

Katowice, dnia 21 sierpnia 2020 r.

**Do: Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

Krajowa Izba Odwoławcza  
ul. Postępu 17a, 02– 676 Warszawa

**Odwołujący: FCC Polska Sp. z o.o.**

ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze  
tel. +48 32 376 34 50  
fax: +48 32 376 34 51  
Email: fcc@fcc-group.pl

**reprezentowany przez:** radcę prawnego Tomasza Srokosza  
radcę prawnego Patrycję Fingas

**adres dla doręczeń:** Andersen Tax & Legal  
Srokosz i Wspólnicy Sp.k.  
ul. Chorzowska 150, 40 – 101 Katowice  
tel. + 48 32 731 6850  
fax: + 48 32 731 6851  
E-mail: patrycja.fingas@AndersenTaxLegal.pl

**Zamawiający: Miasto Chorzów**

**Biuro Zamówień Publicznych**  
ul. Rynek 1, 41-500 Chorzów  
tel. +48 32 41 65 237  
fax. +48 32 41 65 460  
E-mail: bzp@chorzow.eu

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów”, nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.385.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675 z dnia 12.08.2020 r.

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, którego odpis przedkładałam w załączeniu do niniejszego odwołania, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „**p.z.p.**”),



niniejszym składam odwołanie na niezgodne z przepisami p.z.p. czynności i zaniechania Zamawiającego, podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów”, nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.385.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675 z dnia 12.08.2020 r. r. polegające na:

- 1) opisanii pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności,
- 2) opisanii przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady określone w przepisach prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający Odwołującemu rzetelne przygotowanie oferty, w szczególności zaś ustalenie właściwej ceny ofertowej,
- 3) opisanii przedmiotu zamówienia z pominięciem szczególnych warunków realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów w związku ze stanem zagrożenia epidemią COVID-19 oraz stanem epidemii COVID-19 wprowadzonych ustawą z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 r. poz. 374, 576, 578).
- 4) oznaczeniu warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288), ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 150, 2840) oraz z pominięciem warunków stanu zagrożenia epidemią COVID-19 oraz stanu epidemii COVID-19,

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego związanym z przygotowaniem dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz wzoru umowy o zamówienie publiczne opisanym w punkcie 1)-4) zarzucam:

#### **A. Opis Przedmiotu Zamówienia ( cz. III SIWZ)**

- 1) Naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p. poprzez opisanie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a także w sposób nieodnoszący się wprost do jakości świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, a mający na celu wyłącznie preferowanie dotychczasowego wykonawcy zamówienia publicznego, w zakresie w jakim Zamawiający w treści SIWZ określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:
  - a) Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK- 20%,
  - b) Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów – 10%,
  - c) 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 – 10%.



2) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p. w zw. z 353 [1] k.c. w zw. 139 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, w sposób niezrozumiały i niedokładny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim Zamawiający:

a) W treści OPZ:

- w punktach 4.4.8. OPZ, 4.5.2.3. OPZ, 4.8 OPZ, 10.1.6 OPZ zastrzega, że Wykonawca w zakresie odbioru odpadów z nieruchomości mających utrudniony dostęp do posesji poprzez zamykanie podwórka „na klucz” obowiązany jest do wystąpienia we własnym zakresie do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp., celem realizacji niniejszej umowy oraz ponosi odpowiedzialność za przekazane klucze, kody lub piloty do bram, furtek i drzwi, w przypadku zgubienia lub uszkodzenia kluczy lub pilotów, pomimo tego, że na podstawie obowiązujące prawa, wykonawca nie ma żadnej podstawy do żądania wydania kluczy, pilotów oraz kodów stanowiących zabezpieczenie nieruchomości prywatnych, z których odpady mają być odbierane;
- w punkcie 2 OPZ określił, że Wykonawca ponosi całkowite koszty związane z realizacją zamówienia pomimo, że nie wskazał tychże kosztów precyzyjnie, a w szeregu dalszych postanowień OPZ ( w szczególności w 4.2.5 OPZ, 4.2.12. OPZ 4.3.1.11 OPZ 4.3.1.12 OPZ, 4.3.1.14 OPZ 4.3.1.15 OPZ), wskazywał na szacunkowe, przybliżone ilości materiałów oraz częstotliwości realizowania czynności, ze wskazaniem na możliwość ich zwiększenia, a także nałożył na wykonawcę odbiór nieograniczonej ilości odpadów od mieszkańców, bez względu na worek w jakim odpady są przekazywane, z zastrzeżeniem niemożności zwiększenia przez wykonawcę ceny umownej w przypadku żądania wykonania przedmiotu zamówienia publicznego w większym, niż oznaczony w SIWZ zakres, co uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny ofertowej, z uwzględnieniem ryzyka wzrostu kosztów, a także może wprowadzić do przekroczenia dobowych i tygodniowych standardów emisyjnych z instalacji.

b) W treści projektu wzoru umowy:

- w §1 ust. 5 wzoru umowy zastrzegł obowiązek realizacji przedmiotu umowy w sposób niepowodujący niepotrzebnych przeszkód, ograniczając niedogodności dla mieszkańców Miasta Chorzów do niezbędnego minimum, pomimo braku określenia w treści SIWZ oraz umowy rzeczonych minimów, co nie pozwala na ustalenie jaka jest faktyczna treść nałożonego na wykonawcę w tym zakresie obowiązku umownego,
- w zakresie, w jakim w paragrafie 8 ust. 7 umowy określa możliwość przesuwania niewykorzystanych ilości odpadów w ramach tabeli 1 oraz tabeli 2 z Załącznika 1A do SIWZ bez zwiększania całkowitej wartości zamówienia i bez konieczności aneksowania umowy, jedynie po uprzednim pisemnym poinformowaniu Wykonawcy, co uniemożliwia Wykonawcy należyte skalkulowanie ceny umownej.



## **B. Projekt wzoru umowy**

- 1) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. art. 106i ust. Ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z § 8 ust. 8 oraz 9 wzoru umowy, a to poprzez określenie terminu do wystawienia faktury VAT w sposób sprzeczny z obowiązującymi w tym względzie przepisami ustawy o podatku od towarów i usług,
- 2) Naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. oraz art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 139 p.z.p. - poprzez zastrzeżenie w § 11 ust. 2.1.11 oraz 2.1.12 wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników;
- 3) Naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1) w zakresie w jakim w paragrafie 16 umowy punkcie 1) wzoru umowy zastrzegł obligatoryjną zmianę umowy o zamówienie publiczne, bez konieczności zawarcia aneksu do umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę nowych, zwiększonych obowiązków w zakresie utrzymania poziomu recyklingu odpadów, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, oraz w sytuacji zaistnieje zmian w zakresie istniejących instalacji zagospodarowujących odpady komunalne lub dodanie nowej instalacji zagospodarowującej odpady komunalne.
- 4) Naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 142 ust. 5 ustawy p.z.p. w zakresie w jakim w § 16 punkcie 2.2. i 2.3. wzoru umowy oznaczono zasady zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wypadek zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalanego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym w sposób sprzeczny z regulacją przywołanych ustaw,
- 5) Naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zakresie, w jakim w paragrafie 16 punkcie 4) wzoru umowy określono możliwość zmiany pozostałych postanowień umowy na wypadek wystąpienie obiektywnych przesłanek, co nie spełnia określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p. warunków zastrzeżenia umownej możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne, które to postanowienia winny być jednoznaczne i precyzyjnie określać tak zakres zmian, jak i warunki ich wprowadzenia,
- 6) Naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 746 k.c. poprzez zastrzeżenie w paragrafie 17 umowy prawa odstąpienia od umowy, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia publicznego, co do zasady stanowi umowę zlecenia w rozumieniu przepisów ustawy kodeks cywilny, zaś do umowy zlecenia odpowiednio stosuje się przepisy o wypowiedzeniu umowy nie zaś o odstąpieniu od umowy, które to sposoby rozwiązania umowy mają odmienny charakter i znajdują zastosowanie do odmiennych rodzajów umów,

## **C. Okoliczności związane z zapobieganiem rozprzestrzeniania się epidemii koronawirusa; gospodarka odpadami w okresie stanu epidemii**

- 7) Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 15 i 16 p.z.p. w zw. 139 ust. 1 p.z.p w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 15r, 15r<sup>1</sup> oraz 15vb ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych



z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 z późn zm., dalej jako: „ustawa COVID-19”):

- poprzez określenie w punkcie XXV SIWZ, że Zamawiający nie przewiduje możliwości udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia, podczas gdy zgodnie z art. 15vb ust. 2 ustawy COVID-19 Zamawiający obowiązany jest do wypłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy w sprawie zamówienia publicznego, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy;
- w zakresie w jakim, w punkcie w punkcie XVIII. SIWZ *Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy* nie uwzględnił okoliczności związanych z obowiązującym zakazem dochodzenia zaspokojenia przez Zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia, stosownie do postanowień art. 15r<sup>1</sup> ust. 3-5 ustawy COVID-19;
- w zakresie w jakim w punkcie XVIII ust. 2.1. SIWZ Zamawiający ustalił zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w wysokości 10% ceny całkowitej (brutto) podanej w ofercie, podczas gdy zgodnie z art. 15 vb ust. 5 ust.6 ustawy COVID-19 zabezpieczenie należytego wykonania umowy ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, a zastrzegając zabezpieczenie w wyższej wysokości, jednak nie wyższej niż 10%, zaniechał obowiązku uzasadnienia tych okoliczności w SIWZ;
- pominięcie w projekcie wzoru umowy ukształtowania obowiązków notyfikacyjnych związanych z wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy przez Wykonawcę.

### **Mając na uwadze powyższe:**

#### **I. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:**

- 1) Zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia w następujący sposób:
  - a) Poprzez wykreślenie pozacenowych kryteriów oceny ofert w postaci:
    - Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK– 20%,
    - Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów – 10%,
    - 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 – 10%
  - 5) oraz ustalenie nowych, pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności.
  - b) Zmianę punktu 4.4.8 OPZ oraz 4.5.2.3. OPZ poprzez wykreślenie obowiązku wystąpienia przez wykonawcę we własnym zakresie do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp., celem realizacji niniejszej umowy oraz ponosi



- odpowiedzialność za przekazane klucze, kody lub piloty do bram, furtek i drzwi, w przypadku zgubienia lub uszkodzenia kluczy lub pilotów;
- c) Wykreślenie punktu 4.8. OPZ;
  - d) Wykreślenie punktu 10.1.6. OPZ;
  - e) Zmianę punktu 2 OPZ poprzez wykreślenie części postanowienia mówiącej o niemożności zwiększenia przez wykonawcę ceny umownej w przypadku żądania wykonania przedmiotu zamówienia publicznego w większym, niż oznaczony w SIWZ, wymiarze;
  - f) Zmianę punktu 4.2.5 OPZ oraz 4.3.1.11 OPZ poprzez wykreślenie postanowień dotyczących możliwości przekazywania przez właścicieli nieruchomości odpadów w workach innych niż systemowe oraz wprowadzenie limitu ilości worków systemowych możliwych do przekazania w czasie jednego odbioru odpadów;
  - g) Zmianę punktów 4.3.1.12 OPZ, 4.3.1.14 OPZ 4.3.1.15 OPZ poprzez ustalenie możliwości wzrostu wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacji, gdy liczba dostarczanych worków przekroczy zabezpieczone wartości;
  - h) Zmianę punktu XXV SIWZ oraz wprowadzenie do § 8 wzoru umowy postanowień regulujących możliwość udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w wysokości nie mniejszej niż 5% wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy;
  - i) Zmianę punktu XVIII SIWZ poprzez:
    - dodanie w ust. 1 postanowienia o treści, *„Zamawiający zastrzega, że w przypadku gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie, obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający będzie dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia, o którym mowa w tym przepisie, o ile wykonawca, na 14 dni przed upływem ważności tego zabezpieczenia, każdorazowo przedłuży jego ważność lub wniesie nowe zabezpieczenie, którego warunki zostaną zaakceptowane przez zamawiającego.”*;
    - zmianę dotychczasowej treści punktu 2.1. na: *„Zamawiający ustala zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w wysokości 5% ceny całkowitej (brutto) podanej w ofercie.”*,

Zmiany wzoru umowy o zamówienie publiczne w następujący sposób:

- a) Poprzez wykreślenie paragrafu 1 ust. 5 wzoru umowy względnie poprzez sprecyzowanie pojęć nieostrych w postaci „niepotrzebne przeszkody” oraz „niedogodności dla mieszkańców miasta Chorzów”,
- b) Poprzez wykreślenie paragrafu 8 ust. 7 wzoru umowy,
- c) Poprzez wykreślenie paragrafu 8 ust. 8 oraz 9 wzoru umowy,
- d) Poprzez zmianę postanowień § 11 ust. 2.1.11 oraz 2.1.12 w zakresie wysokości zastrzeżonej kary umownej za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników przez jej zmniejszenie, jako rażąco wygórowanej.
- e) Poprzez wykreślenie paragrafu 16 punktu 1) wzoru umowy,



- f) Poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia paragrafu 16 punktu 2.2. i 2.3. wzoru umowy postanowieniami o następującej treści:
- Punkt 2.2 *„W przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wynagrodzenie ulegnie zmianie odpowiednio do zmiany wysokości kosztów pracy ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia.”*
  - Punkt 2.3 *„Zmiany przepisów prawa dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Wynagrodzenie ulegnie zmianie odpowiednio do zmiany wysokości kosztów pracy ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia.”*
  - oraz usunięcie pozostałych punktów tj. 2.2.1-2.2.2 oraz 2.3.1-2.3.2. wzoru umowy.
- g) Wykreślenia paragrafu 16 punktu 4) wzoru umowy lub jego zmiany oraz punktu XXIV ust. 2 Warunki dokonywania SIWZ poprzez precyzyjne określenie przestanek zmiany umowy oraz zakresu dopuszczalnych, w przypadku ich wystąpienia, zmian,
- h) Zmianę postanowień paragrafu 17 umowy poprzez zastąpienie konstrukcji odstąpienia od umowy konstrukcją wypowiedzenia umowy,
- i) Zmianę w treści wzoru umowy poprzez należyte uregulowanie podstaw i zakresu możliwości dokonania zmiany umowy o zamówienie publiczne z uwagi na wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, w tym w szczególności poprzez określenie obowiązku notyfikacji zgodnie z regulacją przywołanej ustawy szczególnej.
- II. Wnoszę o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego oraz kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (radcy prawnego) reprezentującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym; Odwołujący zastrzega sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu na posiedzenie;
- III. Wnoszę o przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści niniejszego odwołania.

➤ **Pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego**

Pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym zostało udzielone w dniu 18 sierpnia 2020 r. przez Pawła Szewczyka – Prezesa Zarządu oraz Justynę Ryczko – Członka Zarządu, uprawnionych do reprezentacji Odwołującego zgodnie z zasadami





reprezentacji Odwołującego ujawnionymi w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (dalej jako: „KRS”). Zgodnie z danymi ujawnionymi w KRS, do składania oświadczeń woli w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu działającego łącznie z prokurentem. W przypadku zarządu jednoosobowego do składania oświadczeń woli w imieniu spółki uprawniony jest prezes lub członek zarządu samodzielnie. Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa oraz wydrukiem informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego przedkładam w załączeniu do niniejszego Odwołania.

#### ➤ **Wpis od odwołania**

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie są usługi, a wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi. Stąd od niniejszego odwołania uiszczono wpis w wysokości 15.000 zł, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia. Potwierdzenie uiszczenia wskazanej kwoty przedkładam w załączeniu do niniejszego Odwołania.

#### ➤ **Termin do wniesienia odwołania**

Zamawiający ogłosił w dniu 12.08.2020 r. o zamiarze udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług i odbioru zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów” nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.385.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675 poprzez zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/chorzow/proceedings>. Tym samym stwierdzić należy, że dziesięciodniowy termin do wniesienia niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1) p.z.p. został zachowany.

#### ➤ **Przesłanie kopii odwołania Zamawiającemu**

Kopia niniejszego odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 p.z.p., została przesłana Zamawiającemu faksem na numer podany w SIWZ: fax. +48 32 41 65 460 i/lube–mailem na adres poczty elektronicznej podany w SIWZ. Potwierdzenie wysłania odwołania faksem i/lub emailem przedkładam w załączeniu do niniejszego Odwołania.

### **UZASADNIENIE**





Dnia 12 sierpnia 2020 r. Miasto Chorzów Biuro Zamówień Publicznych (dalej: „Zamawiający”) ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów”, nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.385.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675, (dalej jako: „Postępowanie”).

**Dowód:** [1] Ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 12.08.2020 r.  
[2] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz Wzór Umowy

Mając na uwadze wielowątkowość niniejszego Odwołania, celem uporządkowania informacji w ocenie odwołującego niezbędne jest podzielenie tej części odwołania na trzy rozdziały tj.

- I. Ukształtowanie postępowania, w tym kryteriów oceny ofert, w sposób niekonkurencyjny, wyraźnie preferujący dotychczasowego wykonawcę.
- II. Naruszenia przepisów p.z.p. w zakresie ukształtowania dokumentacji zamówienia, a w szczególności OPZ oraz wzoru umowy.
- III. Występowanie warunków szczególnych związanych z epidemią COVID-19 w dacie ogłoszenia o zamówieniu publicznym, w tym regulacji szczególnych dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów.

Przyjmując ten podział Odwołujący przedstawi argumentację prawną i faktyczną, w odniesieniu do postanowionych zarzutów niniejszego odwołania.

**A.d. I. Ukształtowanie postępowania w sposób niekonkurencyjny, wyraźnie preferujący dotychczasowego wykonawcę**

Spółka PTS ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (zwana dalej: Spółka lub PTS ALBA) jest podmiotem świadczącym na rzecz Zamawiającego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu miasta Chorzów od 2013 roku. Jak wskazuje Zamawiający, Spółka pozostaje w gminnym systemie gospodarowania odpadami komunalnymi pochodzącymi ze wszelkich nieruchomości. Ponadto PTS ALBA posiada na terenie miasta Chorzów instalację do zagospodarowania odpadów, bazę magazynowo-transportową, a ponadto prowadzi na jego terenie PSZOK oraz jest właścicielem pojemników na odpady znajdujących się na terenie nieruchomości zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Chorzów.

**Dowód:** [3] Odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 30 lipca 2020 r.(ORI.1431. 1. 132. 2020)



U początku roku 2020 r. tj. w dniu 3 stycznia 2020 r. do Urzędu Miasta w Chorzowie wpłynął wniosek Spółki PTS ALBA o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu umowy nr 1835.2018 z dnia 18 października 2018 r. na świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Z uwagi na treść SIWZ, a w szczególności, że umowa nr 1835.2018 nie przewidywała zmiany w zakresie wynagrodzenia, Zamawiający odmówił Spółce podwyższenia należnego wynagrodzenia, wskutek czego w dniu 27 stycznia 2020 r. Spółka rozwiązała umowę ze skutkiem na dzień 15 lutego 2020 r. Zerwanie kluczowego dla świadczenia podstawowych usług na rzecz mieszkańców Miasta Chorzów, zostało odnotowane licznymi materiałami prasowymi.

**Dowód:** [4] Spółka odpadowa wypowiedziała miastu umowę – źródło: <https://nettg.pl/news/163943/spolka-odpadowa-wypowiedziala-miastu-umowe>  
[5] Artykuł Prasowy – Chorzów. Alba zrywa umowę na wywóz odpadów. Stawki za śmieci mogą wzrosnąć. – źródło: <https://katowice.gosc.pl/doc/6157611.Chorzow-Alba-zrywa-umowe-na-wywoz-odpadow-Stawki-za-smieci-moga>  
[6] Artykuł Prasowy – Chorzów – jest porozumienie z firmą Alba. Wywóz odpadów zabezpieczony – źródło: <https://www.portalsamorzadowy.pl/gospodarka-komunalna/chorzow-jest-porozumienie-z-firma-alba-wywoz-odpadow-zabezpieczony,153675.html>

Z uwagi na niezbędność ciągłości usług komunalnych, Zamawiający w okresie pomiędzy przeprowadzeniem przetargu nieograniczonego na w/w usługi, postanowił o powierzeniu realizacji tych usług poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Decyzją władz miasta, z uwagi na fakt, że 12 865 szt. pojemników na śmieci należało do PTS ALBA, koniecznym było powierzenie realizacji tych usług Spółce, z uwagi na to, że żaden inny wykonawca w tak krótkim czasie nie będzie w stanie wyposażyć nieruchomości w niezbędne opakowania na odpady, a ponadto nie będzie w stanie uruchomić PSZOK na terenie miasta Chorzów w tak krótkim okresie.

**Dowód:** [7] Protokół z postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki – RZP. 271.134.2020 r. (str. 3-4)  
[8] Protokół z postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki – RPZ. 271.134.2020 r. (str. 3-4)

Dnia 25 maja 2020 r. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług i odbioru zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów” nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.271.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 100-240961. Nadmienić należy, że sporządza na okoliczność tego postępowania dokumentacja, została w całości przyjęta przez Zamawiającego na użytek postępowania będącego przedmiotem niniejszego Odwołania, o czym przyjdzie jeszcze powiedzieć.

**Dowód:** [9] Ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 25.05.2020 r.



[10] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Chorzów”, nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.271.2020.

Decyzją z dnia 8 czerwca 2020 r. Zamawiający unieważnił postępowanie, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. W motywach swojego rozstrzygnięcia, jako uzasadnienie dla podjętej decyzji świadczącej o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, podał fakt planowanej zmiany prawa miejscowego, wywołanej inicjatywą partnera społecznego.

**Dowód:** [11] Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 8.06.2020r. BZP.217.36.2020.

W związku z powyższymi okolicznościami Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej. W odpowiedzi na skierowane wnioski Zamawiający wskazał, że miasto Chorzów podjęło działania celem zmiany uchwały w sprawie Regulaminu utrzymania porządku i czystości w gminie, która to zmiana została dokonana z inicjatywy czynnika społecznego, na sesji Rady Miasta w dniu 18 czerwca 2020 r. Przedmiotowa zmiana dotyczyła zapisu odnoszącego się do uprawnionych do przekazywania odpadów do PSZOK w Chorzowie. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem uchwały, w ramach uiszczonej opłaty samodzielnie przekazywać odpady do PSZOK mogli wyłącznie właściciele domów jednorodzinnych/mieszkańcy, zaś w zmienionej wersji uchwały uprawnionymi są właściciele nieruchomości/mieszkańcy. W ocenie Miasta, dopuszczenie właścicieli nieruchomości (zarządców wspólnot, spółdzielni mieszkaniowych) do PSZOK, znacząco wpłynie na ilość odpadów przekazanych do zagospodarowania, co w konsekwencji wymogło na mieście przeszacowanie wartości zamówienia oraz warunków jego realizacji, dlatego też – z uwagi na wystąpienie tej niemożliwej do przewidzenia okoliczności – Chorzów było zmuszone do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania.

Dodatkowo Miasto Chorzów wyjaśniło, że nie prowadziło żadnych negocjacji z innymi wykonawcami w związku z udzielaniem PTS ALBA kolejnych zamówień w trybie z wolnej ręki. Decyzja ta argumentowana była koniecznością zapewnienia ciągłości realizacji usług, a także niemożliwością zaopatrzenia przez innego wykonawcę nieruchomości w niezbędne ilości pojemników na odpady, po zebraniu przez dotychczasowego wykonawcę pojemników będących ich własnością, a także koniecznością uruchomienia PSZOK przez nowy podmiot.

Dowód: Dowód nr 3, 7, 8

[12] Odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej – OR-I. 1431.133.2020, cz. I

[13] Odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej – OR-I. 1431.133.2020, cz. II



[14] Notatka służbowa sporządzona w dniu 28 maja 2020 r.

Na marginesie stanu faktycznego należy podnieść, że Zamawiający dnia 27 lipca 2020 r. ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów”, numer referencyjny: RZP.271.340.2020” nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 143-352087. Zamawiający nie dopełnił jedna wymogu ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego. Ponadto Zamawiający zaniechał udostępniania dokumentacji zamówienia, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wzoru umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Dowód: [15] Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27 lipca 2020 r. - 2020/S 143-352087.  
[16] Wyciąg z platformy zakupowej Zamawiającego – na fakt braku ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego i nieudostępnieniu dokumentacji postępowania.

W dniu 31 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym UE TED pojawiło się ogłoszenie o unieważnieniu postępowania przez Zamawiającego. Jako podstawę unieważnienia przywołano „przerwanie procedury”.

Dowód: [17] Ogłoszenie o wyniku postępowania - unieważnienie

Odnosząc się do *meriti* podniesionych zarzutów, a dotyczących postępowania będącego przedmiotem niniejszego odwołania, podkreślenia wymaga, że stworzona przez Zamawiającego dokumentacja na użytek niniejszego postępowania – poza zmianami redakcyjnymi dotyczącymi terminów realizacji usługi lub zakresu świadczonych usług – jest kopią uprzednio udostępnionej dokumentacji, a dotyczącej postępowania, które zostało unieważnione przez Zamawiającego w dniu 8 czerwca 2020 r. Powyższe okoliczności poddają w wątpliwość uprzednią decyzję Zamawiającego, który argumentując zaistnienie przesłanki określonej w art.193 ust. 1 p.z.p. przywołał wymóg dokonania gruntownych zmian w zakresie opisu zamówienia, wywołanych zmianą Regulaminu Utrzymania Porządku i Czystości w Gminie. Niniejszy akt prawa miejscowe nie został zmieniony w sposób znaczny, zmiany mają charakter wyłącznie kosmetyczny, a z pewnością nie zmieniają zakresu obowiązków wykonawcy realizującego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu nieruchomości położonych w mieście Chorzów, a w konsekwencji nie doprowadziły do zmiany dokumentacji.

**W tym stanie faktycznym należy przystąpić do opisu zarzutów formułowanych przez Odwołującego, a określonego w punkcie A. 1) petitum tj. zarzut naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p.**

Odnosząc się do przywołanego zarzutu tj. opisanego pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności,



a także w sposób nieodnoszący się wprost do jakości świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, a mający na celu wyłącznie preferowanie dotychczasowego wykonawcy zamówienia publicznego, należy wskazać co następuje.

Zamawiający określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:

- a) *Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK – 20%,*
- b) *Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów – 10%,*
- c) *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 – 10%.*

Dalej wskazać należy, że w odniesieniu do powyższych kryteriów Zamawiający oznaczył dodatkowo sposób ich oceny tj. zgodnie z punktem XVI. Wybór oferty SIWZ:

**Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK:**

- 20%, waga punktowa 20 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa **na dzień podpisania umowy,**
- 10%, waga punktowa 10 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa **w terminie do 30 dni od dnia podpisania umowy,**
- 0%, waga punktowa 0 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa **w terminie od 31 do 60 dni od dnia podpisania umowy.**

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

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

**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:**

- 10%, waga punktowa 10 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że położenie instalacji komunalnej **mieści się w granicach administracyjnych miasta Chorzów.**
- 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.**
- 0%, waga punktowa 0 pkt, jeśli Wykonawca wykaże, że instalacja komunalna położona jest **powyżej 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzów.**



W odniesieniu do powyższego, w pierwszej kolejności stwierdzić, należy, że powyższe kryteria pozostają bez wpływu na sposób i jakość świadczenia usług. Dalej wskazać należy, że tak określone kryteria w sposób jasny i klarowny faworyzują aktualnego wykonawcę usług, który wszystkie powyższe kryteria spełnia niejako na starcie. Takie określenie kryteriów oceny ofert nie może zostać uznane za prawidłowe. Jak bowiem wskazała KIO w wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r. (KIO 2615/19): „Przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie może być interpretowany w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Swoboda zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest więc nieograniczona, **ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności.** Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. **Zamawiający ma prawo swobodnie określić jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.**”

Dotychczasowy wykonawca zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu miasta Chorzów tj. PTS ALBA dysponuje bazą na terenie Miasta Chorzów, a tym samym spełnia, niejako z miejsca, jedno z pozacenowych kryteriów ocen ofert. Ponadto, jest właścicielem instalacji znajdującej się w terenie granic administracyjnych miasta tj. Instalacji do Produkcji Paliwa Alternatywnego ZPiUO. W odniesieniu do powyższych kryteriów należy dodatkowo zaznaczyć, że w istocie stanowi ono próbę obejścia przepisów art. 91 ustawy p.z.p., które co do zasady zakazują ustalenia kryterium ceny na poziomie przewyższającym 60%. Konstatacja ta zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na to, że owe kryteria w istocie stanowią powielenie kryterium cenowego, albowiem odległość bazy oraz instalacji w praktyce ma znaczenie wyłącznie dla kalkulacji ceny ofertowej, jako pozostające w związku z kosztami logistyki obciążającymi wykonawcę. Nie przedstawia ono żadnej innej, poza wyżej wskazaną wartości, w tym w szczególności nie wpływa w żaden sposób na jakość świadczonych usług. Taka konstrukcja kryterium pozacenowego ofert nie może się tym samym ostać.

Dalej, odnosząc się do kryteriów związanego ze skróceniem uruchomienia PSZOK zaznaczyć należy, że PTS ALBA posiada na terenie Miasta Chorzów takowy punkt, co oznacza, że nie tylko może on skrócić termin do jego uruchomienia, ale w zasadzie gotów jest uruchomić go z datą zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający zresztą zwrócił uwagę na tę okoliczność w ramach postępowań o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w trybie z wolnej ręki, gdzie okoliczność tę wskazał wprost, jako uzasadniającą udzielenie przedmiotowych zamówień właśnie temu wykonawcy. Dalej, odnosząc się do rzeczonych kryteriów oceny ofert należy dodatkowo podkreślić, że każdy inny wykonawca nie jest w stanie uzyskać 20 punktów za utworzenie i uruchomienie PSZOK na terenie Chorzowa na dzień podpisania umowy, już z uwagi na same terminy





administracyjne związane z uzyskaniem właściwych decyzji i pozwoleń (m.in. konieczności weryfikacji lokalizacji z ustaleniami Miejscowego Planu Zagospodarowania Przestrzennego lub uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, względnie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, pozwolenie na budowę, bądź na roboty budowlane), pozwoleń wodno-prawnych, a także decyzji środowiskowych, w zakresie uzyskania decyzji środowiskowej, poprzedzającej wydanie decyzji zintegrowanej oraz zgodności lokalizacji inwestycji z kryteriami środowiskowymi określonymi w aktach prawa miejscowego województwa śląskiego z zakresu gospodarki odpadami. Niemożliwe wydaje się również zrealizowanie tego kryterium w terminie 30 dni, aby możliwe było uzyskanie 10 punktów. Wskazać należy, że w poprzedniej wersji dokumentacji sam Zamawiający przewidział dłuży, bo 90 dniowy termin na realizację tego wymogu, przy czym nawet ten termin uznać należy za niemożliwy do zrealizowania w/w obowiązku wykonawcy, co dopiero zaś jego skrócenia. Dodatkowo Odwołujący zauważa, że w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów, standardowo zamawiający na uruchomienie punktów PSZOK przewidują okres nie krótszy niż 6 miesięcy. W tym wypadku zaś zamawiający określił obowiązek jego uruchomienia w terminie na dzień podpisania umowy lub w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy, co czyni niemalże nierealnym dotrzymanie przez każdego innego, w stosunku do dotychczasowego wykonawcy, wykonawcę ubiegającego się o uzyskania przedmiotowego zamówienia. Co dopiero zaś zrealizowanie tegoż zobowiązania w skróconym terminie. Powyższe wyraźnie wskazuje zaś, że postanowienie SIWZ określające powyższe, jako kryterium oceny ofert nie może zostać uznane za należycie sformułowane, jako ewidentnie preferujące określonego wykonawcę.

Mając na względzie powyższe wyjaśnienia, za KIO wskazać należy, że: *„Określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 p.z.p.w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji.”* (tak: KIO w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1611/18). Z taką sytuacją zaś mamy do czynienia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy.

W odniesieniu do powyższych kryteriów, poza ewidentnym preferowaniem dotychczasowego wykonawcy zamówienia publicznego (PTS ALBA), nie sposób jest doszukać się aspektów jakościowych. Co więcej należy wskazać, że kryteria te nie mieszczą się, nawet w sposób pośredni, w co prawda przykładowym, jednakże wyznaczającym cel i kierunek interpretacji, katalogu kryteriów pozacenowych, o którym mowa w art. 91 ust. 2 p.z.p. Zgodnie z treścią powołanej regulacji bowiem kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:





- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.”

Niezależnie od wyżej poczynionych uwag w przedmiocie preferencyjnego ukształtowania kryteriów oceny ofert, dalej wskazać należy, że za preferencyjne wobec dotychczasowego wykonawcy jest również ukształtowanie obowiązków wykonawcy związanych z wyposażeniem nieruchomości w pojemniki do zbierania odpadów, który to obowiązek wynika z punktu 6 OPZ Urządzenia do gromadzenia odpadów. Zgodnie ze szczegółowymi warunkami wynikającymi z niniejszego punktu wykonawca ma obowiązek ustawienia pojemników w miejscach wskazanych przez właścicieli nieruchomości lub przez Zamawiającego w terminie do 14 dni od dnia zawarcia umowy wynikającej z niniejszej SIWZ lub innym pisemnie uzgodnionym z Zamawiającym, jednak nie później niż na dzień przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Niedopełnienie tego obowiązku skutkuje nałożeniem kary umownej w rażącej wysokości bo w kwocie 50. 000, 00 zł, za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne oraz pojemników do segregacji odpadów. Na tę okoliczność zwrócił sam Zamawiający, gdyż w wyniku wypowiedzenia umowy w dniu 27 stycznia 2020 r. przez PTS ALBA, ze skutkiem na dzień 15 lutego 2020 r., udzielając zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, począwszy od dnia 17 lutego 2020 r. stwierdził, że żaden z innych wykonawców nie jest w stanie w tak krótkim okresie dostarczyć pojemników.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza „biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że dokonany opis sposobu wykonania przedmiotu zamówienia faworyzuje w sposób znaczący obecnego wykonawcę zamówienia (...) gdyż tylko on może złożyć ofertę z dużo mniejszą ceną, gdyż nie musi kalkulować w ofercie dużych kosztów związanych z wypełnieniem wymagań zamawiającego. Ponadto tak dokonany opis zawęży krąg potencjalnych wykonawców. Inni wykonawcy, aby móc konkurować z dotychczasowym wykonawcą musieliby tak obniżyć cenę za serwis iż wykonanie tej usługi byłoby ekonomicznie nieuzasadnione. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dostosować go do realiów większości potencjalnych wykonawców, zapewniając sobie należyte wykonanie zamówienia. Argumentacja Zamawiającego iż jeśli Odwołujący nie może konkurować z dotychczasowym wykonawcą to może skorzystać ze swojego podstawowego uprawnienia i nie składać oferty, nie zasługuje na uwzględnienie.” ( KIO w wyroku z dnia 30 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1519/15 LEX nr 1771700, jak również KIO w wyroku z 1 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 587/20, LEX nr 3021299).



Mając więc na uwadze, że dokumentacja postępowania w kluczowych aspektach tj. kryteriach oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu, w sposób nieuzasadniony faworyzuje dotychczasowego wykonawcę, należy stwierdzić, że jest ona ukształtowana w sposób sprzeczny z zasadą konkurencyjności i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 p.z.p. W ocenie odwołującego takie postępowanie Zamawiającego w sposób rażąco narusza przepisy prawa, a przeprowadzenie postępowania według określonych kryteriów skutkować będzie obarczeniem go niedającą się usunąć wadą. Wobec tego zarzut ten jest w pełni uzasadniony.

#### **A.d. II. Naruszenia przepisów p.z.p. w zakresie ukształtowania dokumentacji zamówienia, a w szczególności OPZ oraz wzoru umowy**

Zamawiający w części III SIWZ tj. Opis Przedmiotu Zamówienia zawarł następujące postanowienia:

- w punkcie 4.4.8. zastrzega, że co najmniej 40 % nieruchomości stanowiących ściśta zabudowę miejską ma utrudniony dostęp do posesji poprzez zamykanie podwórka „na klucz”; zadaniem wykonawcy jest zweryfikowanie we własnym zakresie utrudnień w ewentualnym odbiorze odpadów,
- w punkcie 4.5.2.3. zastrzega, że ilość miejsc z utrudnionym dostępem stanowi około 40%, wszystkich miejsc odbioru odpadów wielkogabarytowych w systemie odbioru odpadów wielkogabarytowych w systemie odbioru z zabudowy wielorodzinnej,
- w punkcie 4.8. określił, że obowiązkiem wykonawcy jest wystąpieniem we własnym zakresie do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp. W celu możliwości realizacji niniejszej umowy, jeżeli wystawienia pojemników do godz. 6:00 rano w dniu harmonogramowego odbioru odpadów nie jest możliwe ze względu na specyfikę zwartej zabudowy;
- w punkcie 10.1.6. zastrzega, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za przekazane klucze, kody lub piloty do bram, furtek i drzwi, w przypadku zgubienia lub uszkodzenia kluczy lub pilotów Wykonawca natychmiast powiadomi o tym fakcie Zamawiającego, podczas gdy o wykonawca samodzielnie ma pozyskać właściwe klucze, kody, etc. i nie otrzymuje ich od Zamawiającego, a tym samym nie może względem zamawiającego ponosić odpowiedzialności z tegoż tytułu,
- w punkcie 2 określił, że Wykonawca ponosi całkowite koszty związane z realizacją zamówienia pomimo, że nie wskazał tychże kosztów precyzyjnie, a w szeregu dalszych postanowień OPZ wskazywał na szacunkowe, przybliżone ilości materiałów oraz częstotliwości realizowania czynności, ze wskazaniem na możliwość ich zwiększenia bez oznaczenia progów maksymalnych, z zastrzeżeniem niemożności zwiększenia przez wykonawcę ceny umownej w przypadku żądania wykonania przedmiotu zamówienia publicznego w większym, niż oznaczony w SIWZ,
- w punktach 4.2.5 OPZ oraz 4.3.1.14 OPZ nałożył na wykonawcę odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości dowolną ilość worków do segregacji (większą niż komplet) oraz worków z bioodpadami, także w sytuacji, gdy odpady będą znajdować się w innych workach niż systemowe, co uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty i



*skalkulowanie ceny ofertowej, z uwzględnieniem ryzyka wzrostu kosztów, a także może wprowadzić do przekroczenia dobowych i tygodniowych standardów emisyjnych z instalacji.*

- *w punkcie 4.2.12. SIWZ wskazał, że ilość kompletów worków, do zapewnienia których obowiązany jest wykonawca może wzrosnąć do 3% w czasie trwania umowy, zastrzegając jednocześnie w punkcie 4.2.13 SIWZ, że 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, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów.*
- *w punkcie 4.3.1.12 SIWZ wskazał, że Zamawiający przewiduje konieczność zabezpieczenia wzrostu ilości worków do 3% w ciągu trwania umowy, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów, wskazując jednocześnie w punkcie 4.3.1.15 SIWZ, że Zamawiający dopuszcza możliwość odbioru dodatkowych worków przez właścicieli nieruchomości w PSZOK oraz Urzędzie Miasta Chorzów, a wykonawca jest obowiązany do zapewnienia tych ilości (niedookreślonych), czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów.*

W treści wzoru umowy zastrzegł:

- *w § 1 ust. 5 obowiązek realizacji przedmiotu umowy w sposób niepowodujący niepotrzebnych przeszkód, ograniczając niedogodności dla mieszkańców Miasta Chorzów do niezbędnego minimum, pomimo braku określenia w treści SIWZ oraz umowy rzeczonych minimów, co nie pozwala na ustalenie jaka jest faktyczna treść nałożonego na wykonawcę w tym zakresie obowiązku umownego,*
- *w § 8 ust. 7 możliwość przesuwania niewykorzystanych ilości odpadów w ramach tabeli 1 oraz tabeli 2 z OPZ bez zwiększania całkowitej wartości zamówienia i bez konieczności aneksowania umowy, jedynie po uprzednim pisemnym poinformowaniu Wykonawcy, co uniemożliwia Wykonawcy należyte skalkulowanie ceny umownej.*

**Mając na uwadze treści OPZ oraz wzoru umowy Odwołujący wspólnie odniesie się do powyższych postanowień, zarzucając im, zgodnie z A. pkt 2) *petitum* odwołania, naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p. w zw. z art. 353[1] w zw. z 139 p.z.p.**

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia publicznego w ramach Postępowania, niewątpliwie w przytoczonych przypadkach i zakresach zaniechał precyzyjnego określenia zakresu obowiązków wykonawcy, który zamówienie to ma realizować, wielokrotnie posługując się pojęciami ogólnymi, wartościami szacunkowymi (tak co do częstotliwości zakresu świadczonych usług, jak i co do ilości poszczególnych materiałów, do dostarczenia których wykonawca jest obowiązany), próbując w tym zakresie przerzucić ryzyka kontraktowe na wykonawcę jednocześnie uniemożliwiając mu ich prawidłową kalkulację. Niezależnie od powyższych uwag, warto wyraźnie wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie i w sposób jednoznaczny wskazywała zarówno na obowiązek takiego



określenia przedmiotu zamówienia, który pozwoli wykonawcą na skalkulowanie ceny ofertowej z uwzględnieniem wszelkich obowiązków składających się na dane zamówienie publiczne, jak i wyraźnie przeciwstawiając się przerwaniu na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk kontraktowych (nawet w przypadku, gdy w ofercie wykonawca miał wskazać ryczałtową cenę za realizację danej usługi). Ponadto obarczenie wykonawcy obowiązkiem odbioru nieograniczonej ilości odpadów, bez względu na rodzaj worków, które mogą znacznie odbiegać od wielkości dostarczanych worków systemowych, może doprowadzić do faktycznego pokrzywdzenia wykonawcy, z uwagi na brak możliwości uwzględnienia tych okoliczności w kalkulacji ceny, a ponadto może doprowadzić do przekroczenia „mocy przerobowych” instalacji do której odpady są przekazywane, a tym samym przekroczenia dopuszczalnych standardów emisyjnych z instalacji, co stanowi delikt administracyjny i stanowi zagrożenie dla środowiska.

Na brak akceptacji zasługują również zapisy umowy umożliwiające dowolne przesuwania niewykorzystanych ilości odpadów w ramach tabeli 1 oraz tabeli 2 z OPZ bez zwiększania całkowitej wartości zamówienia i bez konieczności aneksowania umowy, jedynie po uprzednim pisemnym poinformowaniu Wykonawcy. Należy wskazać, że przepisy powszechnie obowiązującego prawa zawierają szczegółowe regulacje dotyczące postępowania z daną frakcją odpadów. Z tego względu kalkulacja ceny jednostkowej przetwarzania 1 [Mg] każdej z frakcji różni się, ponieważ uwzględnia specyfikę postępowania z danym odpadem. Ponadto w kalkulacji ceny nieopisaną rolę odgrywa również gabaryt odpadów, przez wzgląd na wzrost kosztów transportu. Możliwość swobodnego „żonglowania” wartościami odpadów przekazywanych wykonawcy, uniemożliwia mu prawidłowe sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny, a także prowadzi do nieuzasadnionego przeliczenia ryzyka kontraktowego na wykonawcę.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje zbiorczo, odnosząc wszystkie uwagi do całości ww. zarzutów, na utrwalone i jednolite wytyczne Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące prawidłowej wykładni przepisu art. 29 ust. 1 p.z.p., a tym samym zasady, które zamawiający winni stosować, przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia publicznego.

I tak wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza (dalej również jako „KIO”) w swoich orzeczeniach wielokrotnie zwracała uwagę, że: „Opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego, ale też umożliwiać wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnić, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty porównywalne zarówno co do zakresu przedmiotu zamówienia, jak i co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich jego elementów. Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia na tyle jak tylko jest to możliwe. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt 1555/19). Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. (sygn. KIO 1129/19), w którym



wyraźnie zazaczyła, że: „Celem art. 29 ust. 1 p.z.p. jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest opisać wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia na tyle wyczerpująco, aby każdy wykonawca miał pewność, czego zamawiający oczekuje i w jaki sposób to wykonać. Z kolei w świetle art. 29 ust. 2 p.z.p. swoboda zamawiającego w określaniu cech przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji.”

Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający formułując OPZ powinien posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy.” (tak: KIO w wyroku z dnia 27 maja 2019 r., sygn. KIO 856/19). „Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 p.z.p.” (tak: KIO w wyroku z dnia 8 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2197/18).

Obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontaktowym nie tylko może się okazać niepożądane w odniesieniu do budżetu zamawiającego, lecz może również prowadzić do naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przepisie art. 29 ust. 1 p.z.p. ustawodawca wyraźnie wskazał, że **zamawiający obowiązany jest w ramach opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym oczywiście w zakresie oferowanej ceny.** Zaniechanie przekazania wykonawcom wszystkich informacji mających znaczenie dla sporządzenia oferty na ogół skutkuje zaburzeniem konkurencji. Trudno bowiem mówić o występowaniu uczciwej konkurencji, jeżeli oferty składane w postępowaniu nie odnoszą się do tego samego przedmiotu zamówienia, ale częściowo do wyobrażeń wykonawcy odnośnie tego przedmiotu, które to wyobrażenia mogą się w przypadku poszczególnych wykonawców znacząco różnić. W świetle regulacji art. 29 ust. 1 p.z.p. opis przedmiotu zamówienia powinien zostać sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy nie tylko pozyskali niezbędną wiedzę w zakresie przedmiotu świadczenia, do którego będą zobowiązani na mocy zawartej z zamawiającym umowy, ale również otrzymali niezbędne informacje potrzebne do sporządzenia oferty, w tym zakresie jej wyceny. Nieustalenie wartości świadczeń stron pozostaje również w sprzeczności z zakresem swobody kontraktowej wyznaczonej przez przepis art. 353[1] k.c. Ponadto wprowadza stan obawy, co do pierwotnej niemożliwości świadczenia określonego w art. 387 k.c. Zamawiający nie może opisując przedmiot Postępowania przerzucać na wykonawcę ryzyk związanych z oceną zarówno zakresu świadczenia, jakiego potencjalnie Zamawiający w ramach niedookreślonych postanowień kontraktowych, będzie mógł od niego żądać, jak i jego potencjalnych kosztów i ryzyk z tym związanych. Nie wolno zaś zapominać, że zamawiający publiczny, jako dysponent



zamówienia publicznego, zarówno na etapie jego przygotowania, jak i realizacji umowy, mają rolę w istocie dominującą, są tzw. silniejszą stroną umowy, a tym samym winny dochować należytej staranności przy jej przygotowaniu w sposób, który na przyszłość nie będzie budził wątpliwości, a ponadto wątpliwościami tymi i ich skutkami nie będzie obciążał wykonawcy, który zarówno na opis przedmiotu zamówienia, jak i na opracowanie wzoru umowy o zamówienie publiczne, nie miał wpływu.

Mając na względzie powyższe, zarzut sformułowany w punkcie 2) Odwołania uznać należy za w pełni uzasadniony i konieczny.

### **Pozostałe naruszenia wzoru umowy**

1. W § 8 ust. 8 oraz 9 wzoru umowy zamawiający wyznaczył następujące terminy do wystawienia faktury VAT:

*8. Zapłata za realizację przedmiotu umowy następować będzie miesięcznie na podstawie faktur, wystawianych każdorazowo po miesiącu świadczenia usług, na koniec miesiąca. Podstawą wystawiania faktur będą miesięczne sprawozdania ze świadczonych usług wraz z załącznikami w postaci formularzy podstawienia kontenera, czyli protokoły wstępne o których mowa w §5 umowy.*

*„9. Podstawą wystawienia faktury przez Wykonawcę, każdorazowo po miesiącu świadczenia usług będzie podpisanie przez obie Strony umowy protokołu wstępnego stwierdzającego, że usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych została wykonana w danym miesiącu oraz że dotrzymano terminu wykonania tej usługi.*

**Powyższe postanowienia uzasadniają postawienie zarzutu określonego w punkcie B. 1) *petitum* tj. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. art. 106i ust. Ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z paragrafem 8 ust. 7 oraz 9 wzoru umowy, a to poprzez określenie terminu do wystawienia faktury VAT w sposób sprzeczny z obowiązującymi w tym względzie przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.**

Stosownie do postanowień art. 106i ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług: „Fakturę wystawia się nie później niż 15. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę, z zastrzeżeniem ust. 2-9.”. Stosownie zaś do postanowień ustępu 9 paragrafu 8 wzoru umowy (w tym miejscu Odwołujący sygnalizuje, że wzór umowy zawiera błąd w postaci powielenia numeracji ust. 9 powołanego paragrafu) Zamawiający określił inny termin na wystawienie przedmiotowego dokumentu księgowego tj. dokonując jego powiązania z raportowaniem i zatwierdzaniem czynności przez Zamawiającego. Takie rozwiązanie stoi w sprzeczności z obowiązkami wykonawcy wynikającymi z przepisów ustawy o podatku o towarów i usług co w praktyce skutkowałoby albo naruszeniem kontraktowym tj. wystawieniem faktury VAT zgodnie z przepisami, jednakże z naruszeniem postanowień umownych, albo też co prawda dotrzymaniem warunków określonych przez Zamawiającego, jednakże w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami ustawy





o podatku od towarów i usług. Zamawiający nie jest uprawniony do ingerencji w treść przepisów bezwzględnie obowiązujących, gdyż takie postanowienia pozostają w jawnej sprzeczności z wyżej wskazaną regulacją prawną, co tym samym czyni zarzut odwołania ad. 5 koniecznym i w pełni uzasadnionym.

**Ponadto w odniesieniu do postanowień umownych określonych w § 11 ust. 2.1.11 oraz 2.1.12. uzasadniony jest zarzut podniesiony w punkcie B. 2) petitum tj. naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. oraz art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. - poprzez zastrzeżenie w § 11 ust. 2.1.11 oraz 2.1.12 wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników.**

W ocenie odwołującego zastrzeżenie kary umownej „opóźnienie” w podstawieniu pojemników na opady niesegregowane oraz zmieszane w wysokości 50 000,00 zł nosi znamiona kary rażąco wygórowanej. Co prawda, Zamawiający ma prawo do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, co nie oznacza jednak możliwości nadużywania tego prawa wobec wykonawcy. Konieczne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, uwzględniając przy tym funkcje kary umownej dla zabezpieczenia interesu publicznego i właściwej realizacji zamówienia publicznego oraz niedopuszczalność kształtowania wysokości kar umownych w sposób dowolny, tj. bez racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza „wśród aspektów, jakie mogą mieć wpływ na uznanie kary umownej za rażąco wygórowaną, można przykładowo wskazać okoliczności takie, **jak rodzaj i stopień skomplikowania zobowiązania, jego znaczenie dla wierzyciela** (zobowiązania mające istotne znaczenie dla wierzyciela mogą być sankcjonowane wyższymi karami niż niespełnienie świadczenia ubocznego czy też mającego w całokształcie sytuacji stron znaczenie drugoplanowe), **rodzaj i przyczyna naruszenia, czy też rodzaj czy rozmiar negatywnych następstw**, które mogą dotknąć wierzyciela na skutek naruszenia zobowiązania”. W ocenie odwołującego zastrzeżenie kary umownej w wysokości 50.000,00 zł za niedostarczenie pojemników, w sytuacji gdy za każdy dzień opóźnienia w odbieraniu opadów Zamawiający zastrzega karę w wysokości 200 zł świadczy o rażąco wygórowanym charakterze tej kary. Warto nadmienić przywołane już w cz. I Uzasadnienia, a dotyczące argumentacji Zamawiającego dotyczącej braku możliwości dostarczenia znacznej ilości pojemników, w krótki okresie. Mając na uwadze powyższe okoliczności należy stwierdzić, że zastrzeżenie tej kary umownej, stanowi kolejny element nieuczciwego ukształtowania warunków postępowania, skoro dotychczasowy wykonawca - PTS ALBA – jest podmiotem, który może zrealizować ten wymóg. Zastrzeżenie tej kary umownej można więc traktować, jako element zniechęcający pozostałych wykonawców do udziału w postępowaniu, z uwagi na negatywne konsekwencje niedopełnienia obowiązku, zwłaszcza, że zastrzeżona kara umowna za opóźnienie (w ocenie odwołującego błędnie), a nie zwłokę, wyłącza możliwość przeprowadzenia skutecznej ekskulpacji, gdy zdarzenie skutkujące nieterminową realizacją jest skutkiem przyczyny niezawinionych.





wzoru umowy są rażąco wygórowane. Kary w takiej wysokości znacznie przewyższą szkodę poniesioną przez Zamawiającego, a ponadto będzie prowadzić do zaburzenia równowagi stron umowy wzajemnej. Jednocześnie tak wysoki poziom kar umownych zmusi wykonawców do uwzględnienia tego elementu ryzyka przy wycenie usług dla Zamawiającego, co znajdzie wyraz w podwyższeniu ceny oferty.

2. Zmawiający w treści § 16 wzoru Umowy określił postanowienia dotyczący zmiany Umowy. W tym miejscu odwołujący podzieli argumentację stosownie do poszczególnych okoliczności faktycznych oraz podniesionych zarzutów i ich uzasadnienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z § 16 ust. 1 wzoru Umowy:

*Zamawiający dopuścił możliwość dokonania zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy w przypadku wystąpienia przesłanek ustawowych, o których mowa w art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jeżeli konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z następujących okoliczności:*

**1) Zmiany w zakresie realizacji przedmiotu umowy, w następstwie:**

**1.1. *Zmiana stanu prawnego, który będzie wnosił nowe wymagania co do sposobu realizacji jakiegokolwiek tematu ujętego przedmiotem zamówienia, jeśli nie będzie to związane ze zmianą zakresu i wartości przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem zmian w zakresie wymaganych poziomów***

- *poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia dla papieru, metalu, tworzyw sztucznych, szkła*
- *poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych*
- *poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania*

*W takim przypadku wykonawca będzie obowiązany osiągnąć w trakcie realizacji umowy wymagane zmianą przepisów poziomy, bez konieczności aneksowania umowy i braku możliwości zwiększenia ceny jednostkowej za tonę odpadów.*

**1.2. *Zmiany w zakresie istniejących instalacji zagospodarowujących odpady komunalne lub dodanie nowej instalacji zagospodarowującej odpady komunalne. W takim przypadku strony będą działać według zasad określonych w § 4 ust. 6 umowy i braku możliwości zwiększenia ceny jednostkowej za tonę odpadów***

**Powyższe postanowienia wzoru umowy uzasadniają postanowienie zarzutu określonego w punkcie B. 3) *petitum* tj. naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1)**



w zakresie w jakim w § 16 umowy punkcie 1) wzoru umowy zastrzegł obligatoryjną zmianę umowy o zamówienie publiczne, bez konieczności zawarcia aneksu do umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę nowych, zwiększonych obowiązków w zakresie utrzymania poziomu recyklingu odpadów, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, oraz w sytuacji zaistnieje zmian w zakresie istniejących instalacji zagospodarowujących odpady komunalne lub dodanie nowej instalacji zagospodarowującej odpady komunalne.

Odnosząc się do treści zarzutu oraz do okoliczności faktycznych naprowadzonych powyżej, wskazać należy, że w ocenie odwołującego Zamawiający przekroczył wyrażoną w art. 353[1] k.c. zasadę swobody umów określając w paragrafie 16 umowy punkcie 1) obligatoryjną zmianę umowy o zamówienie publiczne, bez konieczności zawarcia aneksu do umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę nowych, zwiększonych obowiązków w zakresie utrzymania poziomu recyklingu odpadów oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. W tym miejscu wskazać należy, że po pierwsze powyższe powoduje nieuprawnioną próbę przerzucenia ryzyka zmiany przepisów prawa na wykonawcę, co czyni kalkulację ceny ofertowej w istocie fikcyjną, albowiem niemożliwym jest skalkulowanie wszelkich ryzyk związanych z realizacją umowy w sytuacji, w której zmiana przepisów prawa, istotna punktu widzenia zakresu obowiązków wykonawcy, ma stanowić o niemożności roszczenia o zwiększenie umówionego wynagrodzenia. Niezależnie wskazać należy, że powyższa konstrukcja umownej klauzuli zmiany umowy o zamówienie publiczne nie mieści się w regulacji art. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p., który stanowi podstawę do ustalania przez zamawiający możliwości konkretnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, nie zaś podstawę do określenia sytuacji, w których określona zmiana, nie może wystąpić. Działania zamawiającego w tym względzie uznać należy w istocie za zaprzeczenie celowi wprowadzenia regulacji art. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p.

W dalszej części § 16 punkcie 2.2 Zamawiający określił następujące podstawy zmiany wynagrodzenia:

*2.2. w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wynagrodzenie ulegnie zmianie odpowiednio do zmiany wysokości kosztów pracy ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia, o ile zmiana kosztów pracy wynika ze zmiany przepisów prawa dot. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wprowadzenie przedmiotowych zmian wynagrodzenia możliwe będzie, jeżeli Wykonawca:*

*2.2.1. udowodni, że zmiana ww. przepisów będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę,*

*2.2.2. wykaże, jaką część wynagrodzenia stanowią koszty pracy ponoszone przez Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia oraz jak zmiana przepisów wpłynie na wysokość tych kosztów. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wniesienia zastrzeżeń*



dotyczących wysokości kosztów pracy przedstawionych przez Wykonawcę. W szczególności Wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia na żądanie Zamawiającego kalkulacji kosztów składających się na wynagrodzenie wraz z dowodami potwierdzającymi ponoszenie poszczególnych rodzajów kosztów przez Wykonawcę.

Zaś w punkcie:

2.3. **w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu** lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Wynagrodzenie ulegnie zmianie odpowiednio do zmiany wysokości kosztów pracy ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia, o ile zmiana kosztów pracy wynika ze zmiany przepisów prawa dot. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Wprowadzenie przedmiotowych zmian wynagrodzenia możliwe będzie, jeżeli Wykonawca:

2.3.1. udowodni, że zmiana w.w. przepisów będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę,

2.3.2. wykaże, jaką część wynagrodzenia stanowią koszty pracy ponoszone przez Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia oraz jak zmiana przepisów wpłynie na wysokość tych kosztów. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wniesienia zastrzeżeń dotyczących wysokości kosztów pracy przedstawionych przez Wykonawcę. W szczególności Wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia na żądanie Zamawiającego kalkulacji kosztów składających się na wynagrodzenie wraz z dowodami potwierdzającymi ponoszenie poszczególnych rodzajów kosztów przez Wykonawcę.

Powyższe postanowienia umowne uzasadniają zarzuty podniesione w punkcie B. 4) *petitum* tj. Naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 142 ust. 5 ustawy p.z.p. w zakresie w jakim w § 16 punkcie 2.2. i 2.3. wzoru umowy wskazano zasady zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wypadek zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalanego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym.

Kształtowanie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, a także zasad jego ustalenia, oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym należy do ustawodawcy. Przepisy te mają charakter norm bezwzględnie obowiązujących, tym samym wprowadzenie wymogu udowodnienia, że wysokości bądź zasady te zostały zmienione jest postanowieniem sprzecznym z granicami swobody umów wyznaczonymi przez art. 353[1] k.c. Tego rodzaju ingerencja stron stosunku obligacyjnego w treść przepisów prawa jest więc niczym nie uzasadniona. A konieczność wykazywania faktów, które w



istocie stanowią notoryjność powszechną nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zamawiający konstruując treść SIWZ jest zobowiązany do dostosowania jej wymogów do treści obowiązującego prawa. Mając więc świadomość, że stawki minimalnego wynagrodzenia są waloryzowane rokrocznie, wie, że wymóg ten obligować będzie Wykonawcę do podwyższenia kwot wynagrodzenia za pracę pracowników, którzy otrzymują pensję minimalną. Taki fakt, zawsze wpływać będzie na wysokość kosztów związanych ze świadczonymi usługami, bowiem Wykonawca jest zobligowany do spełnienia wymogów zatrudnienia związanych z realizacją usługi. Powyższe argumenty są również aktualne do zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym. Przerzucenie zaś na Wykonawcę obowiązku udowodnienia wpływu zmian na koszty realizacji usługi jest wymogiem sprzecznym z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, bowiem Wykonawca jest zobligowany przy świadczeniu usług do informowania Zamawiającego o wszystkich zmianach w zakresie stosunków pracy pracowników, za pomocą których świadczy usługi. Ciężar ten zostaje wypełniony w chwili przedstawienia informacji o zmianach zasad wynagradzania lub podlegania ubezpieczeniom społecznym, a żądanie dodatkowych dowodów dla uzasadnienia powyższych zmian jest nieuzasadnione.

Ponadto w § 16 punkcie 4) określił następujące podstawy zmiany w zakresie innych postanowień:

- a) *zmiana osób odpowiedzialnych za wykonanie zadania ze Strony Wykonawcy i Zamawiającego. Zamawiający dokona zmiany osób ma uzasadniony, udokumentowany wniosek strony gdy osoba odpowiedzialna będzie spełniać wymogi określone w SIWZ*
- b) *Zmiana osób wskazanych do realizacji umowy, pod warunkiem, że osoby te będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę oraz spełniają warunki określone w SIWZ, na podstawie przekazanych informacji w formie pisemnej, bez konieczności aneksowania umowy.*

**Powyższe ukształtowanie postanowień Umowy uzasadnia zarzut określony w pkt B. 5) petitum tj. naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zakresie, w jakim w § 16 punkcie 4) wzoru umowy określono możliwość zmiany pozostałych postanowień umowy na wypadek wystąpienie obiektywnych przesłanek, co nie spełnia określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p. warunków zastrzeżenia umownej możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne, które to postanowienia winny być jednoznaczne i precyzyjnie określać tak zakres zmian, jak i warunki ich wprowadzenia.**

W odniesieniu do określonego powyżej zarzutu odwołania wskazać należy, że stosownie do regulacji art. 144 ust. 1 pkt 1) ustawy p.z.p.

„Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian”.



Wyżej wskazane wytyczne, co do konstrukcji umownej klauzuli zmiany umowy o zamówienie publiczne, dla zastrzeżenia jej skuteczności, wymagają, aby zamawiający po pierwsze precyzyjnie określili możliwość przesłanki zmiany tj. precyzyjnie wskazali okoliczności faktyczne, których zaistnienie uprawniać będzie zamawiającego do zmiany umowy o zamówienie publiczne. Dalej zamawiający obowiązani są precyzyjnie wskazać jakiego rodzaju zmiany umowy (np. zmiana terminu realizacji zamówienia publicznego, zmiana sposobu realizacji przedmiotu zamówienia publicznego) będą możliwe do wprowadzenia przy ziszczeniu się określonych okoliczności faktycznych. W treści wzoru umowy opublikowanego przez Zamawiającego w paragrafie 16 punkcie 4) umowy określono zaś możliwość zmiany pozostałych postanowień umowy na wypadek wystąpienia obiektywnych przesłanek. Tak określona klauzula umowne zmiany umowy o zamówienie publiczne nie może zostać uznana za skonstruowaną prawidłowo tj. zgodnie z wytycznymi określonymi w art. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p., co czyni niniejszy zarzut w pełni uzasadnionym.

3. W § 17 wzoru umowy zamawiający zawarł szczegółowe postanowienia dotyczące prawa odstąpienia od umowy, a wśród nich m.in.

*Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy:*

1.1. *W przypadku zaprzestania działalności Wykonawcy – w terminie 30 dni od dnia otrzymania informacji o zaprzestaniu działalności.*

1.2. *Gdy Wykonawca nie rozpoczął wywozu odpadów zgodnie z obowiązującymi Harmonogramami do 3 dni od dnia rozpoczęcia świadczenia usług odbierania odpadów z terenu miasta zgodnie z § 3 umowy lub ich nie kontynuuje bez uzasadnionych przyczyn, pomimo wezwania złożonego na piśmie przez Zamawiającego z wyznaczeniem terminu do rozpoczęcia lub kontynuacji usługi; odstąpienie od umowy może nastąpić wówczas do 30 dni od bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego Wykonawcy przez Zamawiającego do rozpoczęcia lub kontynuacji usługi w wezwaniu przesyłanym drogą pocztową i/lub faxem i/lub mailem. (...)*

**Postanowienia te w pełni uzasadniają zarzut postawiony w punkcie B. 6) *petitum* tj. naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art.746 k.c. poprzez zastrzeżenie w § 17 umowy prawa odstąpienia od umowy, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia publicznego, co do zasady stanowi umowę zlecenia w rozumieniu przepisów ustawy kodeks cywilny, zaś do umowy zlecenia odpowiednio stosuje się przepisy o wypowiedzeniu umowy nie zaś o odstąpieniu od umowy, które to sposoby rozwiązania umowy mają odmienny charakter i znajdują zastosowanie do odmiennych rodzajów umów.**

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, którym jest świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów. Przedmiotowe usługi zaś, niewątpliwie, zakwalifikować należy jako rodzaj umowy zlecenia, która to umowa należy do tzw. umów starannego działania. W odniesieniu do tychże umów zaś nie znajduje zastosowania konstrukcja odstąpienia od umowy, którą zastosował zamawiający, a wypowiedzenia umowy. Prawodawca w ramach szerokiego pojęcia, jakim jest pojęcie rozwiązania umowy rozróżnia



zaś instytucję odstąpienia od umowy od instytucji wypowiedzenia umowy, które znajdują zastosowanie do innego rodzaju stosunków prawnych. W niniejszej sprawie, jak wyżej zaś, Zamawiający błędnie przyjął, iż uprawniony byłby do skorzystania z konstrukcji odstąpienia od umowy, podczas gdy w odniesieniu do rzeczonoego stosunku prawnego możliwe jest wyłącznie zastosowanie konstrukcji wypowiedzenia umowy. W tym stanie rzeczy, Odwołujący, jak w petitum, wnosi o nakazanie odpowiedniej zmiany treści postanowień umowy i dostosowanie jej do charakteru stosunku prawnego, jaki objęty jest przedmiotem zamówienia publicznego, którego dotyczy Postępowanie.

W tym stanie rzeczy, odwołujący wnosi jak w petitum

\*\*\*

**A.d. III. Występowanie warunków szczególnych związanych z epidemią COVID-19 w dacie ogłoszenia o zamówieniu publicznym, w tym regulacji szczególnych dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów.**

Dnia 8 marca 2020 r. w życie weszła ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej również jako „ustawa COVID-19”). Dnia 14 marca 2020 r. na terenie Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszony został stan zagrożenia epidemicznego związanego z wirusem SARS-COV-2 wywołującym chorobę COVID-19. Następnie dnia 20 marca 2020 r. ogłoszono stan epidemii związany z ww. wirusem i wywoływaną nią choroba (dalej również jako: „koronawirus”). Dnia 31 marca 2020 r. w życie weszła ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (dalej również jako „Tarcza antykryzysowa”). Dnia 24 czerwca 2020 r. w życie weszła ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o opłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, która znowelizowała przepisy ustawy COVID-19, w zakresie, w jakim ustanawiają szczególne warunki realizacji umów o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyżej wskazane regulacje prawne wprowadzają szereg rozwiązań o charakterze szczególnym, które dotyczą nie tylko umów związanych z realizacją zamówienia publicznego, ale także ściśle sposobu świadczenia usług z zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, które stanowią przedmiot zamówienia, którego dotyczy Postępowanie.

Wśród przepisów szczególnych należy wskazać:

- Art. 15r ustawy COVID-19, zgodnie z treścią którego:  
*„1. Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte*





wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- 2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- 3) poleceń wydanych przez wojewodów lub decyzji wydanych przez Prezesa Rady Ministrów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1 i 2;
- 4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- 5) okoliczności, o których mowa w pkt 1-4, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

2. Każda ze stron umowy, o której mowa w ust. 1, może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy.”

➤ Art. 15r<sup>1</sup> ustawy COVID-19, zgodnie z treścią którego:

„1. W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

(...)

3. W przypadku gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie, o którym mowa w ust. 1, zamawiający nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia, o którym mowa w tym przepisie, o ile wykonawca, na 14 dni przed upływem ważności tego zabezpieczenia, każdorazowo przedłuży jego ważność lub wniesie nowe zabezpieczenie, którego warunki zostaną zaakceptowane przez zamawiającego.

4. W przypadku gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie między 91. a 119. dniem po odwołaniu stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, termin ważności tego zabezpieczenia przedłuża się, z mocy prawa, do 120. dnia po dniu odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19.





5. *Obliczając terminy, o których mowa w ust. 1-4, dzień odwołania ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19 wlicza się do tych terminów.*

➤ Art. 15vb ustawy COVID-19, zgodnie z treścią którego:

„ 1. *Do zamówień publicznych udzielanych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych stosuje się przepisy tej ustawy dotyczące umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem ust. 2-8.*

2. *Zamawiający płaci wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy w sprawie zamówienia publicznego, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.*

3. *W przypadku, o którym mowa w ust. 2:*

1) *zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za wykonanie poszczególnych jej części; procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy;*

2) *zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.*

4. *W przypadku, o którym mowa w art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zamawiający może wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 50% wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.*

5. *Zabezpieczenie należytego wykonania umowy ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.*

6. *Zabezpieczenie należytego wykonania umowy można ustalić w wysokości większej niż określona w ust. 5, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

7. *Zamawiający może dokonać częściowego zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy po wykonaniu części zamówienia, jeżeli przewidział taką możliwość w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

8. *Do zamówień, o których mowa w art. 131a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, nie stosuje się przepisów ust. 2 i 3.*”

W treści dokumentacji wytworzonej na użytek niniejszego postępowania Zamawiający zastrzegł:

– W treści SIWZ:

1) w punkcie XVIII. *Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy*

1. *Informacje ogólne.*

*Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.*



2. Wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
- 2.1. Zamawiający ustala zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w wysokości 10% ceny całkowitej (brutto) podanej w ofercie.
- 2.2. Wybrany Wykonawca zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania przed podpisaniem umowy.
- 2) w punkcie XXV określił, że Zamawiający nie przewiduje możliwości udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia.
- W treści wzoru umowy w § 16 zastrzegł:
- 1) **Zmiany w zakresie realizacji przedmiotu umowy, w następstwie: (...)**
- 1.3. zmiany w zakresie sposobu, częstotliwości, zakresu wykonania usługi według SIWZ, w następstwie stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy, zamawiający, w uzgodnieniu z wykonawcą, odpowiednio zmienia/ lub może dokonać zmiany umowy w zakresie sposobu, częstotliwości, zakresu wykonania prac.
- 2) **Zmiany wysokości wynagrodzenia, w następstwie: (...)**
- 2.5. zmiany wykonywania usługi z uwagi na niemożliwe do przewidzenia w dacie sporządzania oferty dodatkowe, nieprzewidziane koszty w związku z COVID-19. Wynagrodzenie ulegnie zmianie odpowiednio o udokumentowane dodatkowe koszty niemożliwe do przewidzenia w dacie sporządzania oferty powstałe w wyniku wprowadzonych przez państwo dodatkowych obostrzeń generujących wzrost kosztów wykonania przedmiotowej usługi.
- 3) **Zmiany w zakresie terminu wykonania, w następstwie: (...)**
- 3.5. Zmiany terminu w związku z okolicznościami związanymi z wystąpieniem COVID-19. Zamawiający odpowiednio do powstałych okoliczności i udokumentowanego wpływu na termin umowy może dokonać jego zmiany.

Ponadto zgodnie z postanowieniami § 11 wzoru umowy:

- 2.2. Po upływie 90 dni od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, Wykonawca upoważnia Zamawiającego do potrącenia należnych kar z przedłożonej do zapłaty faktury za dany lub kolejny miesiąc. W przypadku braku pokrycia nałożonych kar w kwocie pozostałej do zapłaty, Wykonawca zobowiązany jest do uregulowania kary lub jej niepotrąconej części w terminie 14 dni od dnia nałożenia.

W tym stanie faktycznym uzasadniony jest zarzut podniesiony w punkcie C. 7) *petitum* tj. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 15 i 16 p.z.p. w zw. 139 ust. 1 p.z.p w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 15, 15r<sup>1</sup> oraz 15vb ustawy COVID-19.



Zamawiający, chociaż w pełni nie pominął wymogów nałożonych na zamawiających publicznych przepisami art. 15, 15r<sup>1</sup> oraz 15vb, to jednak uwzględnił wyłącznie niektóre z postanowień w/w przepisów, a w pozostałym zakresie nie dopełnił wymogów nałożonych przepisami tej ustawy.

Konstruując opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy o zamówienie publiczne, Zamawiający dopuścił się naruszeń, tj. uregulował warunki kontraktowe w sposób z sprzecznym z przywołanymi powyżej przepisami szczególnymi ustawy COVID-19.

W punkcie XXV, Zamawiający zastrzegł, że nie przewiduje możliwości udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia, podczas gdy zgodnie z art. 15vb ust. 2 ustawy COVID-19 Zamawiający obowiązany jest do wypłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy w sprawie zamówienia publicznego, lub do udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Zgodnie zaś z postanowieniami SIWZ termin świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych został określony od 1 października 2020 r. do 31 grudnia 2021 r., a więc przekracza okres 12 miesięcy.

Ponadto Zamawiający nie uwzględnił nowych regulacji dotyczących zabezpieczenia realizacji kontraktu. W punkcie XVIII. SIWZ nie uwzględnił okoliczności związanych z obowiązującym zakazem dochodzenia zaspokojenia przez Zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia, stosownie do postanowień art. 15r<sup>1</sup> ust. 3-5 ustawy COVID-19. Ponadto, zastrzeżona w punkcie XVIII 2.1. SIWZ wysokość kwoty zabezpieczenia wynosi 10%, zgodnie zaś z treścią art. 15vb ust. 6 ustawy COVID-19, w takiej sytuacji Zamawiający obowiązany jest do uzasadnienia swojej decyzji, o zastrzeżeniu takiej wysokości zabezpieczenia. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie odniósł się w treści SIWZ w żaden sposób do wysokości zastrzeżonego zabezpieczenia, tym samym należy stwierdzić, że zastrzeżona kwota zabezpieczenia pozostaje w sprzeczności z przepisami obowiązującego prawa. W treści wzoru umowy, stanowiącego integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający bowiem pominął całkowicie ukształtowanie obowiązków notyfikacyjnych związanych z wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy przez Wykonawcę.

Jak wskazano powyżej, aktualnie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wprowadzony został stan epidemii COVID-19. Okoliczność ta w sposób istotny wpływa tak na możliwość, jak i sposób realizacji usług. Podkreślić należy, że na obecnym etapie epidemia COVID-19 jednocześnie przestała dla storn umowy stanowić zdarzenie nagłe i nieprzewidywalne, jednocześnie jednak nie jest aktualnie możliwy do przewidzenia wpływ epidemii na dalszą rzeczywistość, w tym gospodarczą, długotrwałość trwania stanu epidemii, a także zakresu zmian restrykcji związanych z epidemią. Okoliczności jednakże nadal pozostają niemożliwe do przewidzenia, a Zamawiający powinien umożliwić wykonawcom dostosowanie umowy do rzeczywistości społecznej i gospodarczej, z jaką możemy mieć do czynienia wskutek aktualnego stanu epidemicznego. Odwołujący podkreśla, że nawet uwzględniając okoliczność, iż wykonawcy, jako profesjonaliści, obowiązani są do bieżącego śledzenia sytuacji, w tym gospodarczej i społecznej, to na dzień składania niniejszego odwołania nawet władze państwowe nie



potrafią określić wejścia w życie wszystkich etapów odmrażania gospodarki, ponadto wskazując na istotne ryzyko nawrotu poszczególnych obostrzeń w okresie jesiennym, z uwagi na przewidywany nawrót ilości zachorowań w tym okresie. W tym stanie rzeczy, nieuwzględnienie powyższego przez Zamawiającego jest w ocenie Odwołującego sprzeczne z określonymi w ustawie p.z.p. zasadami opisu przedmiotu zamówienia, który powinien przewidywać sposób jego realizacji, jednakże przy uwzględnieniu faktycznych warunków w jakich będzie on realizowany, nie zaś *in abstracto*.

W tym stanie rzeczy, Odwołujący, jak w petitum, wnosi o nakazanie odpowiedniej zmiany treści SIWZ oraz postanowień wzoru umowy i dostosowanie tychże dokumentów do charakteru stosunku prawnego, jaki objęty jest przedmiotem zamówienia publicznego, którego dotyczy Postępowanie.

## **II. Interes prawny do wniesienia odwołania**

Jak wynika z treści art. 179 ust. 1 p.z.p., prawo do wniesienia odwołania na czynności lub zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 października 2019 r. (KIO 1993/19): „W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty-zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.”.

Z powyższego jasno wynika, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego Odwołania. Zauważyć należy bowiem, że Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, ponadto na terenie województwa, obejmującym zakres świadczeń, którego Postępowanie to dotyczy. Przystępujący posiada doświadczenie, a także niezbędny potencjał tak techniczny, jak i ludzki, do realizacji przedmiotu takiego zamówienia.

\*\*\*

Mając na względzie powyższe, jak w petitum niniejszego Odwołania, Odwołujący wnosi w przypadku uwzględnienia zarzutów opisanych w punktach 1-13) Odwołania o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ oraz wzorze umowy.



---

**podpis**

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz wydrukiem informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
- 2) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 3) Dokumenty wymieniane w treści odwołania:

- [1] Ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 12.08.2020 r.
- [2] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz Wzór Umowy
- [3] Odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 30 lipca 2020 r.(ORI.1431. 1. 132. 2020)
- [4] Spółka odpadowa wypowiedziała miastu umowę – źródło: <https://nettg.pl/news/163943/spolka-odpadowa-wypowiedziala-miastu-umowe>
- [5] Artykuł Prasowy – Chorzów. Alba zrywa umowę na wywóz odpadów. Stawki za śmieci mogą wzrosnąć. – źródło: <https://katowice.gosc.pl/doc/6157611.Chorzow-Alba-zrywa-umowe-na-wywoz-odpadow-Stawki-za-smieci-moga>
- [6] Artykuł Prasowy – Chorzów – jest porozumienie z firmą Alba. Wywóz odpadów zabezpieczony – źródło: <https://www.portalsamorzadowy.pl/gospodarka-komunalna/chorzow-jest-porozumienie-z-firma-alba-wywoz-odpadow-zabezpieczony,153675.html>
- [7] Protokół z postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki – RZP. 271.134.2020 r. (str. 3-4)
- [8] Protokół z postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki – RPZ. 271.134.2020 r. (str. 3-4)
- [9] Ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 25.05.2020 r.
- [10] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Chorzów”, nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.271.2020.
- [11] Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 8.06.2020r. BZP.217.36.2020.
- [12] Odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej – OR-I. 1431.133.2020, cz. I
- [13] Odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej – OR-I. 1431.133.2020, cz. II
- [14] Notatka służbowa sporządzona w dniu 28 maja 2020 r.
- [15] Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27 lipca 2020 r. - 2020/S 143-352087.
- [16] Wyciąg z platformy zakupowej Zamawiającego – na fakt braku ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego i nieudostępnieniu dokumentacji postępowania.
- [17] Ogłoszenie o wyniku postępowania - unieważnienie



- 4) Dowód wysłania Zamawiającemu kopii odwołania za pomocą poczty elektronicznej lub faksu.

Otrzymują:

- x Prezes Krajowej Izby Odwoławczej;
- 1 x Zamawiający;
- 1 x A/a.

