

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

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

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

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

www.schindhelm.com

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

Biurowiec:
Wrocław

Telefon:
0048 71 326 51 40

E-Mail:
wroclaw@sdzlegal.pl

Wrocław, dnia 3 czerwca 2020 r.

Odwołujący: **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład**
Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6A,
54-519 Wrocław, KRS: 0000014645
zastępowana przez r.pr. Katarzynę Skibę-Kuraszkiewicz,
adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Schampera, Dubis,
Zając i Wspólnicy sp. k., ul. Kazimierza Wielkiego 3,
50-077 Wrocław, tel.: (71) 3265140, fax: (71) 3265014,
e-mail: ksk@sdzlegal.pl, wroclaw@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Miasto Chorzów**, Rynek 1, 41-500 Chorzów, tel.: (32) 416
52 37, fax: (32) 4165640, e-mail: bzp@chorzow.eu

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.
*Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów
komunalnych powstających na nieruchomościach na
terenie Miasta Chorzów* (dalej jako „postępowanie”),
nr zamówienia publicznego: RZP.271.258.2020B

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Suplemencie do Dziennika
Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2020 r., pod numerem 2020/S
100-240961



ODWOŁANIE

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

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:

- 1) **naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie terminów realizacji zamówienia, w szczególności poprzez:
 - a) niejednoznaczne określenie terminu rozpoczęcia i zakończenia usługi,
 - b) określenie zbyt krótkiego terminu na zrealizowanie obowiązku podstawienia pojemników na odpady;
- 2) **naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert - skrócenia terminu podstawienia zestawów do segregacji w sytuacji, gdy do nie jest obiektywnie możliwe podstawienie w terminie 45 dni od podpisania umowy zestawów do segregacji przez wykonawców, innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie Zamawiającego, co świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) **naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję poprzez postawienie wymogu, aby Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) został przez wykonawcę zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 90 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że Wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował



skrócenie tego terminu do 60 dni, to w tym czasie) w sytuacji, gdy utworzenie PSZOK wymaga nie tylko wykonania szeregu czynności faktycznych, ale i pozyskania stosownych decyzji administracyjnych, przez co wymóg uruchomienia PSZOK najpóźniej w terminie 90 dni od podpisania umowy jest wymogiem niemożliwym do spełnienia dla wykonawców innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie Zamawiającego, co dodatkowo świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- 4) **naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert - czasu niezbędnego do utworzenia i uruchomienia PSZOK-SORCIK, przy czym, z uwagi na konieczność wypełnienia szeregu obowiązków administracyjno- prawnych, w szczególności uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych, nie jest obiektywnie możliwe utworzenie i uruchomienie PSZOK w terminie 60 dni przez wykonawców, innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie Zamawiającego, co świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) **naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób mogący naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez ocenę doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w sposób zawężający, nieadekwatny do celu, uwzględniający tylko określony system odbioru odpadów z pominięciem innych;
- 6) **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez określenie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;
- 7) **naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp** poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:
 - braku wskazania przez Zamawiającego minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia;
 - określenia, według jakich harmonogramów wywozu odpadów wykonawca będzie ostatecznie świadczył usługę oraz braku określenia jasnych zasad dokonywania zmiany harmonogramów



posiadanych przez Zamawiającego oraz skutków tych zmian (lub odpowiednio odmowy zmiany harmonogramu) na koszty wykonywania zamówienia;

Taki opis przedmiotu zamówienia jednocześnie wiąże się z przeliczeniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez Zamawiającego ilości koniecznych do realizacji zamówienia pojemników i worków na odpady czy zmian w sposobie realizacji zamówienia skutkujących koniecznością zmiany harmonogramów wywozu odpadów,

co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej i charakteru przyjętego modelu wynagrodzenia (brak osobnej ceny za podstawienie pojemników/dostarczenie worków i konieczność skalkulowania wszystkich kosztów i ryzyka w łącznej cenie za odbiór odpadów danej frakcji), ograniczonej możliwości zmiany umowy oraz licznych i wysokich kar umownych za niedochowanie wymogów SIWZ, co stanowi o naruszeniu art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 Pzp.

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

- 8) **naruszenie art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach** poprzez zaniechanie zobowiązania wykonawców do wskazania w ich ofertach instalacji lub odpowiednio miejsc zbierania wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

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

- 1) jednoznaczne i spójne we wszystkich dokumentach postępowania określenie daty rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług przez wykonawcę, w tym jednoznaczne określenie terminu zakończenia wykonania usługi i tym samym jednoznaczne określenie minimalnego okresu, w jakim usługa będzie przez wykonawcę wykonywana;
- 2) zmianę terminu na podstawienie przez wykonawcę pojemników na odpady poprzez wydłużenie tego terminu do 16. tygodni liczonych od dnia zawarcia umowy zarówno w przypadku pojemników na odpady zmieszane, jak i pojemników na odpady zbierane selektywnie;
- 3) wykreślenie z SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert, wskazanego w rozdziale XVI pkt 2.4. SIWZ (Skrócenie terminu podstawienia zestawów do segregacji) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;



- 4) zmianę terminu na zorganizowanie i uruchomienie PSZOK w ten sposób, że w zakreślonym przez Zamawiającego 90-dniowym terminie od podpisania umowy wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia wszelkich niezbędnych działań faktycznych (leżących po jego stronie) w celu organizacji PSZOK, a także do wystąpienia do właściwych organów administracji publicznej z wnioskiem o wydanie niezbędnych decyzji, pozwoleń i innych wymaganych aktów administracyjnych, bez konieczności ujmowania w tym terminie czasu niezbędnego na wydanie stosownych rozstrzygnięć przez właściwe organy administracji publicznej;
- 5) wykreślenie z SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XVI pkt 1.2. SIWZ (Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK-SORCIK) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;
- 6) zmianę warunków udziału w postępowaniu dotyczących badania i oceny doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie (rozdz. VI pkt 1.2.3.1 ppkt 1) lit b) SIWZ) poprzez wskazanie, że wykonawca winien dysponować następującym doświadczeniem:

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał (lub wykonuje) jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, obejmującą wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie:

- z minimum 350 punktów odbioru odpadów lub
- w ilości 4000 Mg odpadów typu tworzywa sztuczne, szkło i papier lub
- z co najmniej 2 000 sztuk pojemników,

w czasie świadczenia nie krótszym niż 10 kolejnych miesięcy (musi być zachowana ciągłość usługi) wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

- 7) uzupełnienie przewidzianych dotychczas przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o podstawę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp;
- 8) wskazanie w SIWZ minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia;
- 9) jednoznaczne określenie w SIWZ, że wykonawca będzie zobowiązany do realizowania usługi według harmonogramów wywozu odpadów załączonych do SIWZ, poprzez zapewnienie, że harmonogramy, które zgodnie z rozdz. III pkt 9.1. SIWZ zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 7 dni, licząc od dnia podpisania umowy nie będą zawierały odmiennych założeń od



tych, które wynikają z harmonogramów załączonych do SIWZ, oraz dopuszczenie możliwości jednostronnej zmiany przez wykonawcę lub zmiany w drodze aneksu do umowy posiadanych przez Zamawiającego harmonogramów wywozu odpadów w sytuacji, gdy zmiana tych harmonogramów będzie konieczna dla należytego wykonania umowy, a będzie skutkiem okoliczności od wykonawcy niezależnych (np. zwiększenie ilości wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości odpadów, zwiększenie ilości obsługiwanych nieruchomości, zmiany rodzaju lub wielkości pojemników) lub będzie wynikała ze zmian w sposobie realizacji zamówienia dokonanych przez Zamawiającego (np. zmian w zakresie częstotliwości odbioru odpadów), przy czym każdorazowa zmiana harmonogramów (zaistniała z przyczyn od wykonawcy niezależnych) lub odmowa zmiany harmonogramów przez Zamawiającego mimo zaistnienia takiej sytuacji, skutkująca koniecznością zwiększenia przez wykonawcę ilości pojazdów i/lub osób realizujących zamówienie, winna skutkować możliwością równoczesnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (w szczególności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy o wysokość dodatkowych kosztów ponoszonych na skutek konieczności odbioru odpadów według innych harmonogramów niż te, na podstawie których nastąpiła wycena oferty lub zapewnienia dodatkowych pojazdów i/lub osób przy braku zmiany harmonogramów), co Zamawiający winien przewidzieć jako jedną z podstaw do zmiany umowy;

- 10) zmianę pkt 2 Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ poprzez nakazanie wykonawcom wskazania instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których wykonawca będzie przekazywał odebrane odpady komunalne, z równoczesnym dopuszczeniem możliwości wskazania - w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych – w miejsce instalacji podmiotu zbierającego te odpady.

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

Termin

Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2020 r., pod numerem 2020/S 100-240961, Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych*



powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Chorzów, nr zamówienia publicznego: RZP.271.258.2020B.

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

Interes

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *„na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...).”* (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1691/12; KIO 1704/12). Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy lub niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, nieprawidłowe opisanie warunków udziału w postępowaniu kryteriów oceny ofert powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia.

UZASADNIENIE

I. Terminy realizacji zamówienia

1. Rozpoczęcie i zakończenie świadczenia usługi

Na wstępie Odwołujący zwraca uwagę na niejednoznaczne i sprzeczne określenie dat rozpoczęcia i zakończenia świadczenia przez wykonawcę usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w poszczególnych dokumentach składających się na SIWZ.

Zgodnie z zapisami rozdziału V pkt 19 SIWZ świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i mieszanych na terenie Chorzowa (z uwzględnieniem zapisów zawartych w SIWZ) ma nastąpić



od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2021 r.

Tymczasem, według §3 ust. 1 projektu umowy: (...) umowa zostaje zawarta na czas określony od dnia zawarcia do dnia 31.12.2021 r., przy czym świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Chorzów obowiązuje od 01.08.2020 r. do 31.12.2021 r.

Po stronie Odwołującego powstaje więc wątpliwość co do momentu rozpoczęcia świadczenia usługi w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych. Czy nastąpi on już w chwili podpisania umowy, który również jest terminem niedookreślonym przez Zamawiającego, czy też w dniu 1 sierpnia 2020 r.? To z kolei rodzi dalsze pytania dotyczące przede wszystkim realnej możliwości rozpoczęcia świadczenia usługi już w dniu podpisania umowy, co (zakładając bardzo sprawne przeprowadzenie postępowania) mogłoby nastąpić w drugiej połowie lipca 2020 r. Stan niepewności wykonawcy pogłębiają także zapisy § 3 ust. 2 wzoru umowy, w których mowa jest m. in. o tym, że wykonawca do 7 dni od dnia podpisania umowy zapewni, by Zamawiający widział w systemie rejestrującym lokalizacje GPS zapisy tras wszystkich pojazdów Wykonawcy używanych do realizacji umowy na portalu mapowym. Po co wprowadzać taki zapis, gdyby data podpisania umowy nie miała być datą rozpoczęcia świadczenia usługi – przecież wykonawca nie może obiektywnie zapewnić widoczności tras przejazdu samochodów wykonywujących usługę po podpisaniu umowy, jeśli usługa w tym okresie nie będzie świadczona.

Niepewność po stronie Odwołującego wywołuje jednak nie tylko sposób określenia początkowej daty rozpoczęcia świadczenia usługi, ale także jej termin końcowy. Pomimo tego, że zarówno zapisy SIWZ, jak i projektu umowy zdają się wskazywać, że datą końcową świadczenia usługi będzie dzień 31 grudnia 2021 r., to jednak zgodnie z brzmieniem formularza ofertowego wykonawca ma zaoferować realizację zamówienia w okresie od 1 sierpnia 2020 r., ale maksymalnie do dnia podpisania umowy z nowym wykonawcą wyłonionym w przetargu nieograniczonym, jednak nie dłużej niż do 31.12.2021 r., zgodnie z SIWZ i wypełnionym załącznikiem 1A.

Przy tak określonej dacie końcowej realizacji zamówienia wykonawca nie wie *de facto*, na jaki okres świadczenia usługi powinien kalkulować swoją ofertę. Umowa nie jest zawarta na określonej liczbie miesięcy, nie wskazuje też minimalnego okresu realizacji umowy. Wykonawca



może oczywiście zakładać, że czas ten nie będzie dłuższy niż do końca 2021 r., jednak nie ma wiedzy na temat minimalnego okresu, na jaki zawarta ma być umowa, co z kolei ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia kalkulowania przez niego ceny ofertowej. Zwraca się bowiem uwagę, że literalne brzmienie zapisu formularza ofertowego wskazuje, że okres ten nie może być dłuższy niż 31 grudnia 2021 r., ale nie wiadomo już, jak krótki może być. Nowy wykonawca może przecież zostać wybrany po 12 miesiącach od wyboru wykonawcy w ramach niniejszego postępowania, ale równie dobrze może to nastąpić jeszcze szybciej, co wiązałoby się ze znacznym skróceniem okresu realizacji umowy. Takie wątpliwości uniemożliwiają więc wykonawcom należyte skalkulowanie ich ofert i ogólną analizę zasadności złożenia oferty w postępowaniu (skoro wykonawca musi też zorganizować PSZOK), bowiem pewne koszty, w tym przede wszystkim koszty stałe, koszty podstawienia pojemników, rozkładane są na cały okres realizacji umowy i koszty te kalkuluje się w cenie za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów poszczególnych frakcji. Oczywistym jest zatem, że okres, na jaki zawarta ma być umowa, ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia ceny, jaką za świadczenie usługi zaoferuje wykonawca.

W celu umożliwienia wykonawcom należytego skalkulowania ofert, Zamawiający powinien więc doprecyzować i ujednoczyć terminy realizacji usług w dokumentacji przetargowej.

2. Terminy na podstawienie pojemników

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

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

- 5. do 7 dni od dnia podpisania umowy – podstawić pojemniki na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,*



6. do 90 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że Wykonawca skrócił ten czas w swojej ofercie do 45 dni, to do tego czasu) – podstawić pojemniki do segregacji odpadów.

W ocenie Odwołującego zarówno 7-dniowy termin na podstawienie pojemników na zmieszane odpady komunalne, jak i 90-dniowy termin na podstawienie pojemników do segregacji odpadów są zbyt krótkie i nie są możliwe do zachowania przez wykonawcę, który nie realizował uprzednio zamówienia. Chcąc rozstawić tak dużą ilość wymaganych pojemników, wykonawca musi bowiem wcześniej dokonać ich zakupu, co wiąże się z czasem oczekiwania na realizację zamówienia. Należy mieć przy tym na uwadze, że w kraju nadal ogłoszony jest stan epidemii, co wpływa także na działalność dostawców i producentów pojemników na odpady. Odwołujący przeprowadził w tym zakresie analizę rynku i według jego wiedzy nie jest możliwy zakup pojemników w tak krótkim czasie. Trudno oczekiwać, przy szacowanej ilości wymaganych pojemników, by wykonawca pojemnikami w takiej ilości dysponował przed zawarciem umowy (np. miał je jako zapasy magazynowe). Także podjęcie działań w celu odkupienia od innego wykonawcy pojemników używanych i dostosowania ich do wymogów SIWZ jest czynnością czasochłonną, wykraczająca poza ten czas. Oczywistym jest również to, że nie jest możliwe fizyczne rozstawienie wszystkich pojemników w ciągu jednego czy nawet kilku dni, co tym bardziej uzasadnia niniejszy zarzut. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z zapisami rozdziału III SIWZ pkt 4.8. wykonawca jest dodatkowo zobowiązany do wystąpienia (we własnym zakresie) do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp. w celu możliwości realizacji przedmiotowej umowy, jeżeli wystawienie pojemników do godz. 6:00 rano w dniu harmonogramowego odbioru odpadów nie jest możliwe ze względu na specyfikę zwartej zabudowy, przy czym Zamawiający przekaze Wykonawcy w dniu podpisania umowy pełną listę nieruchomości objętych harmonogramami, wraz z danymi kontrahentów, którzy zarządzają poszczególnymi nieruchomościami. Dopiero więc od tego momentu wykonawca będzie mógł rozpocząć działania mające na celu realizację przedmiotowego obowiązku.

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



przedsiębiorcy względem pozostałych, co potwierdza zasadność domagania się przez Odwołującego wydłużenia tych terminów.

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

Podobnie, w wyroku z dnia 8 października 2018 r. Izba uzasadniała nakazanie wydłużenie „okresu przygotowawczego”, w którym wykonawca miał m.in. podstawić pojemniki w



następujący sposób: „Izba wskazuje, że nowy wykonawca będzie zobligowany pozyskać pojemniki na potrzeby niniejszego postępowania, bądź w drodze zakupu nowych pojemników lub też przez odkupienie "używanych" od dotychczasowego wykonawcy realizującego zamówienie. Rację ma Odwołujący twierdząc, że oba sposoby pozyskania pojemników są czynnościami wymagającymi czasu dłuższego niż miesiąc. Zaprezentowane twierdzenia znajdują oparcie w materiale dowodowym w postaci ofert handlowych, przedstawionych przez Odwołującego. Z ich treści jednoznacznie wynika, że zakup nawet przybliżonej ilości pojemników jakiej wymaga realizacja zamówienia przekracza okres jednego miesiąca, a w niektórych przypadkach sięga nawet 20-22 tygodni. Istotnym jest, że niezależnie od tego czy są to pojemniki nowe, czy pojemniki używane to muszą one spełniać wymagania SIWZ, a więc posiadać odpowiednie oznakowanie. Uwzględniając zakres przedmiotowego zamówienia za czasochłonny należy uznać także sam proces rozstawienia odpowiednich pojemników w MGO z czym wiąże się konieczność ich dostarczenia i odpowiedniego rozmieszczenia w każdym z MGO.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1878/18, KIO 1879/18, KIO 1880/18, LEX nr 2575477).

II. Skrócenie terminu podstawienia zestawów do segregacji, jako kryterium oceny ofert

Argumenty wskazane w pkt I, odnoszące się do niemożliwych do zachowania terminów na podstawienie pojemników na odpady należy także odnieść do jednego z kryteriów oceny ofert. W rozdziale XVI pkt 2.4. SIWZ Zamawiający przewidział, jako pozacenowe kryterium oceny ofert - skrócenie terminu podstawienia zestawów do segregacji, któremu nadał wagę aż 20%. Jak już to było wskazywane, Zamawiający założył w niniejszej SIWZ, że Wykonawca podstawia wszystkie zestawy do segregacji odpadów w terminie do 90 dni od dnia podpisania umowy. Jeżeli wykonawca w formularzu ofertowym skróci ten czas do 45 dni od dnia podpisania umowy wówczas w tym kryterium oceny ofert Zamawiający przyzna takiej ofercie dodatkowe 20 punktów. Zamawiający zastrzegł również, że nie przyzna żadnego punktu za czas podstawienia wszystkich zestawów do segregacji wykraczający poza 45 dni od dnia podpisania umowy. Maksymalny czas na podstawienie zestawów to 90 dni.

Mając na uwadze powyższy opis pozacenowych kryteriów oceny ofert, w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2013 r., że jakkolwiek zamawiający ma prawo nabyć przedmiot odpowiadający jego potrzebom, spełniający cechy i wyposażony w funkcjonalności pozwalające na realizację jego celów, nie oznacza to jednak, że



dopuszczalne jest kierowanie się przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia (ale także kształtowanie oczekiwań pożądaných, wyrażających się w kryterium jakościowym), subiektywnymi przesłankami. *Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zobligowany jest do respektowania zasad rządzących postępowaniem, w tym fundamentalnej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Powyższe nakłada na Zamawiającego obowiązek wyjątkowo wyważonego, starannego opracowania opisu przedmiotu zamówienia, jak i parametrów, cech i właściwości ocenianych w ramach przyjętego kryterium jakościowego.* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 418/13, LX nr 1298006).

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 Pzp kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, w szczególności do jakości, aspektów środowiskowych. **Jak wynika z treści tego przepisu, celem oceny Zamawiającego powinno być promowanie rozwiązań, sposobu wykonania zamówienia, zapewniających w porównaniu z innymi najwyższą wartość dodaną. Jednocześnie przy ustalaniu kryteriów oceny ofert Zamawiającego obowiązuje również zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.** Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, to Zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert, kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach. Jednakże określone przez Zamawiającego kryteria oceny oferty, w szczególności ich waga, winny odnosić się w odpowiednich proporcjach do przedmiotu zamówienia i uwzględniać jego specyfikę. **Oznacza to, że Zamawiający mimo że posiada daleko idącą swobodę w zakresie doboru kryteriów, to jednak nie może stosować dowolnych i nieuzasadnionych specyfiką zamówienia kryteriów oceny ofert, a także kształtować ich wagi na przesadnie wysokim poziomie w celu preferencji konkretnych wykonawców.**

Tymczasem z taką właśnie sytuacją, kiedy pozacenowe kryteria oceny ofert, zamiast służyć wyborowi rzeczywiście najkorzystniejszej oferty, pozwalają na preferowanie konkretnych wykonawców, mamy do czynienia przy okazji przedmiotowego kryterium - skrócenia terminu podstawienia zestawów do segregacji. Wyłącznie wykonawca, który obecnie świadczy usługę, którego pojemniki są już rozstawione na nieruchomościach i nie musi dokonywać ich zakupu (co było wykazywane powyżej), będzie mógł zadeklarować skrócenie terminu podstawienia zestawów do segregacji z 90 do 45 dni. Powyższe prowadzi więc do niedozwolonego uprzywilejowania jednego przedsiębiorcy względem pozostałych i godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.



Warto przy tym zaznaczyć, że niezależnie od tego, czy wykonawca zaoferuje tu 45. czy 90. dni na podstawienie pojemników, przez pierwszy okres realizacji usługi wykonawca będzie wykonywał usługę odbioru odpadów z pojemników dostarczanych przez inny podmiot. Nie jest więc tak, że wprowadzenie tego kryterium ma np. zapobiec przerwaniu ciągłości świadczenia usługi, ma zabezpieczyć mieszkańców. Zamawiający niezależnie od tego, co zostanie w tym kryterium zadeklarowane i tak będzie musiał we własnym zakresie zapewnić ciągłość wyposażenia mieszkańców w pojemniki. Nie ma więc żadnego racjonalnego uzasadnienia dla wprowadzenia takiego kryterium oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, podniesiony na wstępie zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp jest w pełni zasadny i kryterium to powinno zostać wykreślone z SIWZ.

III. Organizacja PSZOK

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

5.1.1. Lokalizacja PSZOK-SORCIK musi być na terenie miasta Chorzów, w miejscu łatwo dostępnym dla mieszkańców, o minimalnej powierzchni działki 700 m². Zaproponowany przez Wykonawcę teren musi być zaakceptowany przez Zamawiającego.

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

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

5.1.4. (...)

5.1.5. (...)

5.1.6. *Minimalne wyposażenie Punktu:*

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



5.1.6.2. Jeżeli zajdzie taka konieczność, Wykonawca jest zobowiązany do odnowienia kontenerów/pojemników np. poprzez ich pomalowanie. Czas na wykonanie tej czynności to 7 dni roboczych od dnia przesłania Wykonawcy pisemnego polecenia Zamawiającego na adres e-mail Wykonawcy lub za pośrednictwem tabeli zgłoszeń. Koszt odnowy kontenerów/pojemników Wykonawca musi uwzględnić w swojej ofercie.

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

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

5.1.7. Czas działania Punktu:

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

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

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

(...)

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

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

5.2.2. Powierzchnia terenu: 3057 m².

5.2.3. Koszt miesięcznej dzierżawy terenu od Miasta Chorzów: 1 987,05 zł netto + 23% podatku VAT (0,65 zł/m² x 3057 m²).

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

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

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

Spełniający wszystkie wymogi określone w rozdziale III ust. 5 OPZ PSZOK powinien zostać zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 90 dni od dnia podpisania



umowy (chyba, że Wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował skrócenie tego terminu do 60 dni, to w tym czasie), przy czym jak podkreśla Zamawiający: *w termin ten należy wliczyć uzyskanie wszelkich zgłoszeń, pozwoleń, decyzji zezwalających na prowadzenie Punktu, w tym również zawarcie umowy dzierżawy terenu w przypadku korzystania z terenu wskazanego przez Zamawiającego w rozdz. III pkt. 5.2 SIWZ. Etap obejmuje również oznakowanie PSZOK zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Uruchomienie i oznakowanie PSZOK zostanie potwierdzone sporządzeniem protokołu odbioru etapu podpisanego przez umocowanych przedstawicieli Stron.*

Za niespełnienie powyższego wymogu w §11 ust. 2.1.26 Zamawiający przewidział dla wykonawcy dotkliwą karę umowną: *w wysokości 50 000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w utworzeniu i uruchomieniu Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych PSZOK-SORCIK w stosunku do terminu określonego w formularzu ofertowym Wykonawcy. Kara będzie naliczana za każdy dzień opóźnienia od dnia zawarcia umowy do dnia uruchomienia PSZOK-SORCIK.*

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

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

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



W literaturze przedmiotu podkreśla się, że PSZOK musi spełniać standardy sanitarne, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650 ze zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. z 2009 r., nr 104, poz. 868). PSZOK musi także spełniać szereg wymagań technicznych. W szczególności, jak wskazuje sam Zamawiający, powinien być on usytuowany na terenie utwardzonym, ogrodzonym, oświetlonym oraz dozorowanym. Ponadto, w miejscach, gdzie może nastąpić wyciek substancji niebezpiecznych wymagane jest odpowiednie zabezpieczenie środowiska gruntowo-wodnego. Miejsca magazynowania odpadów powinny być odpowiednio oznakowane, podobnie jak poszczególne obiekty i instalacje znajdujące się na terenie PSZOK. Wskazuje się przy tym, że specjalne zabezpieczenia mogą wynikać z wymagań dotyczących magazynowania odpadów niebezpiecznych (część magazynowa odpadów obiektu przeznaczona do składowania substancji żrących powinna być wykończona wykładziną odporną na działanie kwasów i zasad, pomieszczenia winny być wyposażone w nieprzepuszczalne utwardzone podłogi umożliwiające w przypadku rozlania płynów ich grawitacyjne zebranie oraz późniejsze wychwycenie oraz sprawną wentylację) (A. Krzyśków, P. Szyszkowski, *Punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych oraz stacje przeładunkowe odpadów komunalnych – kwestie prawne i finansowe*, IX Ogólnopolska Konferencja Szkoleniowa „Nowe prawo ochrony środowiska”, Poznań 21-22 stycznia 2013r., materiały konferencyjne, s. 56-57, wraz z powołaną tam literaturą).

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



niezbędnych aktów administracyjnych w terminie 90 dni. Warto przy tym podkreślić, że także dostosowanie obiektów magazynowych czy tym podobnych obiektów, które być może udałoby się wynająć na rynku lokalnym, wymaga podobnego nakładu środków i czasu na dostosowanie do wymagań PSZOK.

Odwołujący zwraca przy tym szczególną uwagę na konieczność uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów w PSZOK. Wobec zmian prawa, jakie miały miejsce w ostatnich dwóch latach (wprowadzenie dodatkowych wymogów formalnych na etapie ubiegania się o zezwolenie, w tym konieczność sporządzenia operatów p.poż. i ich uzgodnienia, dodatkowe kontrole przed wydaniem zezwoleń itd.) oraz konieczności złożenia do 6 marca 2020r. wniosków o dostosowanie uprzednio wydanych zezwoleń, obecnie czas oczekiwania na wydanie takich zezwoleń istotnie się wydłużył. Sprawy te traktowane są jako skomplikowane i nie są rozpoznawane nawet w przeciągu 30 dni. Oczywiście dodatkowym utrudnieniem są obostrzenia, jakie były wprowadzane i nadal są utrzymywane w związku z COVID. Wykonawca nie ma przy tym wiedzy i obiektywnie mieć jej nie może, w jaki sposób okoliczności te oceni Zamawiający pod kątem spełnienia przesłanek do zmiany umowy i czy do takiej zmiany umowy ostatecznie dojdzie.

Z powyższych względów możliwość zorganizowania PSZOK w formie oczekiwanej przez Zamawiającego (w tym z „czynnymi” zezwoleniem na zbieranie odpadów, które mają być zbierane w PSZOK) w terminie 90 dni od dnia zawarcia umowy jest niewykonalna dla wykonawcy innego niż ten, aktualnie świadczący usługę na terenie Miasta Chorzów. Powyższe wynika z konieczności podjęcia szeregu działań technicznych i administracyjno- prawnych, przy czym czas realizacji tych ostatnich jest całkowicie niezależny od wykonawcy. Podkreślić przy tym należy ponownie, że Zamawiający, za niedochowanie 90-dniowego terminu na uruchomienie PSZOK przewidział karę umowną w wysokości 50 000 zł za każdy dzień opóźnienia (czyli także za okoliczności niezależne od wykonawcy). W ocenie Odwołującego, jedynym podmiotem, który będzie w stanie spełnić ten wymóg jest wykonawca, który aktualnie świadczy usługę na terenie Miasta Chorzów. Oznacza to, że pozycja jednego przedsiębiorca będzie dalece uprzywilejowana względem pozostałych wykonawców.

Przedsiębiorca, który obecnie prowadzi PSZOK i potencjalnie może być zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu, już w momencie składania ofert w postępowaniu będzie spełniał wszelkie wymogi niezbędne dla uruchomienia PSZOK. Pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący będą dopiero musieli podjąć szereg czynności faktycznych i administracyjno- prawnych mających na celu organizację PSZOK, a dodatkowo, wiedząc, że zakreślony przez Zamawiającego termin jest niemożliwy do



zrealizowania, będą musieli skalkulować w swoich ofertach ryzyko związane z niedochowaniem tego terminu, co w sposób zupełnie niepotrzebny podroży ich ofertę. Taki opis przedmiotu zamówienia jest preferencyjny tylko w stosunku do jednego wykonawcy. Uczciwa konkurencja w postępowaniu i równe traktowanie wykonawców są więc wyraźnie zachwiane.

Powyższe potwierdza zasadność żądania przez Odwołującego zmianę zasad określania terminu na organizację i uruchomienie PSZOK, zgodnie z żądaniem odwołania. Opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia bowiem, w obecnym kształcie, wszystkich istotnych dla sporządzenia okoliczności, a nadto może prowadzić do utrudnienia konkurencji w postępowaniu.

IV. Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK jako kryterium oceny ofert

Stanowisko Odwołującego wyrażone w pkt III niniejszego odwołania, odnoszące się do niemożliwych do dochowania terminów na organizację i uruchomienie PSZOK należy także odnieść do kolejnego, pozacenowego kryterium oceny ofert. W rozdziale XVI pkt 2.2. SIWZ Zamawiający przewidział bowiem jako kryterium oceny ofert - Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK-SORCIK, któremu Zamawiający przyznał wagę 10%. Zgodnie z zapisami SIWZ: *Zamawiający przyzna Wykonawcy 10 punktów w tym kryterium oceny ofert, jeśli Wykonawca utworzy i uruchomi punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych na terenie Chorzowa w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy. Za utworzenie i uruchomienie PSZOK w czasie dłuższym niż 60 dni (maksymalnie do 90 dni) od dnia podpisania umowy Wykonawca otrzyma 0 punktów. Wykonawca musi obowiązkowo zadeklarować termin utworzenia PSZOK-SORCIK w punkcie 3 formularza ofertowego pod rygorem odrzucenia oferty w przypadku nie wpisania terminu utworzenia Punktu.*

Jak już to było wskazane w pkt III odwołania, w ocenie Odwołującego, nie jest możliwe utworzenie i uruchomienie PSZOK w terminie 90 dni od podpisania umowy. Tym bardziej nie jest więc możliwe uruchomienie go w terminie 60 dni od podpisania umowy. Ponownie więc pozacenowe kryterium oceny ofert nie tyle służy wyborowi najkorzystniejszej oferty, co premiowaniu jednego wykonawcy. Tylko bowiem wykonawca aktualnie świadczący usługę będzie w stanie zadeklarować krótszy termin uruchomienia PSZOK. Wykonawca ten już obecnie prowadzi PSZOK na terenie Zamawiającego, czyli w rzeczywistości nie musi go uruchamiać.

Niezależnie od powyższego należy także przypomnieć, że rolą pozacenowych kryteriów oceny ofert jest premiowanie rozwiązania, usługi, które z określonych oraz **obiektywnych przyczyn** są dla



zamawiającego korzystniejsze niż standardowo wymagane. **Innymi słowy, kryteria pozacenowe nie tylko umożliwiają dopasowanie zamówienia do oczekiwań zamawiającego, lecz także pozwalają na uzyskanie znaczących korzyści** (za A. Gawrońską-Baran, „Pozacenowe kryteria oceny ofert z uwzględnieniem klauzul społecznych”, Przetargi Publiczne, Wrocław 2016).

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2017 r. wskazuje się, że „w przypadku kryteriów oceny ofert ustawodawca przesądził, że muszą one odnosić się do przedmiotu zamówienia, być z nim związane (tak w art. 91 ust. 2 i 2c p.z.p.). Z istoty kryteriów oceny ofert wynika dodatkowo, że mają one prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej (zob. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 p.z.p.), wobec czego przyznawanie punktów w poszczególnych kryteriach musi być wyrazem stwierdzenia konkretnej przewagi oferty najwyżej w danym kryterium ocenionej nad pozostałymi.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2146/17, LEX nr 2408278).

Odchodząc więc od samej kwestii możliwości dochowania 60-dniowego terminu na uruchomienie PSZOK, należy dodatkowo postawić pytanie, czy krótszy termin uruchomienia PSZOK **jest na tyle doniosły z punktu widzenia Zamawiającego, by mógł wyrażać wyższą jakość usług czy wartość dodaną w ujęciu aspektów środowiskowych? Stawiane pytanie jest tym bardziej zasadne, że niezależnie od tego czy PSZOK zostanie uruchomiony w terminie 60 czy 90 dni od podpisania umowy (co nastąpi najwcześniej w drugiej połowie lipca 2020 r.) wykonawca rozpocznie realizację usługi przed uruchomieniem PSZOK.** Skrócenie czasu na uruchomienie PSZOK nie stanowi więc wartości dodanej oferty wykonawcy, który złoży taką deklarację dotyczącą skrócenia terminu, ponieważ przez pewien okres czasu mieszkańcy Chorzowa i tak nie będą mogli korzystać z PSZOK uruchamianego przez wykonawcę tego zamówienia. Sytuacji takiej można byłoby uniknąć, gdyby przedmiotowe postępowania zostało wcześniej ogłoszone, co jednak nie nastąpiło. Zamawiający, nie chcąc naruszać wymogów ustawowych, i tak będzie więc musiał zapewnić PSZOK (w okresie przejściowym) w inny sposób, np. zawierając umowę z dotychczasowym wykonawcą usługi. W tym kontekście o wartości dodanej oferty, uzasadniającej przyznanie jej dodatkowych punktów, nie może świadczyć skrócony okres na uruchomienie PSZOK, bo w rzeczywistości cel, który zamierzał osiągnąć Zamawiający (zapewnienie ciągłości w funkcjonowaniu PSZOK na terenie Zamawiającego) i tak nie zostanie osiągnięty w ramach tego postępowania.

W ocenie Odwołującego, opisanych powyżej wymagań nie spełnia więc przedmiotowe kryterium, a nadto skutkować będzie uprzywilejowaniem oferty wykonawcy dotychczas świadczącego usługi w



Chorzowie względem pozostałych wykonawców. Z tego względu kryterium to powinno zostać wykreślone z SIWZ.

V. Badanie doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie

Odnosząc się z kolei do warunków udziału w postępowaniu, wskazać należy, że zgodnie z zapisami rozdziału VI pkt 1.2.3.1.b SIWZ: wykonawca powinien wykazać się realizacją usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. wykazać m.in. że: *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał (lub wykonuje) jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, obejmującą wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w systemie pojemnikowym z minimum 350 punktów (zestawów składających się minimum z trzech pojemników na trzy różne surowce, w tym pojemników opróżnianych przy pomocy hydraulicznego dźwigu samochodowego) w czasie świadczenia nie krótszym niż 10 kolejnych miesięcy (musi być zachowana ciągłość usługi) wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.*

Zdaniem Odwołującego tak określony warunek wzięcia udziału w postępowaniu jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieadekwatny do celu, w jakim został postawiony. Bezsprzecznie bowiem intencją Zamawiającego było zweryfikowanie zdolności wykonawcy do świadczenia usługi, w której zakres wchodzi odbiór i zagospodarowanie odpadów odbieranych selektywnie pod kątem ich wcześniejszego doświadczenia w świadczeniu takich usług. Nie ulega przy tym jakimkolwiek wątpliwościom, że Zamawiający jest do tego uprawniony na podstawie przepisów Pzp, przy czym warunek stawiany przez Zamawiającego nie powinien być formułowany w sposób niejednoznaczny i zarazem zawężający, tj. taki, który w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję na rynku. Tymczasem z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego warunku, gdzie Zamawiający informuje, że wymaga od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem obejmującym wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych co prawda selektywnie, ale w systemie pojemnikowym z minimum 350 punktów, rozumianych przez Zamawiającego jako zestawy składające się z minimum trzech pojemników na trzy różne surowce, w tym pojemników opróżnianych przy pomocy hydraulicznego dźwigu samochodowego.



Po pierwsze należy zwrócić uwagę, że do tej pory, system gospodarki odpadami na terenie różnych gmin nie był jednolity i nie wszystkie gminy miały zorganizowany system odbioru odpadów w taki sposób, jaki preferuje Zamawiający, co nie wyklucza automatycznie, że wykonawca nie ma odpowiedniego doświadczenia w odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów zbieranych selektywnie z gmin, które preferowały inne rozwiązania w zakresie selektywnej zbiórki niż Zamawiającym. Poza tym, różne gminy w różny sposób definiują „punkt odbioru odpadów”. Nie w każdej gminie pojemniki na poszczególne frakcje odpadów ustawione są obok siebie, tworząc zestaw (jak się wydaje to właśnie miał na myśli Zamawiający posługując się pojęciem „zestawu”, choć pojęcie to również nie jest zdefiniowane). **W ocenie Odwołującego nie jest w żaden sposób uzasadnione ograniczanie warunków wzięcia udziału w postępowaniu wyłącznie do wykonawców, którzy odbierali odpady zbierane selektywnie z punktów rozumianych jako zestawy pojemników. Doświadczenie takiego wykonawcy nie jest większe czy „lepsze” od doświadczenia wykonawcy, który po prostu odbiera z pojemnika na odpady, choćby w jego sąsiedztwie nie był ustawiony żaden inny pojemnik przeznaczony do zbierania innej frakcji odpadów.** Postępowanie z tym odpadem jest dokładnie takie samo. Co więcej, często ze względów na wielkość nieruchomości nie da się na jednym obszarze postawić większej ilości pojemników, stąd też w praktyce jeden pojemnik przeznaczony np. na szkło może być dedykowany dla kilku nieruchomości przy jednoczesnym zachowaniu wymaganej pojemności pojemnika.

Zresztą w wielu regulaminach utrzymania czystości i porządku na terenie gminy wskazuje się wprost na odstępstwa od ogólnych zasad usytuowania pojemników na odpady. Jako przykład może to posłużyć uchwała nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, gdzie w §9 ust. 5 wskazuje się że: *jeżeli właściciele więcej niż jednej nieruchomości korzystają z tych samych pojemników, łączna pojemność tych pojemników winna odpowiadać co najmniej sumie minimalnej pojemności pojemników, wymaganej zgodnie z ust. 2 dla każdej z nieruchomości. Z kolei zgodnie § 10 ust. 1 stanowi, że: Pojemniki rozmieszcza się na terenie nieruchomości, na której wytwarzane są odpady komunalne. W przypadku braku takiego miejsca, dopuszcza się ustawianie pojemników na terenie nieruchomości sąsiedniej, pod warunkiem uzyskania zgody od właściciela nieruchomości sąsiedniej.* Powyższe jednoznacznie wskazuje, że warunki lokalne często będą terminowały sposób gromadzenia przez mieszkańców odpadów, a w konsekwencji także sposób ich odbioru przez wykonawcę świadczącego usługi na tym terenie. Nie w każdym punkcie odbioru odpadów, nie w każdej altance śmietnikowej, będą więc znajdowały się pojemniki na wszystkie frakcje odpadów zbieranych selektywnie (zestawy po minimum trzy pojemniki do selektywnej zbiórki), co jednak nie oznacza, że wykonawca świadczący taką usługę



nie nabędzie doświadczenia wymaganego do wykonania niniejszego zamówienia. To, że np. w jednej altance śmietnikowej będzie zestaw dwóch pojemników na selektywną zbiórkę, bo w sąsiedniej altance znalazło się miejsce na kilka dodatkowych pojemników, nie oznacza przecież, że łącznie wykonawca nie odebrał wszystkich określonych prawem frakcji odpadów zbieranych selektywnie. Taki sposób organizacji odbiorów odpadów nie wpływa jednak na jego doświadczenie w postępowaniu z odpadami zbieranymi selektywnie, które, zdaniem Odwołującego, powinno być weryfikowane albo generalnie poprzez ilość punktów odbioru odpadów deklarujących selektywną zbiórkę odpadów (niezależnie od tego, jakie „zestawy” pojemników się tam znajdują) albo poprzez ilość odebranych odpadów komunalnych poszczególnych frakcji zbieranych selektywnie bądź poprzez odbiór odpadów z określonej liczby pojemników przeznaczonych na daną frakcję odpadów, czyli niezależnie od kombinacji ustawienia pojemników w danej altance śmietnikowej.

Mając powyższe na uwadze zasadny jest zarzut naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Opis warunku udziału w postępowaniu jest niejednoznaczny, a językowa wykładnia określenia „zestaw” sugeruje zawężenie wymaganego doświadczenia do kontraktów, które były realizowane w systemie podobnym do tego, który ma Miasto Chorzów, gdy tymczasem takie zawężenie ogranicza konkurencję i nie zmierza do wyboru wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Gwarancję taką może dać bowiem także wykonawca, który realizował zamówienie o odpowiedniej skali, jeśli w ramach zamówienia odbierał i zagospodarowywał odpady selektywne, nawet jeśli w szczegółach system selektywnej zbiórki wyglądał trochę inaczej niż u Zamawiającego.

VI. Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania

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

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



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

może nie dawać rękojmi rzetelnego i należytego wykonania przedmiotu umowy.

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

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



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

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

VII. Pojemniki i worki

Zgodnie z rozdz. III pkt 4.2.12 i 4.2.13. SIWZ:

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

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

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

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

Wykonawca musi dysponować odpowiednią ilością pojemników na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne oraz do segregacji odpadów komunalnych (niebieski na papier, żółty na metale, tworzywa



sztuczne oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe, zielony na szkło i brązowy na bioodpady), w którą wyposaży nieruchomości.

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

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

Zgodnie natomiast z rozdz. III pkt 13.16 SIWZ, w przypadku, gdy liczba zestawów do segregacji odpadów wskazana przez Zamawiającego w SIWZ okaże się niewystarczająca Zamawiający skorzysta z prawa opcji w tym zakresie i zwiększy liczbę zestawów, którą Wykonawca ustawi we wskazanych lokalizacjach. Zamawiający może skorzystać z tej opcji, jednak nie musi, w zależności od potrzeb.

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

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

Warto także zwrócić uwagę na zapis znajdujący się we wstępnej części SIWZ (str. 4), zgodnie z którym *Zamawiający zastrzega, iż pojemniki typu dzwon na wniosek właścicieli nieruchomości/zarządcy stopniowo mogą być wymieniane w trakcie trwania umowy na pojemniki o pojemności 1100 litrów ze względu na przyjmowanie przez Zamawiającego zgłoszeń o niewygodnych otworach wlotowych pojemników typu dzwon. Wtedy szacowana ilość pojemników 1100l zwiększy się o ilość, która jest przewidziana na pojemniki typu dzwon. Biorąc pod uwagę różnicę w pojemności pojemników typu dzwon i 1100l, Wykonawca zobowiązany będzie do częstszych odbiorów odpadów z pojemników o pojemności 1100l w porównaniu do przyjętych harmonogramów dla pojemników typu dzwon.*

Wykonawca nie otrzymuje jednak od Zamawiającego informacji, jak owe zmiany będą przebiegały i jaką ostatecznie ilość poszczególnych typów pojemników musi zapewnić.

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



pojemników i worków.

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

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

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

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, przykładowo w wyroku w sprawach o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13, czytamy: *Zamawiający powinien określić co najmniej (dla każdego zadania osobno): (...) **maksymalną ilość i rodzaj pojemników oraz ilość worków, jakie ma wykonawca dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.** (...) Jak wskazywali wykonawcy, jest to znacząca kosztowo pozycja, którą będą musieli ująć w cenie oferty (do 80.000 pojemników). Brak wystarczających danych jest więc istotną przeszkodą w sporządzeniu prawidłowej oferty oraz ofert porównywalnych. Podobnie jak w przypadku ilości odpadów zamawiający powinien też wskazać, czy po przekroczeniu maksymalnej ilości pojemników i worków wykonawcy będą*



zwolnieni z obowiązku dalszego dostarczania pojemników i worków, czy też będzie im przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie i w jakiej wysokości. Alternatywnie zamawiający może też ilościowo (kosztorysowo) określić wynagrodzenie za dostawę worków lub pojemników danego rodzaju. Nie ma znaczenia, że cytowany wyrok dotyczy wynagrodzenia ryczałtowego, ponieważ w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe wywołuje taki sam efekt – cena jednostkowa jest niezmienna w całym okresie realizacji zamówienia, a co za tym idzie niedoszacowanie ilości wymaganych worków i pojemników spowoduje niedoszacowanie ceny jednostkowej, a w konsekwencji całej oferty.

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

- 1) dookreślenie ilości pojemników wymaganych przez zamawiającego co do nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych,
- 2) dookreślenie pojemności pojemników co do nieruchomości wielorodzinnych na poziomie od 0,6 do 7 m³,
- 4) dookreślenie - w zakresie bezpłatności udostępnienia pojemników właścicielom nieruchomości - konieczności skalkulowania przez wykonawców kosztów z tym związanych w cenie ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia;

Izba uzasadniła: zapisy zawarte w SIWZ co do ilości pojemników wymaganych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, a których wartość powinna być skalkulowana przez wykonawców w ich ofertach, są na tyle nieprecyzyjne, że powyższe znacznie utrudnia a wręcz uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert. W efekcie powyższe może też prowadzić do nieporównywalności ofert, które miałyby być złożone przez wykonawców w oparciu o takie postanowienia SIWZ (...) Pojemniki, które mają zostać udostępnione mieszkańcom w sposób bezpłatny - zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - stanowią istotny element zakresu przedmiotu zamówienia, który podlega wycenie przez wykonawców, co także w sposób niewątpliwy nie zostało określone w postanowieniach SIWZ (...) Zapis dotyczący ilości wymaganych pojemników powinien określać konkretną - maksymalną ilość pojemników wymaganych w niniejszym postępowaniu dla nieruchomości wielorodzinnych. Podobna jest sytuacja, jeśli chodzi o nieruchomości jednorodzinne, co do których wątpliwości są jeszcze większe. Sam zresztą Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że nie posiada w tym zakresie wiedzy, ile pojemników będzie koniecznych do dostarczenia w ramach przedmiotu świadczenia. Podkreślił, że wiedzę tę pozyska dopiero po złożeniu i analizie deklaracji składanych przez mieszkańców Gminy. Wyjaśnił też, że wówczas, jeszcze przed otwarciem ofert, poda te dane wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie. Powyższe potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia nie został na tym etapie postępowania sporządzony przez Zamawiającego prawidłowo, a zatem wymaga istotnej zmiany, która umożliwi wykonawcom właściwą wycenę swojej oferty, a



Zamawiającemu da porównywalne oferty w trakcie czynności ich badania i oceny. (...)

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

Izba uzasadniła: *Bez wątpienia **informacja w zakresie maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia jest informacją niezwykle istotną** z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, z uwagi na jej znaczący wpływ na ukształtowanie ceny ofertowej. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że **brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty**, a także może prowadzić do nieporównywalności ofert. Konsekwencją powyższego jest naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. (...) Zgodzić się należy z Odwołującym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że **szacunkowe dane ilościowe, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości mogą stanowić zaledwie pewną wskazówkę** przy kalkulacji ceny ofertowej jednak nie ograniczają ryzyka wykonawcy, polegającego na przyjęciu do oferty niewłaściwej danych. Nie stanowi usprawiedliwienia dla Zamawiającego wprowadzenie zmian w zakresie systemu selektywnej zbiórki w m. st. Warszawie, tj., że z nieruchomości będą odbierane dodatkowe frakcje odpadów zbieranych w sposób selektywny, czy też wprowadzenie rozwiązania, opartego na preferencji właściciela nieruchomości, którą to informację wykonawca otrzyma dopiero przez system Warszawa19115 lub bezpośrednio od tego właściciela. Co istotne, w takiej sytuacji wykonawca, nie znając preferencji właściciela nieruchomości i nadto w sytuacji, gdy preferencje te mogą w toku wykonywania zamówienia ulec zmianie, **nie posiada żadnych możliwości, aby na obecnym etapie ustalić, jakie pojemniki i w jakiej ilości będzie musiał zakupić na potrzeby realizacji zamówienia.** (...) Izba dostrzega trudne położenie Zamawiającego związane z koniecznością wprowadzenia ww. zmian jednak tego rodzaju okoliczności nie zwalniają Zamawiającego z prawidłowego, tj. pełnego opisu przedmiotu zamówienia, a także **nie mogą stanowić przyzwolenia na przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego, związanego z realizacją zamówienia.** (...) Dodatkowo Izba dostrzegła również konieczność zmiany § 11 wzoru umowy w zakresie możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właściciela nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady.*

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



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

VIII. Harmonogramy

Zgodnie z rozdz. III pkt 9 SIWZ:

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

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

Odnosząc się do wskazanych zapisów SIWZ w pierwszej kolejności podnieść należy, że zapisy te są niejednoznaczne, jeżeli chodzi o ustalenie, na podstawie jakich harmonogramów wykonawca będzie w rzeczywistości zobowiązany realizować przedmiot zamówienia.

Zamawiający do SIWZ załączył posiadane przez siebie harmonogramy, które – jak należy założyć – mają stanowić podstawę do skalkulowania ceny ofertowej. Jednocześnie jednak w rozdz. III pkt 9.1. SIWZ wskazuje się, że harmonogramy, na podstawie których wykonawca będzie realizował umowę, zostaną przekazane wykonawcy w terminie do 7 dni, licząc od dnia podpisania umowy.

W tej sytuacji, po stronie wykonawców powstaje stan niepewności co do tego, czy harmonogramy, które wykonawca otrzyma po podpisaniu umowy będą tymi samymi harmonogramami, które zostały przedstawione wykonawcy do wyceny na etapie przygotowywania oferty. Okoliczność, według jakich



harmonogramów wykonawca będzie ostatecznie zobowiązany wykonywać zamówienie jest tymczasem kluczowa dla ustalenia kosztów wykonania zamówienia, a tym samym dla złożenia oferty w tym Postępowaniu. Z zapisów SIWZ wynika bowiem ograniczona możliwość dokonania zmiany harmonogramów wywozu odpadów, kształt harmonogramów, co oczywiście, determinuje koszty wykonania usługi.

Odbiór odpadów komunalnych jest usługą skomplikowaną pod względem logistycznym, zwłaszcza jeśli uwzględni się wielkość Miasta Chorzów, ilość obsługiwanych nieruchomości oraz ilość odbieranych odpadów. Zazwyczaj Zamawiający poprzestają na określeniu w SIWZ (oraz w aktach prawa miejscowego) minimalnej częstotliwości odbioru odpadów komunalnych oraz sformułowaniu ogólnych wytycznych co do sposobu skonstruowania przez wykonawcę harmonogramów odbioru odpadów. Samo sporządzenie harmonogramów (utworzenie tzw. trasówek, po których będą jeździły pojazdy odbierające odpady, których pochodną jest ustalenie dni i godzin odbioru odpadów z poszczególnych nieruchomości) jest pozostawione decyzji wykonawcy. Wykonawca, dzięki wiedzy i doświadczeniu, może bowiem zoptymalizować trasy przejazdu pojazdów, a tym samym zmniejszyć koszty realizacji zamówienia, co oczywiście ma wpływ na cenę oferty. W niniejszej sprawie, jak sygnalizowano powyżej, Zamawiający narzuca wykonawcom harmonogramy odbioru odpadów, pozbawiając ich *de facto* możliwości optymalizacji kosztów logistycznych realizacji zamówienia, a także ogranicza możliwość dokonania zmiany narzuconych harmonogramów.

Skoro więc wykonawca musi wykonywać usługę według z góry narzuconych harmonogramów, harmonogramy te są niezbędne dla wyliczenia ceny ofertowej, a więc stanowią jeden z kluczowych elementów opisu przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji, harmonogramy te nie mogą ulegać dowodnym zmianom na etapie realizacji zamówienia, bowiem każda taka zmiana pociągać będzie za sobą zmiany w zakresie kosztów, jakie wykonawca będzie ponosił, świadcząc usługę. Zamawiający winien więc zapewnić, że jeśli po podpisaniu umowy będzie dostarczał wykonawcy jakieś nowe czy dodatkowe harmonogramy, to harmonogramy te nie będą istotnie różniły się względem harmonogramów dołączonych do SIWZ, względnie w przypadku zmian istotnych, wykonawca winien mieć możliwość żądania podwyższenia ceny.

Na marginesie powyższego dodać należy, że możliwość przedstawienia wykonawcy „nowych” harmonogramów wywozu odpadów w terminie do 7 dni licząc od dnia podpisania umowy winna być wyłączona także i z tego względu, że zgodnie z §3 ust. 2.1 wzoru umowy wykonawca do dnia rozpoczęcia odbiorów odpadów winien zapoznać się z harmonogramami odbioru poszczególnych rodzajów odpadów, co biorąc pod uwagę powyższe zarzuty dotyczące terminu wykonania zamówienia i termin przedstawienia harmonogramów wynikający z rozdz. III pkt 9.1. SIWZ może obiektywnie nie być możliwe.

Odwołujący zarzuca dodatkowo, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie harmonogramów wywozu



odpadów jest sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp oraz wskazanymi w petitum odwołania przepisami Kodeksu cywilnego także i z tego względu, że Zamawiający, dokonując tego opisu, nie uwzględnił wszystkich istotnych dla sporządzenia oferty okoliczności.

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

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

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

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

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

Należy przy tym wskazać, że zgodnie z § 11 ust. 2.1.4 wzoru umowy wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 200,00 zł za każdy dzień opóźnienia w odbieraniu odpadów



z nieruchomości objętej obowiązkiem odbierania odpadów, w stosunku do terminów określonych w harmonogramach, o których mowa w rozdz. III pkt 9 SIWZ. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 200,00 zł, ilości nieruchomości, na których nastąpiło opóźnienie oraz ilości dni opóźnienia w stosunku do danego harmonogramu.

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

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

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

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

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



odpadów.

Warto także zwrócić uwagę na zapis znajdujący się we wstępnej części SIWZ (str. 4), zgodnie z którym Zamawiający zastrzega, iż pojemniki typu dzwon na wniosek właścicieli nieruchomości/zarządcy stopniowo mogą być wymieniane w trakcie trwania umowy na pojemniki o pojemności 1100 litrów ze względu na przyjmowanie przez Zamawiającego zgłoszeń o niewygodnych otworach wlotowych pojemników typu dzwon. Wtedy szacowana ilość pojemników 1100l zwiększy się o ilość, która jest przewidziana na pojemniki typu dzwon. Biorąc pod uwagę różnicę w pojemności pojemników typu dzwon i 1100l, Wykonawca zobowiązany będzie do częstszych odbiorów odpadów z pojemników o pojemności 1100l w porównaniu do przyjętych harmonogramów dla pojemników typu dzwon.

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

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

IX. Wskazanie w ofercie instalacji zagospodarowujących odpady komunalne. Potwierdzenie faktu zawarcia umowy z instalacją.

Przepisy ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej także „ucpg”) zawierają regulacje szczególne względem przepisów Pzp. Charakter taki ma w szczególności przepis art. 6d ust. 4 pkt 5, zgodnie z którym *wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich*



instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z przetargiem na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, a co za tym idzie Zamawiający winien zobowiązać wykonawców do wskazania w ich ofertach instalacji (lub przy małych ilościach odpadów odpowiednio zbierających), do których będą przekazywane odpady komunalne objęte zamówieniem.

Zgodnie z art. 6f ust. 1a pkt 5 ww. ustawy instalacje te winny kolejno zostać określone w zawartej przez strony umowy.

Redakcja art. 6d ust. 4 pkt 5 ww. ustawy nie pozostawia przy tym wątpliwości, że wykonawca powinien wskazać w ofercie instalacje (lub zbierających) dla wszystkich frakcji odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia. Instalacje komunalne, dedykowane do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, są tylko jednym z rodzajów instalacji, których wskazanie w ofercie jest obligatoryjne, o czym świadczy zwrot „w szczególności”.

Wymóg, o którym mowa ma przy tym charakter bezwzględnie obowiązującym, a co za tym idzie decyzja odnośnie żądania ww. informacji nie jest pozostawiona zamawiającemu.

W niniejszej sprawie Zamawiający poprzestał na nałożeniu na wykonawców obowiązku wskazania w pkt 2 Formularza oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) instalacji, do których przekazane zostaną odbierane z terenu Miasta Chorzów niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, co stanowi o naruszeniu dyspozycji art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg.

Wobec powyższego, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Katarzyna Skiba-Kuraszkiewicz

Radca prawny

Załączniki:

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