktów mniej niż wykonawca, który założy wykorzystanie instalacji komunalnej położonej w Chorzowie, gdy tymczasem tak niewielka odległość od granic miasta Chorzowa nie ma większego przełożenia ani na poziom emisji spalin samochodów dowożących odpady do instalacji, ani na sposób ukształtowania logistyki odbioru odpadów (podobnie zresztą jak w sytuacji, gdyby instalacja znajdowała się w dalszej odległości, skoro w praktyce w takiej sytuacji wykonawca przeładowywałby odpady w okolicy Chorzowa, na stacji przeładunkowej, i woził odpady transportami łączonymi). Zamawiający jest więc gotowy zapłacić nawet kilkaset tysięcy złotych więcej (bo 5 punktów w tym kryterium może taka mieć właśnie w praktyce wartość), by odpady były przetwarzane w Chorzowie, a nie zaledwie kilkanaście kilometrów od granic miasta. Trudno w takim działaniu doszukać się logiki i realizacji celu środowiskowego.

Znamienne przy tym pozostaje, że kryterium to zostało wprowadzone dopiero do niniejszego Postępowania (nie pojawiło się w poprzednim, unieważnionym postępowaniu). Zamawiający wprowadził je więc do postępowania dopiero po tym, jak uzyskał wiedzę, że niniejszym zamówieniem zainteresowany jest Odwołujący, który prowadzi instalację komunalną w województwie dolnośląskim.



**V. Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa.**

Zgodnie z pkt XVI ppkt 1.3 SIWZ kolejnym kryterium oceny ofert jest kryterium Odległości bazy magazynowo – transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, które jest opisane w SIWZ w następujący sposób:

*1.3. Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa:*

*1.3.1. 10%, waga punktowa 10 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że położenie jego bazy magazynowo-transportowej mieści się w granicach administracyjnych miasta Chorzów.*

*1.3.2. 5%, waga punktowa 5 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że położenie jego bazy magazynowo-transportowej, mieści się w odległości nie większej niż 30 km lub równej 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzowa.*

*1.3.3. 0%, waga punktowa 0 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że położenie jego bazy magazynowo-transportowej, mieści się w odległości większej niż 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzowa.*

Odnośnie tego kryterium Odwołujący podtrzymuje argumentację wskazaną w pkt IV powyżej dodatkowo wyjaśniając, że zgodnie z przepisami wykonawca zainteresowany odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z danej gminy musi, w celu uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, dysponować bazą magazynowo – transportową spełniająca określone wymagania położoną nie dalej niż 60 km od granic gminy. Ustawodawca, przyjmując taką odległość, uznał, że jest ona odpowiednia do zapewnienia właściwej obsługi gminy, a jednocześnie, że przejazdy pojazdów do bazy oddalonej na taką odległość nie będą wiązały się z nadmierną uciążliwością. Trudno więc stwierdzić, jakie względy miałby przemawiać za premiowaniem (poprzez przyznanie dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert) wykonawców, którzy będą mieli zorganizowane bazy magazynowo – transportowe w odległości mniejszej niż wynikająca z przepisów prawa, w tym wykonawców, którzy mają takie bazy na terenie gminy. Niezależnie bowiem od tego, w jakiej odległości od miasta Chorzowa wykonawca zorganizuje sobie bazę magazynowo – transportową, na wykonawcy ciążyć będą takie same obowiązki umowne. Jeśli więc wykonawca zdecyduje się na bazę bardziej oddaloną od miasta Chorzów, będzie musiał w taki sposób zorganizować logistykę odbioru odpadów by ta odległość nie wpływała na terminowość realizacji zamówienia.

Również w tym przypadku, zdaniem Odwołującego, celem kryterium jest premiowanie wykonawcy, który dotychczas realizował zamówienie i dysponuje bazą na terenie miasta Chorzowa.



## **VI. Badanie doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie**

Odnosząc się z kolei do warunków udziału w postępowaniu, wskazać należy, że zgodnie z zapisami rozdziału V pkt 1.2.3.1.b SIWZ: wykonawca powinien wykazać się realizacją usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. wykazać m.in. że: *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał (lub wykonuje) jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, obejmującą wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w systemie pojemnikowym z minimum 1050 sztuk pojemników przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów w tym 700 pojemników typu dzwon o pojemności od 2,5m<sup>3</sup> do 3,2 m<sup>3</sup> , tj.: pojemników opróżnianych przy pomocy hydraulicznego dźwigu samochodowego w czasie świadczenia nie krótszym niż 10 kolejnych miesięcy (musi być zachowana ciągłość usługi) wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.*

Zdaniem Odwołującego tak określony warunek wzięcia udziału w postępowaniu jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieadekwatny do celu, w jakim został postawiony. Bezsprzecznie bowiem intencją Zamawiającego było zweryfikowanie zdolności wykonawcy do świadczenia usługi, w której zakres wchodzi odbiór i zagospodarowanie odpadów odbieranych selektywnie pod kątem ich wcześniejszego doświadczenia w świadczeniu takich usług. Odwołujący nie kwestionuje przy tym możliwości weryfikowania przez Zamawiającego, czy wykonawca posiada doświadczenie w odbieraniu odpadów z określonego typu pojemników (w tym przypadku są to pojemniki typu „dzwon”), przy czym warunek stawiany przez Zamawiającego nie powinien być formułowany w sposób zawężający, tj. taki, który w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję na rynku. Tymczasem z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego warunku, gdzie Zamawiający informuje, że wymaga od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem obejmującym wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych co prawda selektywnie, ale z określonej ilości pojemników na odpady.

W ocenie Odwołującego ilość pojemników, z jakiej wykonawca odbierał odpady pozostaje bez znaczenia dla oceny jego zdolności do realizacji zamówienia i pozostaje bez wpływu na ocenę doświadczenia danego wykonawcy. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne jest bowiem zweryfikowanie, czy wykonawca posiada niezbędne doświadczenie i będzie w stanie odbierać odpady zbierane w sposób selektywny, w tym także przy użyciu dźwigu samochodowego wykorzystywanego do odbioru pojemników typu dzwon. Sama ilość pojemników jest przy tym całkowicie nieistotna. Istotna może być już jednak ilość odpadów odbieranych przez danego wykonawcę, bowiem właśnie ta informacja potwierdza zdolności logistyczne, osobowe, techniczne wykonawcy do realizacji bardziej złożonych zamówień. To ilość odbieranych odpadów (a nie ilość pojemników) determinuje ilość pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz sposób ukształtowania logistyki odbioru odpadów, co z kolei przekłada się na doświadczenie wykonawcy.



Również okoliczność, że w okresie kolejnych 10 miesięcy wykonawca odbierze odpady ze 100 czy też 700 pojemników typu dzwon nie wpływa na ocenę jego umiejętności w odbiorze odpadów gromadzonych w takich pojemnikach. W obu przypadkach, wykonawca ma doświadczenie i ma już praktyczną wiedzę dotyczącą odbioru odpadów zgromadzonych w takich pojemnikach. Wiedza ta nie staje się „większa”, tylko z tego względu, że wykonawca odbierze odpady z większej ilości pojemników. Proces odbioru jest taki sam – odpady są odbierane z pojedynczych pojemników a nie na przykład z trzech pojemników jednocześnie. Co więcej, już sam Zamawiający wskazuje wprost, że zamierza odchodzić od zbiórki odpadów w pojemnikach typu „dzwon” z uwagi przede wszystkim na krytyczne uwagi mieszkańców dotyczące tego typu odbioru odpadów (vide: strona 4 SIWZ), co tym bardziej potwierdza, że odbiór odpadów z narzuconej przez Zamawiającego ilości pojemników typu dzwon nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia realizacji zamówienia.

Z tego względu, w ocenie Odwołującego, postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest nieuzasadniony i jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a jego jedynym skutkiem jest jeszcze większe zawężenie konkurencji w Postępowaniu.

## **VII. Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania**

W zakresie przewidzianych przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania zwraca się uwagę, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie gospodarki odpadami są jednymi z najważniejszych z punktu widzenia funkcjonowania każdej gminy i jedynymi z bardziej znaczących z punktu widzenia budżetu każdej gminy. Wobec stale rosnącej świadomości mieszkańców, ich zwiększonych oczekiwań odnośnie jakości świadczenia usług przez wykonawcę, zamawiający powinni dołożyć należytej staranności, aby wyłoniony w wyniku postępowania wykonawca rzeczywiście dawał rękojmię należytej realizacji umowy.

Z tego względu Odwołujący wnosi o zmianę SIWZ i uzupełnienie przewidzianych dotychczas przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o dotychczas nieprzewidzianą przez Zamawiającego podstawę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4, bowiem wykonawca który:

- 1) z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;
- 2) w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

może nie dawać rękojmi rzetelnego i należytego wykonania przedmiotu umowy.



Jak przy tym podkreśla się w motywie 101 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE: „instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych lub społecznych, w tym przepisów dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych, lub innych form poważnych wykroczeń zawodowych, takich jak naruszenie reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej. **Należy sprecyzować, że poważne wykroczenie zawodowe może poddać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy dany wykonawca posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia.**

Mając na uwadze fakt, że instytucja zamawiająca będzie odpowiadać za skutki swojej ewentualnie błędnej decyzji, instytucje zamawiające powinny również zachować możliwość uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego, gdy - przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia - mogą one wykazać za pomocą dowolnych środków, że dany wykonawca naruszył swoje obowiązki, w tym obowiązki dotyczące płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, chyba że przepisy krajowe stanowią inaczej. Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń.”.

**Uzupełnienie dotychczasowego katalogu przesłanek wykluczenia wykonawcy będzie więc miało na celu ochronę Zamawiającego i pozwoli mu na realną ocenę zdolności poszczególnych wykonawców do realizacji zadania.** Nie będzie przy tym stanowić niezasadnego ograniczenia konkurencji na rynku, bowiem zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Powyższe oznacza, że nawet w sytuacji, kiedy w stosunku do określonego wykonawcy zostaną spełnione przesłanki jego wykluczenia z postępowania, będzie mógł wykazać, że podjął odpowiednie działania naprawcze i jest zdolny do realizacji przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie postulowanej przez Odwołującego zmiany przyczyni się zatem do bardziej bezpiecznego wyboru nowego wykonawcy i wręcz poprawi konkurencję na rynku, bowiem wszyscy wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia będą się o nie ubiegać w analogicznych warunkach.





Z uwagi na powyższe, wniosek Odwołującego o uzupełnienie przewidzianych dotychczas przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o podstawę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp jest w pełni zasadny.

### **VIII. Pojemniki i worki**

Zgodnie z rozdziałem II pkt 4.2.12 i 4.2.13. SIWZ:

*4.2.12 Według szacunku Zamawiającego Wykonawca musi zabezpieczyć 100 000 kompletów worków na cały okres obowiązywania umowy. Definicję „kompletu worków” zawiera rozdz. III, pkt 4.2.3 SIWZ. Wykonawca musi przewidzieć dodatkowe ilości worków dla prawidłowego prowadzenia segregacji przez właścicieli nieruchomości, w tym sytuacje opisane w rozdz. III, pkt.: 4.2.5, 4.2.6 i 4.2.7 SIWZ. Zamawiający przewiduje konieczność zabezpieczenia wzrostu ilości worków o około 3% w czasie trwania umowy wynikającej z niniejszego postępowania.*

*4.2.13 Zamawiający nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanych ilościach określonych w rozdz. III pkt 4.2.12 SIWZ – jest to wartość szacunkowa. Rzeczywista ilość odbieranych worków w trakcie realizacji usługi może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu.*

Z kolei zgodnie z rozdziałem III pkt 6.1.1. i pkt 6.1.4 SIWZ:

*Wykonawca podstawia pojemniki na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne oraz pojemniki do segregacji odpadów do każdej nieruchomości zamieszkałej i mieszanej na terenie Chorzowa. Koszty dostarczenia i eksploatacji własnych pojemników Wykonawca winien włączyć w cenę oferty.*

*Wykonawca musi dysponować odpowiednią ilością pojemników na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne oraz do segregacji odpadów komunalnych (niebieski na papier, żółty na metale, tworzywa sztuczne oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe, zielony na szkło i brązowy na bioodpady), w którą wyposaży nieruchomości.*

Dostarczenie właścicielom nieruchomości pojemników na odpady segregowane stanowi również, na co wskazano powyżej, obowiązek Wykonawcy.

Zamawiający nie podaje jednak w SIWZ, jaka będzie ostatecznie liczba pojemników o danej pojemności (danego rodzaju) koniecznych do podstawienia przez wykonawcę. W rozdziale II pkt 13.7 SIWZ podane są wyłącznie ilości **szacunkowe** pojemników i worków, przy czym w kolejnym pkt 13.8 Zamawiający wskazuje, że nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanych ilościach pojemników.

Zgodnie natomiast z rozdziałem II pkt 13.16 SIWZ, w przypadku, gdy liczba zestawów do segregacji odpadów wskazana przez Zamawiającego w SIWZ okaże się niewystarczająca Zamawiający skorzysta z prawa opcji w tym zakresie i zwiększy liczbę zestawów, którą Wykonawca ustawi we wskazanych



lokalizacjach. Zamawiający może skorzystać z tej opcji, jednak nie musi, w zależności od potrzeb.

Wobec uwag podniesionych powyżej nie jest przy tym w istocie wiadomo, kiedy prawo opcji będzie mogło być uruchomione, skoro zapisy SIWZ dot. ilości pojemników na odpady segregowane opierają się na ilościach szacunkowych, a więc niepewnych.

Przy pojemnikach na odpady zmieszane nie ma jednak nawet takiego rozwiązania, co nie pozwala na uznanie, by ilości wskazane w SIWZ miały wyznaczać górną granicę zobowiązania wykonawcy.

Warto przy tym zaznaczyć, że sam Zamawiający wielokrotnie podkreśla w SIWZ, że w toku realizacji zamówienia zmianie może ulec zarówno ilość odbieranych odpadów, rodzaje odbieranych odpadów (co upoważnia go do przesunięć w założonych wolumenach odpadów), jak i ilość obsługiwanych nieruchomości, co oczywiście będzie przekładać się na ilość niezbędnych do realizacji zamówienia pojemników i worków.

**Powyższe pokazuje, jak wiele zmiennych odnoszących się do ilości wymaganych pojemników i worków może pojawić się w toku wykonywania zamówienia – zmiennych, których wystąpienia wykonawca nie może przewidzieć, a które przy takich zapisach SIWZ jak obecnie będą mieć wpływ na zakres świadczenia wykonawcy bez prawa do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia.**

Przyznać należy, że także sam Zamawiający nie ma wiedzy, w jaki sposób będzie zmieniało się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki i worki. Brak wiedzy, a raczej pewności co do tego, jak będzie kształtować się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki i worki, nie może jednak stanowić przyzwolenia na przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy ze względu na wielkość gminy, mowa jest tu o bardzo dużych kosztach i ryzyku. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie przewiduje w SIWZ osobnego rozliczenia z wykonawcą za dostawę pojemników w zakresie podstawowym – koszty związane z wykonaniem tego zakresu zamówienia, wykonawca musi ująć w kosztorysowych cenach jednostkowych za odbiór odpadów poszczególnych frakcji, które mają obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami. Zamawiający nie przewiduje przy tym możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady. Co potwierdza tezę, że ryzyko gospodarcze, o którym jest tu mowa, w całości zostało przerzucone na wykonawcę, co jest rozwiązaniem niedopuszczalnym.

W tej sytuacji, czyniąc zadość wymaganiom art. 29 Pzp, obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie w SIWZ maksymalnej (a nie jedynie przewidywalnej) ilości pojemników poszczególnych rodzajów i worków, których dostawa leży w zakresie obowiązków wykonawcy. Tylko wprowadzenie takiej informacji do opisu przedmiotu zamówienia, pozwoli na jednoznaczne ustalenie przez wykonawców zakresu ryzyka, jakie w związku z umową przyjmują na siebie, a w konsekwencji na złożenie przez nich porównywalnych ofert. Brak wskazania w SIWZ, jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy w zakresie dostawy pojemników, prowadzi będzie do pełnej dowolności wykonawców przy ustaleniu ryzyka i kosztów związanych z dostawą pojemników, a więc będzie skutkowało złożeniem przez wykonawców



ofert nieporównywalnych.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, przykładowo w wyroku w sprawach o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13, czytamy: *Zamawiający powinien określić co najmniej (dla każdego zadania osobno): (...) **maksymalną ilość i rodzaj pojemników oraz ilość worków, jakie ma wykonawca dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.** (...) Jak wskazywali wykonawcy, jest to znacząca kosztowo pozycja, którą będą musieli ująć w cenie oferty (do 80.000 pojemników). Brak wystarczających danych jest więc istotną przeszkodą w sporządzeniu prawidłowej oferty oraz ofert porównywalnych. Podobnie jak w przypadku ilości odpadów zamawiający powinien też wskazać, czy po przekroczeniu maksymalnej ilości pojemników i worków wykonawcy będą zwolnieni z obowiązku dalszego dostarczania pojemników i worków, czy też będzie im przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie i w jakiej wysokości. Alternatywnie zamawiający może też ilościowo (kosztorysowo) określić wynagrodzenie za dostawę worków lub pojemników danego rodzaju. Nie ma znaczenia, że cytowany wyrok dotyczy wynagrodzenia ryczałtowego, ponieważ w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe wywołuje taki sam efekt – cena jednostkowa jest niezmienna w całym okresie realizacji zamówienia, a co za tym idzie niedoszacowanie ilości wymaganych worków i pojemników spowoduje niedoszacowanie ceny jednostkowej, a w konsekwencji całej oferty.*

Również w wyroku z dnia 19 kwietnia 2013 r. (KIO 786/13) Izba nakazała Gminie: zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący umożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez:

- 1) dookreślenie ilości pojemników wymaganych przez zamawiającego co do nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych,
- 2) dookreślenie pojemności pojemników co do nieruchomości wielorodzinnych na poziomie od 0,6 do 7 m<sup>3</sup>,
- 4) dookreślenie - w zakresie bezpłatności udostępnienia pojemników właścicielom nieruchomości - konieczności skalkulowania przez wykonawców kosztów z tym związanych w cenie ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia;

Izba uzasadniła: *zapisy zawarte w SIWZ co do ilości pojemników wymaganych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, a których wartość powinna być skalkulowana przez wykonawców w ich ofertach, są na tyle nieprecyzyjne, że powyższe znacznie utrudnia a wręcz uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert. W efekcie powyższe może też prowadzić do nieporównywalności ofert, które miałyby być złożone przez wykonawców w oparciu o takie postanowienia SIWZ (...) Pojemniki, które mają zostać udostępnione mieszkańcom w sposób bezpłatny - zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - stanowią istotny element zakresu przedmiotu zamówienia, który podlega wycenie przez wykonawców, co także w sposób niewątpliwy nie zostało określone w postanowieniach SIWZ (...) Zapis dotyczący ilości wymaganych pojemników*



powinien określać konkretną - maksymalną ilość pojemników wymaganych w niniejszym postępowaniu dla nieruchomości wielorodzinnych. Podobna jest sytuacja, jeśli chodzi o nieruchomości jednorodzinne, co do których wątpliwości są jeszcze większe. Sam zresztą Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że nie posiada w tym zakresie wiedzy, ile pojemników będzie koniecznych do dostarczenia w ramach przedmiotu świadczenia. Podkreślił, że wiedzę tę pozyska dopiero po złożeniu i analizie deklaracji składanych przez mieszkańców Gminy. Wyjaśnił też, że wówczas, jeszcze przed otwarciem ofert, poda te dane wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie. Powyższe potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia nie został na tym etapie postępowania sporządzony przez Zamawiającego prawidłowo, a zatem wymaga istotnej zmiany, która umożliwi wykonawcom właściwą wycenę swojej oferty, a Zamawiającemu da porównywalne oferty w trakcie czynności ich badania i oceny. (...)

Za wyrokiem Izby z dnia 8 października 2018 r. KIO 1878/18, KIO 1879/18, KIO 1880/18, gdzie Izba nakazała Zamawiającemu: wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia informacji w zakresie maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów i pojemności, które w ramach wynagrodzenia umownego wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości wraz z wprowadzeniem w § 11 ust. 2 do wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości pojemników danego rodzaju i pojemności ponad maksymalne ilości lub wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie liczone od każdego pojemnika danego rodzaju w razie potrzeby dostarczenia pojemników w ilościach przekraczających maksymalne ilości podane w opisie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do danego rodzaju i pojemności.

Izba uzasadniła: Bez wątpienia **informacja w zakresie maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia jest informacją niezwykle istotną** z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, z uwagi na jej znaczący wpływ na ukształtowanie ceny ofertowej. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że **brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty**, a także może prowadzić do nieporównywalności ofert. Konsekwencją powyższego jest naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. (...) Zgodzić się należy z Odwołującym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że **szacunkowe dane ilościowe, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości mogą stanowić zaledwie pewną wskazówkę** przy kalkulacji ceny ofertowej jednak nie ograniczają ryzyka wykonawcy, polegającego na przyjęciu do oferty niewłaściwej danych. Nie stanowi usprawiedliwienia dla Zamawiającego wprowadzenie zmian w zakresie systemu selektywnej zbiórki w m. st. Warszawie, tj., że z nieruchomości będą odbierane dodatkowe frakcje odpadów zbieranych w sposób selektywny, czy też wprowadzenie rozwiązania, opartego na preferencji właściciela nieruchomości, którą to informację wykonawca otrzyma dopiero przez system Warszawa19115 lub bezpośrednio od tego właściciela. Co istotne, w takiej sytuacji wykonawca, nie znając preferencji właściciela nieruchomości i nadto w sytuacji, gdy preferencje te mogą w toku wykonywania zamówienia ulec zmianie, **nie posiada żadnych możliwości, aby na obecnym etapie ustalić, jakie pojemniki i w jakiej ilości będzie musiał zakupić na**



*potrzeby realizacji zamówienia. (...) Izba dostrzega trudne położenie Zamawiającego związane z koniecznością wprowadzenia ww. zmian jednak tego rodzaju okoliczności nie zwalniają Zamawiającego z prawidłowego, tj. pełnego opisu przedmiotu zamówienia, a także **nie mogą stanowić przyzwolenia na przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego, związanego z realizacją zamówienia.** (...) Dodatkowo Izba dostrzegła również konieczność zmiany § 11 wzoru umowy w zakresie możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady.*

Warto przy tym wskazać, że ostatni z wyroków został wydany w stanie faktycznym zakładającym kosztorysowy model wynagrodzenia wykonawcy.

Reasumując, wymogi wynikające z art. 29 Pzp nie pozwalają na określenie jedynie „przewidywalnej” ilości pojemników i worków niezbędnych do wykonania zamówienia, jeżeli z opisu przedmiotu zamówienia (a tak jest w niniejszej sprawie) jednoznacznie wynika, że przewidywane ilości mogą ulec zmianie w toku wykonywania zamówienia. W takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie w SIWZ maksymalnej ilości worków i pojemników danego rodzaju koniecznych do dostarczenia przez wykonawcę z jednoczesną możliwością zmiany wynagrodzenia wykonawcy (automatyczną lub wymagającą aneksu), gdy ilości podane w SIWZ okażą się niewystarczające. Tylko tak ukształtowany opis przedmiotu zamówienia spełnia wymagania art. 29 Pzp i gwarantuje porównywalność złożonych ofert.

## **IX. Harmonogramy**

Zgodnie z rozdziałem III pkt 9 SIWZ:

*9.1. Odbiór odpadów będących przedmiotem niniejszego zamówienia odbywać się będzie zgodnie z posiadanymi przez Zamawiającego harmonogramami wywozu odpadów. Harmonogramy stanowią załączniki do niniejszej SIWZ, przy czym harmonogramy z nazwami kontrahentów zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 7 dni licząc od dnia podpisania umowy. Wykonawca ma obowiązek zapoznać się z harmonogramami, sprawdzić je i dostosować do rejonów ustalonych przez siebie.*

*9.2. UWAGA!!! Ponieważ mieszkańcy Chorzowa mają odbierane odpady komunalne od ponad siedmiu lat na podstawie harmonogramów odbioru odpadów, o których mowa w rozdz. III pkt 9.1 SIWZ, nie jest wskazane ich zmienianie. Wielu właścicieli nieruchomości otwiera zamknięte bramy posesji, czy podwórek, gdzie ustawiane są pojemniki do zbierania odpadów komunalnych, udostępniając je do odbioru według harmonogramu, który jest im znany. Zmiana harmonogramu poważnie zaburzy uregulowany w tej chwili odbiór odpadów. Zmiana danego harmonogramu jest możliwa wyłącznie po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego.*

Zamawiający narzuca więc wykonawcom harmonogram, według którego ma następować odbiór



odpadów.

Odwołujący podnosi, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie harmonogramów wywozu odpadów jest sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp oraz wskazanymi w petitum odwołania przepisami Kodeksu cywilnego z tego względu, że Zamawiający, dokonując tego opisu, nie uwzględnił wszystkich istotnych dla sporządzenia oferty okoliczności.

Z opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny wynika, że podstawowe elementy charakteryzujące usługę odbioru odpadów i zarazem determinujące sposób wykonywania usługi i jej koszty – takie jak: ilość i rodzaj odbieranych odpadów, ilość obsługiwanych nieruchomości, ilość i rodzaj pojemników, w których pojemniki będą zbierane - nie są stałe. Dane podawane przez Zamawiającego w tym zakresie są „szacunkowe”, „orientacyjne” (np. te dotyczące ilości odpadów – zob. str. 4 SIWZ), podawane z dopiskiem „około” lub podawane tylko w celu złożenia porównywalnych ofert.

Zamawiający wskazuje także w SIWZ na potencjalne utrudnienia w realizacji zamówienia, jednak dane do wyceny tego ryzyka określa w SIWZ bardzo ogólnie, np. *Zamawiający zastrzega, iż co najmniej 40% nieruchomości stanowiących ścisłą zabudowę miejską ma utrudniony dostęp do posesji poprzez zamykanie podwórka „na klucz”. Zadaniem Wykonawcy jest zweryfikowanie we własnym zakresie utrudnień w ewentualnym odbiorze odpadów. (rozdział II pkt 4.4.8 SIWZ)*

Zmiana ilości odpadów, pojemników czy obsługiwanych nieruchomości, czy nawet zmiana w uwarunkowaniach wykonywania usługi na danej nieruchomości (np. konieczność każdorazowego otwierania podwórka przed odbiorem odpadów) ma wpływ na czas realizacji usługi. Zmiana czasu, jaki jest potrzebny do wykonania usługi będzie zaś determinowała to, czy wykonawca będzie w stanie dochować narzucony mu przez Zamawiającego harmonogram wykonywania usługi.

Zamawiający nie może przy tym oczekiwać, że wykonawca wszystkie powyższe okoliczności obejmie swoim ryzykiem kontraktowym i w zaoferowanej cenie, w razie zaistnienia takich sytuacji, zapewni np. dodatkowy sprzęt (pojazdy) lub personel. Ryzyko wystąpienia okoliczności, które będą miały wpływ na czas realizacji poszczególnych usług, jest całkowicie nieprzewidywalne i jako takie nie może być objęte ofertą wykonawcy.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że sytuacja inaczej wygląda w tych przypadkach, gdy to wykonawca odpowiada za sporządzenie harmonogramów. Wykonawca, mając swobodę w skonstruowaniu harmonogramów, może optymalizować np. trasy przejazdu czy uwzględnić w harmonogramie typowe ryzyka występujące przy realizacji takich usług. W sytuacji, gdy harmonogram odbiorów jest mu narzucony przez Zamawiającego, wykonawca jest pozbawiony nawet takich możliwości.

Należy przy tym wskazać, że zgodnie z § 11 ust. 2.1.13 wzoru umowy wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: *w wysokości 200,00 zł za każdy dzień opóźnienia w odbieraniu odpadów z nieruchomości objętej obowiązkiem odbierania odpadów, w stosunku do terminów określonych w harmonogramach, o których mowa w rozdz. III pkt 9 SIWZ. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty*



200,00 zł, ilości nieruchomości, na których nastąpiło opóźnienia oraz ilości dni opóźnienia w stosunku do danego harmonogramu.

Kara, o której mowa, nie dość, że naliczana jest za opóźnienie, a nie za zwłokę wykonawcy, to nadto jest nad wyraz wygórowana. Wartość kary za 1 dzień opóźnienia w odbiorze odpadów przekracza kilkakrotnie wysokość opłaty, jaką właściciel nieruchomości uiszcza za odbiór odpadów ze swojej nieruchomości za miesiąc świadczenia usługi i pozostaje bez żadnego związku z ewentualną szkodą, jaką Zamawiający mógłby ponieść w związku z naruszeniem obowiązków przez wykonawcę.

W tej sytuacji, Wykonawca musi mieć zapewnioną możliwość dokonania zmiany harmonogramów – czy to zmiany jednostronnej, czy też dokonywanej za zgodą Zamawiającego, niezależnie czy zgoda ta wymagałaby zawarcia aneksu do umowy – w sytuacji, gdy zaistnieje po jego stronie obiektywny brak możliwości dochowania terminów wynikających z harmonogramów, a stanie się to np. na skutek wzrostu ilości odbieranych odpadów, czy ilości obsługiwanych nieruchomości. Zmiana harmonogramów, w sytuacjach, o których mowa, w większości przypadków będzie przy tym wiązała się ze zmianą wysokości kosztów ponoszonych przez wykonawcę zamówienia, co z kolei winno skutkować zmianą umówionego przez strony wynagrodzenia.

Odwołujący wskazuje przy tym, że w sytuacji, gdy priorytetem Zamawiającego jest zachowanie dotychczas funkcjonujących harmonogramów, pewną alternatywą dla zmiany harmonogramów wywozu odpadów jest wprowadzenie możliwości - w przypadku zaistnienia sytuacji, o których mowa powyżej, które winny obiektywnie upoważniać wykonawcę do zmiany harmonogramów – poprzestania jedynie na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy tak, by umożliwić wykonawcy pokrycie kosztów np. dodatkowych pojazdów.

Co przy tym istotne, poza danymi podawanymi w sposób powyżej wskazany w SIWZ wskazano także wprost na sytuacje, w których zmieniają się uwarunkowania wykonywania usługi i harmonogramy Mowa tu w szczególności o rozdziale II pkt 4.4.4 SIWZ:

*Jeżeli zajdzie taka potrzeba Zamawiający wskaże w formie pisemnej (drogą elektroniczną – mailem lub faxem) inną częstotliwość opróżniania dla konkretnych pojemników do segregacji niż wskazano w rozdz. III pkt 4.4.2 SIWZ. Jeżeli Zamawiający wskaże konieczność zwiększenia odbioru surowców częściej niż raz w tygodniu, wówczas Wykonawca musi tak zaplanować odbiory, żeby harmonogram opróżniania konkretnego pojemnika nie wypadł dzień po dniu. Zamawiający szacuje, że w ciągu trwania umowy może zlecić około 100 zmian w zakresie zwiększenia częstotliwości opróżniania zestawów do segregacji. Oznacza to, iż Zamawiający może zlecić zwiększenie częstotliwości opróżniania dla wszystkich pojemników stanowiących jeden zestaw i będzie to traktowane jako jedno zlecenie. Wykonawca nie ma prawa odmówić Zamawiającemu zwiększenia częstotliwości opróżniania pojemników do segregacji odpadów.*

Warto także zwrócić uwagę na zapis znajdujący się we wstępnej części SIWZ (str. 4), zgodnie z którym: *Zamawiający zastrzega, iż w trakcie trwania umowy może dokonać sukcesywnej wymiany pojemników na papier, szkło i tworzywa sztuczne typu dzwon na pojemniki 1100 l. Biorąc pod uwagę różnicę w*



24 sierpnia 2020

*pojemności pojemników typu dzwon (2,5 m<sup>3</sup> lub 3,2 m<sup>3</sup>) i 1100 l Wykonawca zobowiązany będzie do dostosowania ilości pojemników do rzeczywistych potrzeb lub/i częstszych odbiorów odpadów z pojemników o pojemności 1100 l w porównaniu do przyjętych harmonogramów dla pojemników typu dzwon.*

Także w tych przypadkach Zamawiający nie przewiduje możliwości podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy, mimo iż zakłada, że wykonawca będzie wykonywał usługę wg inny harmonogramów niż te podlegające wycenie. Warto przy tym podkreślić, że wykonawca nie może określić w ofercie kosztów (wycenić ryzyka) związanego ze zmianą harmonogramów, o której mowa, w tym zapisie SIWZ. Informacja, że Zamawiający w czasie trwania umowy wprowadzi maksymalnie 100 zmian częstotliwości nie jest wystarczająca do ustalenia kosztów, o których mowa, zwłaszcza jeśli uwzględni się, że Zamawiający mówi tu o pewnych „szacunkach”, a więc zmian może równie dobrze być 20, jak i 200. Nie wiadomo również, jakiej zmianie ulegnie częstotliwość (w miesiącu dojdzie jeden czy kilka dodatkowych odbiorów zestawów?). Wreszcie nie sposób ustalić, jakiej lokalizacji będą dotyczyły te zmiany i jak te zmiany wpłyną na dany harmonogram. Możliwości przewidzenia, w jakim tempie będzie dokonywana wymiana pojemników, z uwagi na preferencje mieszkańców, jest jeszcze mniejsza.

Odwołujący w tym miejscu odwołuje się do wcześniej przywołanej argumentacji prawnej, która wskazuje, że to obowiązkiem Zamawiającego jest podanie jednoznacznych i wyczerpujących informacji o przedmiocie zamówienia, a wszelkie zaniechania w tym zakresie mogą prowadzić do nieporównywalności ofert i naruszenia konkurencji. Nadto, Zamawiający nie może przerzucać na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, o czym również szerzej mowa jest we wcześniejszej części odwołania.

Wobec powyższego, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Tomasz Dąbrowski

#### **Załączniki:**

- 1) pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu;
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.