

Katowice, dnia 3 czerwca 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: katowice@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 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 z dnia 25.05.2020 r.



ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, 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.271.271.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 100-240961 z dnia 25.05.2020 r. polegające na:

- 1) opisanu pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności,
- 2) opisanu 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) opisanu 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) oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 150, 2840),
- 5) oznaczenie warunków umowy o zamówienie publiczne, w tym podstaw zmiany umowy o zamówienie publiczne 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)-6) zarzucam:



- 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-SORCIK – 10%,
 - b) Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów – 10%,
 - c) Skrócenie terminu podstawienia zestawów do segregacji – 20%.
- 2) 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 art. 139 k.c. 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:
 - w punkcie 4.4.8. SIWZ zastrzega, że co najmniej 40 % nieruchomości stanowiących ścista 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. SIWZ zastrzega, że ilość miejsc z utrudnionym dostępem stanowi około 60%, wszystkich miejsc odbioru odpadów wielkogabarytowych w systemie odbioru odpadów wielkogabarytowych w systemie odbioru z zabudowy wielorodzinnej,
 - w punkcie 4.8. SIWZ 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. SIWZ 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 10.2.5 SIWZ zastrzega, że wykonawca zobowiązany jest do odbierania odpadów również w przypadku remontów dróg dojazdów czy dojść do posesji, przy



- czym wykonawca ma śledzić komunikaty umieszczane m.in. w prasie celem powzięcia wiedzy o danym przypadku remontu, przebudowy, zaś zamawiający nie jest bezwzględnie zobowiązany do przekazania szczegółowych informacji na temat prac oraz do zapewnienia wykonawcy możliwości alternatywnego dostępu do nieruchomości obsługiwanych na podstawie zamówienia publicznego,
- w punkcie 2 SIWZ 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, wymiarze,
 - w punkcie 4.2.1.2. SIWZ wskazał, że ilość kompletów worków, do zapewnienia których obowiązany jest wykonawca może wzrosnąć o około 3% w czasie trwania umowy, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów,
 - w punkcie 4.2.1.3 SIWZ wskazał, że Zamawiający nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanych ilościach, są to wyłącznie ilości szacunkowe, a rzeczywista ilość odbieranych odpadów może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów,
 - w punkcie 4.3.1.5 SIWZ wskazał, 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),
 - w punkcie 4.3.1.14 SIWZ wskazał, że Zamawiający przewiduje konieczność zabezpieczenia wzrostu ilości worków o około 5% w ciągu trwania umowy, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów,
 - w punkcie 4.3.1.15 SIWZ wskazał, że Zamawiający nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanym ilościach określonych w rodz. III pkt 4.3.1.14 SIWZ – jest to wartość szacunkowa, zaś rzeczywista ilość odbieranych worków w trakcie realizacji usługi może ulec zmianie, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów,
 - w zakresie w jakim w punkcie 8 SIWZ zaniechał wskazania danych dotyczących masy odpadów tj. ilości i rodzajów odpadów odebranych z terenu Miasta w roku 2019 r., co uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny ofertowej,



- w zakresie w jakim w punktach 10.11. 4 oraz 5. i z 10.11.9 SIWZ określa w sposób niejednoznaczny warunki prowadzonych przez Wykonawcę czynności rejestracji obrazu podczas świadczenia usług na rzecz Zmawiającego, poprzez określenie w punkcie 10.11.4. oraz 5 SIWZ wymogu gromadzenia zapisów z nagrań i ich udostępnianie na każde żądanie, zaś w punkcie 10.11.9. SIWZ łączy czynności dostępu do zarejestrowanego obrazu z czynnościami bieżącego udostępniania lokalizacji, co generuje obowiązek leżący po stronie wykonawców do zapewnienia odpowiedniego systemu umożliwiającego wspólne śledzenie obrazu i lokalizacji GPS, a co w konsekwencji należy uznać za stanowi wymóg nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także nakłada na Wykonawcę generowania kosztów logistyki, poprzez wymóg wprowadzenia odpowiedniego systemu oraz oprogramowania umożliwiających dostępność obrazu w czasie rzeczywistym;
 - w paragrafie 1 ust. 5 SIWZ 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 minimumów, 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 OPZ bez zwiększania całkowitej wartości zamówienia i bez konieczności aneksowania umowy, jedynie po uprzednim pisemnym poinformowaniu Wykonawcy, co uniemożliwia Wykonawcy należyte skalkulowanie ceny umownej,
- 3) Naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. z art. 144 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 11c oraz 15r ustawy COVID-19 poprzez brak wskazania w projekcie umowy zasad wprowadzania odpowiednich zmian umowy w związku z ogłoszenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskie stanu epidemii i zmian, w tym przepisów szczególnych, związanych z wdrożeniem przedmiotowego stanu lub stanu zagrożenia epidemicznego oraz możliwych jego skutków na przyszłość;
- 4) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 83 ustawy prawo upadłościowe w zw. z postanowieniem paragrafu 7 ust. 1 punktu 1.2. wzoru umowy, a to poprzez zastrzeżenie prawa odstąpienia od umowy na wypadek ogłoszenia upadłości wykonawcy, podczas gdy takie postanowienie pozostaje w sprzeczności z treścią zakazu wyrażonego w art. 83 ustawy prawo upadłościowe i jest nieważne z mocy prawa,
- 5) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP 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,

- 6) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w związku z postanowieniami paragrafu 11 ust. 2 punktów 2.1.4, 2.1.6, 2.1.7, 2.1.11., 2.1.12, 2.1.13, 2.1.16, 2.1.17, 2.1.19, 2.1.20, 2.1.24, 2.1.25, 2.1.16 wzoru umowy, a to poprzez zastrzeżenie kar umownych na wypadek opóźnienia, nie zaś zwłoki wykonawcy,
- 7) Naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w związku z postanowieniami paragrafu 13 wzoru umowy, a to poprzez zastrzeżenie całkowitego zakazu cesji wierzytelności wynikających z umowy o zamówienie publiczne,
- 8) 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 oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,
- 9) 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 paragrafie 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,
- 10) 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 zamawiający zaniechał wskazania zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wypadek zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,
- 11) 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,
- 12) 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,

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:
 - terminu utworzenia i uruchomienia PSZOK-SORCIK -10%,
 - odległości bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów – 10 %
 - skrócenia terminu podstawienia zestawów do segregacji – 20%i zastąpienie ich nowymi pozacenowymi kryteriami ofert, pozostającym w związku z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego i mającymi znaczenie dla jakości i sposoby realizacji przedmiotu zamówienia publicznego,
- b) Zmianę punktu 4.4.8 SIWZ poprzez precyzyjne określenie utrudnień w odbiorze odpadów z nieruchomości objętych przedmiotem usług, które mają być realizowane na skutek udzielenia zamówienia publicznego,
- c) Zmianę punktu 4.5.2.3. SIWZ poprzez precyzyjne określenie utrudnień w odbiorze odpadów wielkogabarytowych w systemie odbioru odpadów z zabudowy wielorodzinnej, które mają być realizowane na skutek udzielenia zamówienia publicznego,
- d) Wykreślenie punktu 4.8. SIWZ,
- e) Wykreślenie punktu 10.1.6 SIWZ,
- f) Zmianę punktu 10.2.5 SIWZ poprzez wykreślenie obowiązku Wykonawcy do samodzielnego ustalania ewentualnych utrudnień związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego z uwagi na prowadzenie przez zamawiającego inwestycji, w tym drogowych i określenie bezwzględnego obowiązku informowania wykonawcy o takich inwestycjach przez zamawiającego wraz z obowiązkiem zorganizowania przez zamawiającego możliwości dokonywania odbioru odpadów z uwagi na prowadzone inwestycje,
- g) Zmianę punktu 2 SIWZ poprzez precyzyjne określenie ilości materiałów oraz częstotliwości świadczenia usług wraz ze wskazaniem maksymalnych i minimalnych progów ich odpowiednio zwiększenia lub zmniejszenia,
- h) Zmianę punktu 2 SIWZ 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,

- i) Zmianę punktu 4.2.1.2. SIWZ poprzez precyzyjne określenie maksymalnej wartości dopuszczalnego wzrostu ilości kompletów worków, do dostarczenia których w ramach umowy wykonawca jest obowiązany,
- j) Zmianę punktu 4.2.1.3 SIWZ poprzez precyzyjne określenie ilości odpadów, do odbioru których wykonawca obowiązany jest w toku realizacji przedmiotu zamówienia publicznego, względnie o określenie minimalnych i maksymalnych ilości dla danych frakcji odpadów,
- k) Wykreślenie punktu 4.3.1.5.SIWZ, względnie jego zmianę poprzez precyzyjne określenie maksymalnej ilości dodatkowych worków, do zapewnienia których wykonawca obowiązany jest w ramach realizacji przedmiotu zamówienia publicznego,
- l) Zmianę punktu 4.3.1.14 SIWZ poprzez precyzyjne określenie maksymalnej ilości dodatkowych worków, do zapewnienia których wykonawca obowiązany jest w ramach realizacji przedmiotu zamówienia publicznego,
- m) Zmiany punktu 4.3.1.15 SIWZ poprzez precyzyjne określenie ilości worków, do zapewnienia których wykonawca obowiązany jest w ramach realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.
- n) Zmianę punktu 8 SIWZ poprzez precyzyjne określenie danych dotyczących masy odpadów tj. ilości i rodzajów odpadów odebranych z terenu Miasta Chorzów w roku 2019 r., oraz dodanie danych dotyczących pierwszego kwartału roku 2020 r.
- o) Zmianę punktu 10.11.9. poprzez zmianę dotychczasowej treści przywołanego punktu i zastąpienie go postanowieniem:

„Systemy Wykonawcy powinny zapewniać rejestracje lokalizacji pojazdów za pomocą systemu GPS. Wykonawca udzieli Zamawiającemu dostęp do systemu prezentującego lokalizację pojazdów wraz z mapą Miasta Chorzów przez cały okres trwania umowy przez 6 użytkowników Zamawiającego. Mapa miasta powinna zawierać przynajmniej warstwę sieci dróg oraz budynków.”

2) 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. 1 wzoru umowy,
- c) Poprzez wykreślenie paragrafu 7 ust. 1 punktu 1.2. wzoru umowy,
- d) Poprzez wykreślenie paragrafu 8 ust. 7 oraz 9 wzoru umowy,



- e) Poprzez zmianę postanowień paragrafu 11 ust. 2 punkty 2.1.4, 2.1.6, 2.1.7, 2.1.11., 2.1.12, 2.1.13, 2.1.16, 2.1.17, 2.1.19, 2.1.20, 2.1.24, 2.1.25, 2.1.16 wzoru umowy w ten sposób, że pojęcie „opóźnienie” zostanie zastąpione pojęciem „zwłoki”,
- f) Poprzez wykreślenie paragrafu 13 wzoru umowy,
- g) Poprzez wykreślenie paragrafu 16 punktu 1) wzoru umowy,
- h) Poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia paragrafu 16 punktu 2.2. i 2.3. wzoru umowy poprzez zmianę:

Punktu 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.”*

Punktu 2.3 *„Zmiany przepisów prawa dot. 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.
- i) Zmiany paragrafu 16 wzoru umowy oraz XXIV ust. 1 ppkt 2)2.2. SIWZ poprzez wprowadzenie zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wypadek zmiany zasad gromadzenia wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,
- j) Wykreślenia paragrafu 16 punktu 4) wzoru umowy lub jego zmiany oraz punktu XXIV ust. 2 Warunki dokonywania SIWZ poprzez precyzyjne określenie przesłanek zmiany umowy oraz zakresu dopuszczalnych, w przypadku ich wystąpienia, zmian,
- k) Zmianę postanowień paragrafu 17 umowy poprzez zastąpienie konstrukcji odstąpienia od umowy konstrukcją wypowiedzenia umowy,
- l) poprzez uzupełnienie wzoru umowy o zamówienie publiczne o klauzulę regulującą możliwość zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w związku z okolicznościami związanymi z epidemią COVID-19 i jej skutkami o następującej treści:

Strony ponadto dopuszczają możliwość zmiany umowy w przypadku, gdy w dacie obowiązywania umowy obowiązywał będzie stan epidemii lub stan zagrożenia epidemicznego, a wdrożone na podstawie ustawy o szczególnych rozwiązaniach



związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw wraz ze zmianami lub innymi aktami szczególnymi restrykcje, obostrzenia, zakazy lub nakazy będą miały wpływ na sposób, zakres i możliwość realizacji przedmiotu niniejszej Umowy, w tym w szczególności w przypadku:

- a) Przedłużenia przez organy władzy publicznej obowiązywania restrykcji i norm szczególnych związanych ze stanem epidemii lub zagrożenia epidemicznego,
- b) Wprowadzenie nowych zmian w przepisach prawa w zw. ze stanem epidemii lub stanem zagrożenia epidemicznego,
- c) Wprowadzenie jednego ze stanów nadzwyczajnych (stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej),
- d) Wystąpienia niemożliwych do przewidzenia na dzień złożenia oferty skutków gospodarczych związanych z epidemią COVID-19.

W przypadku ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek, o których mowa powyżej możliwe będzie w dokonanie zmiany umowy w szczególności w zakresie: terminów realizacji poszczególnych usług składających się na przedmiot umowy, zakresu prac składających się na przedmiot umowy oraz sposobu świadczenia, należnego wykonawcy wynagrodzenia.”

- 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 3 czerwca 2020 r. przez Pawła Szewczyka – Prezesa Zarządu oraz Michała Pudila – 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 rozliczania. Potwierdzenie uiszczenia wskazanej kwoty przedkładam w załączeniu do niniejszego Odwołania.

– **Termin do wniesienia odwołania**

Zamawiający ogłosił w dniu 25.05.2020 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.271.271.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 100-240961 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 przedkładałam w załączeniu do niniejszego Odwołania.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

1. Ogłoszenie o zamówieniu publicznym

Dnia 25 maja 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 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 (dalej jako: „Postępowanie”).

Dowód: **[1] Ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 25.05.2020 r.**
 [2] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
 [3] Wzór Umowy

2. 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”).

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. I tak wskazać należy m.in. na następujące regulacje:

– Art. 11a Ustawy o COVID-19, zgodnie z treścią którego:

„1. W przypadku braku na obszarze województwa technicznych i organizacyjnych możliwości unieszkodliwiania, zgodnie z obowiązującymi przepisami, odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych wytworzonych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, wojewoda może wydać, w drodze decyzji administracyjnej, polecenie dotyczące gospodarowania tymi odpadami podmiotom, o których mowa w art. 11 ust. 1 i 2. Polecenie podlega natychmiastowemu wykonaniu z chwilą jego doręczenia lub ogłoszenia oraz nie wymaga uzasadnienia. Przepisy art. 11 ust. 3–6 i 8 stosuje się odpowiednio.

4. Polecenie, o którym mowa w ust. 1, określa: 1) podmiot lub podmioty zobowiązane do gospodarowania odpadami; 2) miejsce, dopuszczoną metodę i warunki unieszkodliwiania, w tym transportowania i magazynowania odpadów przed ich przetworzeniem; 3) obowiązek prowadzenia ilościowej i jakościowej ewidencji odpadów w postaci papierowej, o ile nie ma możliwości prowadzenia tej ewidencji za pośrednictwem BDO; 4) okres obowiązywania polecenia.

– Art. 11b ustawy o COVID-19, zgodnie z treścią którego:

„1. W przypadku braku na obszarze województwa technicznych i organizacyjnych możliwości unieszkodliwiania, zgodnie z obowiązującymi przepisami, odpadów wytwarzanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 innych niż odpady medyczne o właściwościach zakaźnych, wojewoda może wydać, w drodze decyzji administracyjnej, polecenie dotyczące gospodarowania tymi odpadami podmiotom, o których mowa w art. 11 ust. 1 i 2. Polecenie podlega natychmiastowemu wykonaniu z chwilą jego doręczenia lub ogłoszenia oraz nie wymaga uzasadnienia. Przepisy art. 11 ust. 3–6 i 8 oraz art. 11a ust. 3–8 stosuje się odpowiednio.

2. W przypadku odpadów komunalnych polecenie wojewody może także dotyczyć:

1) przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do innych instalacji niż instalacje komunalne zapewniające przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

2) składowania lub termicznego przekształcania odpadów komunalnych bez (jakichkolwiek lub określonych) wstępnych procesów przetwarzania.

– Art. 11c ustawy o COVID-19, zgodnie z treścią którego:

„1. Wojewoda może, w drodze zarządzenia, zmienić lub wyłączyć wymagania dotyczące selektywnego zbierania odpadów komunalnych, określone w regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 13



września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 i 2020 oraz z 2020 r. poz. 150 i 284). 2. W zarządzeniu, o którym mowa w ust. 1, wojewoda może także, na wniosek wójta, burmistrza albo prezydenta miasta, zmienić częstotliwość odbierania odpadów komunalnych oraz sposób świadczenia usług przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych, określone w uchwałach rady gminy wydanych na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie. 3. W przypadku wydania zarządzenia, o którym mowa w ust. 1, na obszarze województwa lub jego części, których zarządzenie dotyczy, nie stosuje się wymagań dotyczących selektywnego zbierania odpadów komunalnych, określonych w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.”

– 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.



3. Strona umowy, o której mowa w ust. 1, na podstawie otrzymanych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w ust. 1 i 2, w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu okoliczności, o których mowa w ust. 1, na należyte jej wykonanie. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania.

4. Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez:

- 1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
 - 2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
 - 3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy
- o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

5. Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia korzystniej kształtujące sytuację wykonawcy, niż wynikałoby to z ust. 4, do zmiany umowy stosuje się te postanowienia, z zastrzeżeniem, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy.

6. Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia dotyczące kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu oznaczonych okoliczności, strona umowy, o której mowa w ust. 1, w stanowisku, o którym mowa w ust. 3, przedstawia wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie oraz wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań, lub ich wysokość.

7. Wykonawca i podwykonawca, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie łączącej ich umowy, która jest związana z wykonaniem zamówienia publicznego lub jego części, uzgadniają odpowiednią zmianę tej umowy, w szczególności mogą zmienić termin wykonania umowy lub jej części, czasowo zawiesić wykonywanie umowy lub jej części, zmienić sposób wykonywania umowy lub zmienić zakres wzajemnych świadczeń.



8. W przypadku dokonania zmiany umowy, o której mowa w ust. 1, jeżeli zmiana ta obejmuje część zamówienia powierzoną do wykonania podwykonawcy, wykonawca i podwykonawca uzgadniają odpowiednią zmianę łączącej ich umowy, w sposób zapewniający, że warunki wykonania tej umowy przez podwykonawcę nie będą mniej korzystne niż warunki wykonania umowy, o której mowa w ust. 1, zmienionej zgodnie z ust. 4.

9. Przepisy ust. 7 i 8 stosuje się do umowy zawartej między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

- Ponadto, na podstawie ww. przepisów ustawy o COVID-19 dnia 3 kwietnia 2020 r. Wojewoda Śląski wydał polecenie nr 52/2020 zgodnie z treścią którego polecił Śląskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Ochrony Środowiska m.in. wnioskowanie do Wojewody Śląskiego o wydanie, **w formie decyzji administracyjnej, polecenia dotyczącego gospodarowania odpadami podmiotom**, o których mowa w art. 11 ust.1 i 2 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.), jeżeli w jego ocenie wymagana jest w tym zakresie interwencja wojewody na podstawie art. 11a i 11b powołanej ustawy wraz z przygotowaniem projektu takiego polecenia.”, co wskazuje, że istnieje duże prawdopodobieństwo wydania tego rodzaju zarządzeń w odniesieniu do miasta Chorzów, nawet w obecnej sytuacji zmniejszania restrykcji w okresie stanu epidemii, bowiem prawidłowa utylizacja śmieci jest gwarantem zmniejszenia rozprzestrzeniania się zakażenia wirusem COVID-19.

Wyżej wskazane okoliczności zostały naprowadzone z uwagi na fakt, iż niewątpliwie mają one wpływ na możliwość i sposób realizacji zobowiązań kontraktowych w dobie epidemii, w tym mogą mieć wpływ na sposób i zakres realizacji usług składających się na przedmiot zamówienia publicznego, którego dotyczy Postępowanie, do czego Odwołujący odniesie się szerzej w części II uzasadnienia niniejszego Odwołania.

3. Treść Opisu Przedmiotu Zamówienia

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający zawarł m.in. następujące regulacje:

- Na stronie 5 i 6 SIWZ Zamawiający oznaczył następujące kryteria oceny ofert w ramach postępowania:

Kryteria oceny:

- cena – 60%



- *termin utworzenia i uruchomienia PSZOK-SORCIK – 10%*
- *odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa– 10%*
- *skrócenie terminu podstawienia zestawów do segregacji – 20%*

- W punkcie 2 SIWZ:

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 ich dostarczenia do właścicieli nieruchomości. W kosztach uwzględnia się również opłatę za umieszczenie odpadów na składowisku, tzw. opłatę marszałkowską, zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Środowiska w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na dany rok kalendarzowy, dla masy odpadów, których unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez Wykonawcę.
- W punkcie 4.4.8 SIWZ:

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.
- W punkcie 4.5.2.3. SIWZ:

Zamawiający szacuje, że ilość miejsc z utrudnionym dostępem stanowi około 60% wszystkich miejsc odbioru odpadów wielkogabarytowych w systemie odbioru z zabudowy wielorodzinnej.
- W punkcie 4.8. SIWZ:

Obowiązkiem Wykonawcy jest wystąpienie we własnym zakresie do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp. w celu możliwości realizacji niniejszej umowy, jeżeli wystawienie pojemników do godz. 6:00 rano w dniu harmonogramowego odbioru odpadów nie jest możliwe ze względu na specyfikę zwartej zabudowy. Zamawiający przekaże Wykonawcy w dniu podpisania umowy pełną listę nieruchomości objętych harmonogramami, wraz z danymi kontrahentów, którzy zarządzają poszczególnymi nieruchomościami.
- W punkcie 10.1.6 SIWZ:

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. Niezależnie od tego Wykonawca ma obowiązek odebrać odpady. Wykonawca w przypadku utraty lub zniszczenia kluczy, pilotów zobowiązany jest na własny koszt i we własnym zakresie dorobić brakujące klucze i piloty.

– W punkcie 10.2.5. SIWZ:

Wykonawca zobowiązany jest do odbierania odpadów również w przypadku remontów dróg, dojazdów czy dojeżdż do posesji. Zamawiający w tej sytuacji dołoży wszelkich starań aby takie remonty były wcześniej zgłaszane Wykonawcy w celu dostosowania odbiorów do zaistniałej sytuacji, jednakże nie zwalnia to Wykonawcy ze śledzenia komunikatów umieszczanych w prasie bądź na stronach internetowych jednostek przeprowadzających stosowne remonty aby Wykonawca jeszcze przed rozpoczęciem prac remontowych mógł dostosować harmonogramy lub podjąć takie czynności, dzięki którym odbiory odpadów będą realizowane – dotyczy to również konieczności przestawienia pojemników w tzw. zbiorcze miejsce POO.

– W punkcie 4.2.12 SIWZ:

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.

– W punkcie 4.2.12 SIWZ:

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.

– W punkcie 4.2.13 SIWZ:

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.

– W punkcie 4.3.1.5. SIWZ:

Zamawiający dopuszcza możliwość odbioru dodatkowych worków przez właścicieli nieruchomości w Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK-SORCIK)



oraz w Urzędzie Miasta Chorzów. Wykonawca dostarczy do wymienionych miejsc worki do gromadzenia bioodpadów w ilości wskazanej przez Zamawiającego. Termin dostawy worków do Urzędu wyniesie do dwóch dni roboczych od otrzymania informacji o konieczności dostawy. Informacja zostanie przekazana drogą mailową (w ramach tabeli zgłoszeń) lub faxem. W PSZOK-SORCIK worki muszą być stale dostępne dla mieszkańców. Zamawiający wymaga od Wykonawcy aby istniała płynność w wydawaniu worków. Wykonawca nie może dopuścić do sytuacji, że worków zabraknie i właściciele nieruchomości nie otrzymają ich w Urzędzie Miasta lub w PSZOK-SORCIK z powodu przejściowych braków.

– W punkcie 4.3.1.14 SIWZ:

Według szacunku Zamawiającego Wykonawca musi zabezpieczyć na cały okres świadczenia usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych określony umową wynikającą z niniejszej SIWZ 400 000 worków na bioodpady odbierane z zabudowy jednorodzinnej. Zamawiający przewiduje konieczność zabezpieczenia wzrostu ilości worków o około 5% w ciągu trwania umowy.

– W punkcie 4.3.1.15 SIWZ:

Zamawiający nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanych ilościach określonych w rozdz. III pkt 4.3.1.14 SIWZ – jest to wartość szacunkowa. Rzeczywista ilość odbieranych worków w trakcie realizacji usługi może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu.

– W punkcie 8 SIWZ:

Dane dotyczące masy odpadów.
Ilości i rodzaje odpadów odebranych z terenu Miasta w czasie, gdy Miasto świadczyło usługę odbioru ze wszystkich rodzajów nieruchomości (zamieszkałych, mieszanych i niezamieszkałych)

kod	rodzaj	2018 r.	2017 r.	2016 r.	2015 r.	2014 r.
-----	--------	---------	---------	---------	---------	---------

– W punkcie 10.11 SIWZ:

4.Zdjęcia/filmy muszą być przechowywane przez Wykonawcę co najmniej 61 dni licząc od dnia następnego po odbiorze odpadów.

5.Zdjęcia/filmy Wykonawca będzie udostępniał Zamawiającemu na żądanie, po wskazaniu Zamawiającego konkretnego dnia, pojazdu, zakresu godzin z minutami w których realizowano odbiór odpadów. Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji żądania w ciągu 2 godzin (w dni robocze) od momentu zgłoszenia żądania przez Zamawiającego.

9.Systemy Wykonawcy powinny zapewniać rejestrację lokalizacji pojazdów za pomocą systemu GPS oraz rejestrację zdjęć lub filmów dokumentujących przejazd pojazdów. Wykonawca udzieli Zamawiającemu dostęp do systemu prezentującego lokalizację pojazdów wraz z mapą Miasta



Chorzów przez cały okres trwania umowy przez 6 użytkowników Zamawiającego. Mapa miasta powinna zawierać przynajmniej warstwę sieci dróg oraz budynków.

Ponadto w treści wzoru umowy zawarto następujące postanowienia:

- W paragrafie 1 ust. 5 wzoru umowy:

Wykonawca ma obowiązek wykonywać przedmiot umowy w sposób fachowy, niepowodujący niepotrzebnych przeszkód, ograniczając niedogodności dla mieszkańców miasta Chorzów do niezbędnego minimum.

- W paragrafie 8 ust. 7 wzoru umowy:

Zamawiający zastrzega sobie możliwość przesuwania niewykorzystanych wolumenów odpadów pomiędzy poszczególnymi zakresami przedstawionymi w tabelach 1 lub 2 formularza ofertowego (Załącznik 1A) do SIWZ wynikającymi z szacowanych ilości odpadów przewidzianych do odbierania i zagospodarowania w zakresie do 45% ilości odpadów stanowiących podstawę wyliczenia oferty:

- *przesuwanie niewykorzystanych ilości odpadów w ramach tabeli 1, czyli pomiędzy ilościami niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, surowców wtórnych (papieru, tworzyw sztucznych, metali, opakowań wielomateriałowych i szkła) oraz pozostałych odpadów gromadzonych w sposób selektywny.*
- *przesuwanie niewykorzystanych ilości odpadów w ramach tabeli 2, czyli pomiędzy ilościami odpadów odbieranych w ramach świadczenia tzw. usług dodatkowych (odbiór i zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych, odpadów wielkogabarytowych i bioodpadów).*

Zmiany w tym zakresie zostaną dostosowane do bieżących potrzeb Zamawiającego, bez zwiększania całkowitej wartości zamówienia i bez konieczności aneksowania umowy jednak po wcześniejszym pisemnym poinformowaniu Wykonawcy.

- W paragrafie 17 ust. 1 punkcie 1.2 wzoru umowy:

„Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy:

(....) Gdy Wykonawca przedłożył Zamawiającemu zgłoszenie swej upadłości w celu likwidacji firmy. Wykonawca przystąpił do likwidacji swojej firmy, z wyjątkiem likwidacji przeprowadzonej w celu przekształcenia. W terminie 30 dni od dnia otrzymania informacji przez Zamawiającego.”

- W paragrafie 8 ust. 9 wzoru 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.

9. Po otrzymaniu protokołu wstępnego, Zamawiający przystąpi do rozliczenia usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w celu przekazania Wykonawcy ewentualnych uwag do jakości świadczonych usług za dany miesiąc. W przypadku uwag do rozliczenia danego miesiąca z zakresu ilości faktycznie zrealizowanych odbiorów odpadów i przekazanych do zagospodarowania, Zamawiający w terminie do 15 dni od dnia podpisania protokołu wstępnego przekaże Wykonawcy swoje uwagi. Miesięczne sprawozdanie ze świadczenia usług, czyli protokół wstępny musi zostać zaakceptowany przez obie Strony umowy najpóźniej ostatniego dnia roboczego miesiąca następującego po tym, którego dotyczy sprawozdanie. W przypadku zaakceptowania przez Wykonawcę uwag do przedstawionego rozliczenia, z których wynikać będzie konieczność korekty ilości zrealizowanych odbiorów, Wykonawca zobowiązany będzie do złożenia zgodnie obowiązującymi przepisami korekty faktury za dany miesiąc świadczenia usługi. W takim przypadku termin płatności będzie liczony od dnia otrzymania przez Zamawiającego skorygowanej faktury”

– W paragrafie 11 ust. 2 wzoru umowy:

Zamawiający naliczy kary umowne w następujących wypadkach w podanych poniżej wysokościach (...) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (...)

- w wysokości 800,00 zł za każdy dzień opóźnienia powyżej siedmiu dni od dnia podpisania niniejszej umowy w uruchomieniu u Zamawiającego oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego lokalizację pojazdów GPS i zapisy z kamer na samochodach. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 800,00 zł i ilości dni opóźnienia w stosunku do wyznaczonego terminu.
- w wysokości 800,00 zł za każdy dzień opóźnienia od dnia podpisania niniejszej umowy w realizacji obowiązku oznakowania pojazdów w sposób określony w rozdz. III pkt 10.5.8 SIWZ. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 800,00 zł, liczby nieoznakowanych lub nieprawidłowo oznakowanych pojazdów i ilości dni opóźnienia w stosunku do dnia podpisania umowy.
- w wysokości 800,00 zł za każdy dzień opóźnienia w realizacji obowiązku oznakowania pojemników w sposób określony w rozdz. III pkt 6.1.6. oraz 6.3.4.2 SIWZ po upływie terminu określonego w rozdz. III pkt 6.1.12 oraz 6.1.13 SIWZ. Kara



- będzie naliczana jako iloczyn kwoty 800,00 zł, ilości nieoznaczonych pojemników i ilości dni opóźnienia w stosunku do wyznaczonego terminu.*
- 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.*
 - w wysokości 100,00 zł za każdy dzień opóźnienia w sprzątnięciu wokół ogólnodostępnych zestawów do segregacji odpadów w stosunku do terminów określonych w harmonogramie, o którym mowa w rozdz. III pkt 9.3.4 SIWZ. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 100,00 zł, ilości zestawów wokół których Wykonawca nie posprzątał lub niedokładnie posprzątał, na których nastąpiło opóźnienie oraz ilości dni opóźnienia w stosunku do harmonogramu.*
 - w wysokości 500 zł za każdy dzień opóźnienia w przekazywaniu kompletnego protokołu wstępnego, szerzej opisanego w rozdz. III pkt 10.8.2. SIWZ.*
 - w wysokości 500,00 zł za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu Zamawiającemu ostatecznego projektu kalendarzy w stosunku do terminów określonych w rozdz. III pkt 10.7 SIWZ, w każdym roku trwania umowy; kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 500,00 zł i ilości dni opóźnienia w stosunku do wyznaczonego w SIWZ terminu.*
 - w wysokości 100,00 zł za każdy dzień opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu kopii formularza dokumentującego podstawienie pojemnika/kontenera/worka big-bag do odbioru następujących odpadów: budowlanych i rozbiórkowych, wielkogabarytowych oraz bioodpadów w ramach usług dodatkowych w stosunku do terminów określonych w rozdz. III pkt 4.3.3.5, 4.5.4.6 oraz 4.7.1.5. SIWZ, czyli po upływie 2 dni roboczych od podstawienia kontenera. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 100,00 zł, ilości formularzy, które nie zostały przekazane i ilości dni opóźnienia w stosunku do wyznaczonego w SIWZ terminu.*
 - w wysokości 500,00 zł za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu obowiązków Wykonawcy wynikających z rozdz. III pkt 3.2 SIWZ, czyli nie stosowanie się Wykonawcy do zleceń i uwag przesyłanych przez Zamawiającego w ramach tabeli zgłoszeń. Kara ta będzie dotyczyć zapisów w tabeli zgłoszeń innych niż te, które będą dotyczyć braku harmonogramowego odbioru odpadów.*



- w wysokości 500,00 zł, za każdy przypadek opóźnienia w dostarczeniu worków do selektywnej zbiórki odpadów, na bioodpady i/lub worków typu big-bag do Zamawiającego w terminie do 2 dni roboczych od otrzymania zgłoszenia w tabeli zgłoszeń o konieczności ich dostawy; kara będzie naliczana za każdy dzień opóźnienia po przekroczeniu wyznaczonego terminu.
- w wysokości 500,00 zł za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu Zamawiającemu wszystkich kluczy, pilotów itp. do bram i drzwi umożliwiających wejście na podwórka zamknięte na klucz. Kara będzie naliczona jako iloczyn kwoty 500 zł oraz ilości dni opóźnienia w stosunku do terminu wskazanego w § 12 ust. 7 umowy. W przypadku przekazania przez Wykonawcę klucza/y bez opisów identyfikujących poszczególne nieruchomości tj. bez adresu nieruchomości oraz numeru posesji, kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 500 zł oraz ilości dni opóźnienia w przekazaniu kluczy identyfikujących nieruchomości. Każdy klucz musi być opisany identyfikatorem z adresem, który zawiera minimum ulicę i numer nieruchomości. Zamawiający nie może mieć wątpliwości, do której nieruchomości należy dany klucz. W przypadku przekazania przez Wykonawcę kluczy bez identyfikatorów Zamawiający naliczy karę tak, jakby tych kluczy nie otrzymał, czyli jako iloczyn kwoty 500 zł oraz ilości dni opóźnienia w przekazaniu identyfikujących daną posesję kluczy.
- w wysokości 1 000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu listy nieruchomości, do których Wykonawca pozyskał klucze, piloty itp. umożliwiające mu dostanie się na teren nieruchomości w celu odbioru odpadów, zgodnie z terminem wskazanym w rozdz. III pkt 13.4 SIWZ. Kara zostanie naliczona jako iloczyn kwoty 1 000,00 zł i liczby dni do momentu otrzymania listy przez Zamawiającego i potwierdzenia tego faktu stosownym protokołem podpisanym przez obie Strony umowy.
- 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 paragrafie 13 wzoru umowy:

Strony wprowadzają bezwzględny zakaz przelewu wierzytelności (art. 509 k.c. i nast.) wynikających z niniejszej umowy (w tym odsetek) na osoby trzecie.
- W paragrafie 16 ust. 2 punktach 1) oraz 2) 2.2. i 2.3. oraz wzoru umowy:



1. (...)
2. Dopuszcza się 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 komunalnych lub dodanie nowej instalacji komunalnej. W takim przypadku strony będą działać według zasad określonych w § 4 ust. 6 umowy i braku możliwości zwiększenia ceny jednostkowej za tonę odpadów

2) Zmiany wysokości wynagrodzenia, w następstwie

- 2.1. zmiany stawek podatku VAT. W takim przypadku wartość wynagrodzenia netto nie ulega zmianie, jedynie wartość wynagrodzenia brutto zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów. Zmiana wynagrodzenia odnosić się będzie do części przedmiotu umowy niezrealizowanej, po dniu wejścia w życie przepisów zmieniających lub wprowadzających stawkę podatku od towarów i usług VAT oraz do części przedmiotu umowy, do której zastosowanie znajdzie zmiana stawki podatku od towarów i usług VAT lub wprowadzenie nowego podatku. W przypadku zaistnienia opisanej sytuacji po wejściu w życie przepisów będących przyczyną waloryzacji, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o dokonanie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia – wskaże kwotę, o którą wynagrodzenie Wykonawcy ma ulec zmianie, oraz datę, od której nastąpiła bądź nastąpi zmiana wysokości kosztów wykonania umowy uzasadniająca zmianę wysokości wynagrodzenia należnego



Wykonawcy. Zmiana stawki podatku VAT nie dotyczy Wykonawców, którzy zadeklarowali w ofercie, iż nie są płatnikami podatku VAT,

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.”

– W paragrafie 17 wzoru umowy:

Wyżej przytoczone postanowienia OPZ w ocenie Odwołującego są niezgodne w wymogami sporządzenia tego dokumentu określonymi w przepisach ustawy p.z.p., a w części pozostają w sprzeczności z przepisami innych ustaw. Szczegółowe zarzuty w odniesieniu do poszczególnych jednostek redakcyjnych OPZ zawarte zostaną w ramach punktu II. niniejszego odwołania, z zachowaniem wyżej oznaczonej kolejności oraz punktacji.

Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z raportem Prezesa UOKiK z dnia 11 maja 2020 r. „Badanie rynku usług związanych z zagospodarowaniem odpadów komunalnych w instalacjach w latach 2014-2019” standardowe struktury kosztów w ujęciu rodzajowym faktycznie różnią się od ceny zakupu usług polegających na przyjęciu frakcji palnej z odpadów. W instalacjach, które w związku z morfologią odpadów na danym terenie, wydobywały z nich duże ilości frakcji palnej – udział tego rodzaju kosztów mógł przekraczać nawet 40% kosztów ogółem.



Niezależnie od powyższego w tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, że postanowienia OPZ nie uwzględniają w ogóle okoliczności faktycznych wynikających z pandemii COVID-19, na które naprowadzono w ramach punktu 2 powyżej.

II. Uzasadnienie zarzutów Odwołania

Ad. 1 – Zarzut naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p.

Odnosząc się do zarzutu ad. 1 niniejszego odwołania tj. naruszenia art. 91 ust. 1 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, należy wskazać co następuje.

Jak wskazano powyżej w treści opisu stanu faktycznego niniejszego Odwołania w treści Postępowania Zamawiający określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:

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

Dalej wskazać należy, że w odniesieniu do powyższych kryteriów Zamawiający oznaczył dodatkowo sposób ich oceny tj. zgodnie z punktem XVI 2.2.-2.4. SIWZ:

2. *Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK-SORCIK – 10%, waga punktowa 10 pkt.*
Zamawiający przyzna Wykonawcy 10 punktów w tym kryterium oceny ofert, jeśli Wykonawca utworzy i uruchomi punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych na terenie Chorzowa w terminie do 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.



2.3. *Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa – 10%, waga punktowa 10 pkt.*

Zamawiający przyzna Wykonawcy 10 punktów w tym kryterium oceny ofert, jeśli Wykonawca wykaże, że położenie jego bazy magazynowo-transportowej mieści się w odległości nie większej niż 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzowa włącznie. Przez wykazanie położenia bazy Zamawiający rozumie złożone wraz z formularzem ofertowym oświadczenie Wykonawcy. Odległość bazy od granic administracyjnych miasta Chorzowa Wykonawca obliczy na podstawie ogólnodostępnego serwisu mapowego Google Maps wyznaczając w tym serwisie najkrótszą możliwą trasę drogami publicznymi, które uwzględniają poruszanie się pojazdów transportujących odpady, czyli o odpowiednio wysokim tonażu.

W przypadku Wykonawców, których baza magazynowo-transportowa jest położona powyżej 30 km od granic administracyjnych Chorzowa Zamawiający nie przyzna żadnych punktów w tym kryterium oceny ofert. Posiadanie przez Wykonawcę bazy magazynowo-transportowej w mieście Chorzów oznacza że znajduje się ona w odległości do 30 km, a Wykonawca wtedy wpisuje w formularzu ofertowym 0 km, tym samym uzyskuje 10 pkt. W przypadku, jeżeli Wykonawca wskaże dwie lub więcej baz, które będzie wykorzystywał przy świadczeniu usługi, to jeżeli co najmniej jedna z nich będzie znajdowała się w odległości większej niż 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzowa to Wykonawca nie uzyska punktów w tym kryterium.

2.4. *Skrócenie terminu podstawienia zestawów do segregacji – 20%, waga punktowa 20 pkt.*

Zamawiający założył w niniejszej SIWZ, że Wykonawca podstawí 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 20 punktów.

Zamawiający 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.

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**. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza „uczciwa konkurencja powinna być definiowana jako dążenie do uzyskania jak najlepszych ofert, a nie dostosowywanie (minimalizowanie) wymagań do odpowiadających danemu wykonawcy. Wysokie wymagania same w sobie nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji, lecz są nakierowane na wysoką jakość usługi” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2015 r., sygn. akt KIO2331/15). Ponadto „zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 638/15).

W odniesieniu do powyższych kryteriów, poza ewidentnym preferowaniem dotychczasowego wykonawcy zamówienia publicznego, 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.”

Wreszcie, 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.

Dotychczasowy wykonawca zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu miasta Chorzów tj. PTS ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie dysponuje bowiem bazą na terenie Miasta Chorzów, a tym samym spełnia, niejako z miejsca, jedno z pozacenowych kryteriów ocen ofert. W odniesieniu do powyższego kryterium 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%. W odniesieniu do powyższego kryterium zaś w istocie stanowi ono powielenie kryterium cenowego, albowiem odległość bazy 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 świadczonej usługi. Taka konstrukcja kryterium pozacenowego ofert nie może się tym samym ostać.

Dalej wskazać należy, iż podmiot ten jest właścicielem pojemników do sortowania odpadów, które aktualnie znajdują się na terenie Miasta Chorzów, a tym samym nie tylko nie musi dokonać ich zamówienia, co umożliwi mu skrócenie terminów, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego z uwagi na brak konieczności ich zamówienia i uwzględnieniu czasu niezbędnego na ich produkcję i dostawę, ale ponadto, dodatkowo nie potrzebuje czasu i nie musi ponieść dodatkowych kosztów związanych z ich rozstawieniem na terenie Miasta Chorzów. Wreszcie, odnosząc się do kryteriów związanego ze skróceniem uruchomienia PSZOK-SORCIK, zaznaczyć należy, że wykonawca ten 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 rzeczonoego kryterium oceny ofert należy dodatkowo podkreślić, że w przypadku niemożności znalezienia lokalizacji celem organizacji punktu PSZOK-SORCIK przez wykonawcę, zamawiający w treści SIWZ wskazał nieruchomość, którą może udostępnić wykonawcy w tymże celu. Przedmiotowa nieruchomość, co przedstawiają załączone do niniejszego odwołania zdjęcia, stanowi nieruchomość, niezabudowaną, na której powyższy punkt musi zostać stworzony od podstaw. W tym stanie rzeczy, już z uwagi na same terminy administracyjne związane z uzyskaniem właściwych decyzji i pozwoleń (m.in. pozwolenie na budowę), zabudowa i dostosowanie tejże nieruchomości do potrzeb zamawiającego uznać należy za niemożliwe w terminie 90 dni określonym w treści SIWZ, co dopiero zaś jego skrócenia. Powyższe zresztą potwierdza sam zamawiający, który ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę punktu PSZOK na terenie Miasta Chorzów, w ramach którego termin na realizację tychże prac określił na 17 miesięcy. 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 90 dni od daty zawarcia 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.

Ad. 2 – 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 art. 139 k.c.

W punkcie 2) petitum niniejszego Odwołania sformułowano zarzuty dotyczące niezgodności SIWZ z określonymi w ustawie prawo zamówień publicznych warunkami, jakim powinien odpowiadać przygotowywany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia tj.: 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:



- w punkcie 4.4.8. zastrzega, że co najmniej 40 % nieruchomości stanowiących ścista 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 60%, 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 10.2.5 zastrzega, że wykonawca zobowiązany jest do odbierania odpadów również w przypadku remontów dróg dojazdów czy dojść do posesji, przy czym wykonawca ma śledzić komunikaty umieszczane m.in. w prasie celem powzięcia wiedzy o danym przypadku remontu, przebudowy, zaś zamawiający nie jest bezwzględnie zobowiązany do przekazania szczegółowych informacji na temat prac oraz do zapewnienia wykonawcy możliwości alternatywnego dostępu do nieruchomości obsługiwanych na podstawie zamówienia publicznego,
- 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, wymiarze,



- w punkcie 4.2.1.2. SIWZ wskazał, że ilość kompletów worków, do zapewnienia których obowiązany jest wykonawca może wzrosnąć o około 3% w czasie trwania umowy, czym uniemożliwienia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów,
- w punkcie 4.2.1.3 SIWZ wskazał, że Zamawiający nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanych ilościach, są to wyłącznie ilości szacunkowe, a rzeczywista ilość odbieranych odpadów może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów,
- w punkcie 4.3.1.5 SIWZ wskazał, 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),
- w punkcie 4.3.1.14 SIWZ wskazał, że Zamawiający przewiduje konieczność zabezpieczenia wzrostu ilości worków o około 5% w ciągu trwania umowy, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów,
- w punkcie 4.3.1.15 SIWZ wskazał, że Zamawiający nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanym ilościach określonych w rodz. III pkt 4.3.1.14 SIWZ – jest to wartość szacunkowa, zaś rzeczywista ilość odbieranych worków w trakcie realizacji usługi może ulec zmianie, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów,
- w paragrafie 1 ust. 5 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 punkcie 8 SIWZ zaniechał wskazania danych dotyczących masy odpadów tj. ilości i rodzajów odpadów odebranych z terenu Miasta w roku 2019 r., co uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny ofertowej,
- w zakresie, w jakim w punktach 10.11. 4 oraz 5. i z 10.11.9 SIWZ określa w sposób niejednoznaczny warunki prowadzonych przez Wykonawcę czynności rejestracji obrazu podczas świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, poprzez określenie w punkcie 10.11.4. oraz 5 wymogu gromadzenia zapisów z nagrań i ich udostępnianie na każde żądanie, zaś w punkcie 10.11.9. łączy czynności dostępu do zarejestrowanego obrazu z czynnościami bieżącego udostępniania lokalizacji, co generuje obowiązek leżący po stronie wykonawców do zapewnienia odpowiedniego systemu umożliwiającego wspólne śledzenie obrazu i lokalizacji GPS, a co w konsekwencji należy uznać za stanowi wymóg



- nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także nakłada na Wykonawcę generowania kosztów logistyki, poprzez wymóg wprowadzenia odpowiedniego systemu oraz oprogramowania umożliwiających dostępność obrazu w czasie rzeczywistym;
- w zakresie, w jakim w paragrafie 8 ust. 7 umowy określa 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.

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 zaznaczyła, 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. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań



dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które bezzasadnie ogranicza możliwość złożenia ofert wykonawcom mającym wszelkie kwalifikacje i możliwości jego wykonania, a nie mogą złożyć oferty z uwagi na brak informacji, które są dla nich niezbędne, aby przedmiot zamówienia zrealizować.” Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia, że: „Dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, oznacza zapewnienie, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. 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). W orzecznictwie nie budzi wątpliwości okoliczność, że „Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być konkretne, jednoznaczne i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.” (tak: KIO w wyroku z dnia kwietnia 2019 r., sygn. akr KIO 512/19), ani też, że: „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. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określających przedmiot i sposób wykonania zamówienia, wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.” (tak: KIO w wyroku z dnia 8 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2197/18).

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia publicznego w ramach Postępowania, jak wyżej, 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. Zamawiający w SIWZ posługuje się zwrotami ogólnymi, szacunkami, próbując w tym zakresie przerzucić ryzyko 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). I tak przykładowo wskazać należy na następujące tezy z orzeczeń KIO:

- *„Dla wykonawców ważnym jest, aby Zamawiający podał w opisie przedmiotu zamówienia precyzyjne i dokładne dane, na podstawie których będą mogli oni dokładnie oszacować wartość prac i skalkulować realnie ofertę.”* (tak: KIO w wyroku z dnia 21 maja 2019 r., sygn. akt KIO 847/19),
- *„Sporządzenie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem zamawiającego i ma wpływ na złożenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy byli w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji bądź nadmiernych ryzyk związanych z lukami w ww. opisie, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i skalkulować ofertę. Zaniechanie wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, w szczególności odsyłanie do informacji posiadanych przez inne podmioty, stanowi naruszenie obowiązków zamawiającego.”* (tak: KIO w wyroku z dnia 1 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 479/19),
- *„Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształtując treść postanowień umownych, powinien kierować się naczelną zasadą prawa zamówień publicznych, tj. określoną w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny mieć negatywnego wpływu na konkurencję pomiędzy wykonawcami poprzez jej ograniczenie czy zakłócenie. Taka sytuacja będzie występować między innymi w przypadku obciążenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym ryzykiem kontraktowym, którego prawidłowe oszacowanie będzie bardzo trudne lub wręcz niemożliwe.*

Obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontraktowym 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.

Zamawiający nie może wywodzić swojego uprawnienia do zaniechania zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty z okoliczności ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia za realizację usługi. Obowiązki w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia nie ulegają zmniejszeniu z racji zastosowanego wynagrodzenia ryczałtowego. Wręcz przeciwnie, jeżeli bowiem wynagrodzenie ryczałtowe ma obejmować cały zakres zamówienia i nie może ono podlegać zmianie (za wyjątkiem nadzwyczajnych sytuacji), to tym bardziej wykonawca powinien posiadać niezbędny zestaw informacji pozwalający mu na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i w konsekwencji oferowaną cenę. Nie można zaakceptować sytuacji, w której zamawiający będzie wymagał zaoferowania przez wykonawców niepodlegającej zmianie (poza nadzwyczajnymi sytuacjami) kwoty wynagrodzenia za realizację przedmiotu, który może podlegać nieograniczonym zmianom.” (tak: KIO w wyroku z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 2030/18).

- 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. Przepis ten zobowiązuje bowiem zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określającego przedmiot i sposób wykonania zamówienia, wszystkich wymagań i



okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. (tak: KIO w wyroku z dnia 13 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1494/18).

- „Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza ustawę z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p.. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ

Art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. zobowiązuje do opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.” (tak: KIO w wyroku z dnia 8 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1023/18).

Odnosząc powyższe do zarzutu sformułowanego w punkcie 2) petitum niniejszego Odwołania wskazać należy, że 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. Słusznie bowiem Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek Zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.”, zaś „Zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców. Jednocześnie ograniczenia w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia zawiera norma art. 29 ust. 2 p.z.p.,



która zakazuje opisanie przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1271/19). Zamawiający zaś przygotowując opis przedmiotu zamówienia w ramach Postępowania, należytej staranności niewątpliwie nie dochował, a tym samym nie wywiązał się z podstawowego obowiązku, jaki nakłada na niego ustawa prawo zamówień publicznych. Nie wolno zaś zapominać, że zamawiający publiczni, jako dysponenci 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.

Ad. 3 – Zarzut naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. z art. 144 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 11c oraz 15r ustawy COVID-19

Niezależnie od wyżej sformułowanych zarzutów dotyczących Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Odwołujący pragnie wskazać, że przygotowując powyższy dokument, w tym w szczególności projekt wzoru umowy o zamówienie publiczne Zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę aktualnej, szczególnej sytuacji związanej ze stanem epidemii COVID-19. Jak wskazano powyżej, w treści punktu I.2 niniejszego uzasadnienia 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. Wobec powyższego wykonawca, jako strona umowa traci możliwość powołania się na powyższe okoliczności, jako na siłę wyższą, ponadto nie będzie uprawniony w ocenie Odwołującego do dokonania następczej zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 3 p.z.p. 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 ustawy 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.

Ad. 4 – Zarzut naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 83 ustawy prawo upadłościowe w zw. z postanowieniem paragrafu 17 ust. 1 punktu 1.2. wzoru umowy

Stosownie do postanowień art. 83 ustawy prawo upadłościowe: *„Postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne.”*. W treści paragrafu 17 ust. 1 punkt 1.2. wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo odstąpienia do umowy na wypadek ogłoszenia upadłości wykonawcy. Postanowienie to pozostaje w jawnej sprzeczności z wyżej wskazaną regulacją prawną, co tym samym czyni zarzut odwołania ad. 4 koniecznym i w pełni uzasadnionym.

Ad. 5 – Zarzut naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 106i ust. Ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z paragrafem 8 ust. 9 wzoru umowy

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.

Ad. 6 – Zarzut naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w związku z postanowieniami paragrafu 11 ust. 2 punktów 2.1.4, 2.1.6, 2.1.7, 2.1.11., 2.1.12, 2.1.13, 2.1.16, 2.1.17, 2.1.19, 2.1.20, 2.1.24, 2.1.25, 2.1.16 wzoru umowy

W treści paragrafu 11 umowy ust. 2 punktach 2.1.4, 2.1.6, 2.1.7, 2.1.11., 2.1.12, 2.1.13, 2.1.16, 2.1.17, 2.1.19, 2.1.20, 2.1.24, 2.1.25, 2.1.16 wzoru umowy określono uprawnienie zamawiającego do naliczenia od wykonawcy kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji poszczególnych obowiązków kontraktowych. Na gruncie przepisów prawa cywilnego, w odniesieniu do niedotrzymania terminów kontraktowych rozróżnia się dwa pojęcia tj. pojęcie opóźnienia, którym posłużył się we wzorze umowy zamawiający, oraz pojęcie zwłoki. Pojęcie opóźnienia, jako pojęcie o charakterze szerszym obejmuje w zasadzie wszystkie przypadki nieterminowej realizacji umowy, podczas gdy węższe pojęcie tj. zwłoki odnosi się wyłącznie do okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi strona, która dopuszcza się naruszenia umowy (nieterminowego działania). Oczywiście co do zasady uznać należy, że w ramach swobody kontraktowej, strony umowy uprawnione są do odpowiedniego rozszerzania lub zawężania odpowiedzialności ustawowej za nienależyte wykonanie umowy, nie mniej nie można zapominać, że w przypadku zamówień publicznych mamy do czynienia za swoistą przewagą jednej ze stron umowy, tj. zamawiającego, który samodzielnie konstruuje i narzuca wykonawcy określone brzmienie postanowień kontraktowych. W tym stanie rzeczy przyjęć należy, że takie rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy uznać należy za nadmierne i przekraczające określoną w art. 353[1] k.c. swobodę umów. Za takim rozumieniem omawianej normy przemawia zresztą stanowisko przyjęte przez samego prawodawcę na gruncie nowej ustawy prawo zamówień publicznych, która w życie wejdzie dnia 1 stycznia 2021 r., zgodnie z treścią której przedmiotowe zastrzeżenie uznane zostało za klauzulę abuzywną. Oczywiście odwołujący pozostaje świadom okoliczności, iż powołany przepis nie znajdzie wprost zastosowania do umowy, którą zamawiający zawarł z wykonawcą w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania, nie mniej w jego ocenie stanowi on wyraźną przesłankę interpretacyjną w zakresie należytego konstruowaniu umów o zamówienie publiczne na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów prawnych. Dodatkowo odwołujący zauważa, że zawarta w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania umowa realizowana będzie w zasadniczej części po styczniu 2021 r., a tym samym przyjęcie odmiennych w stosunku do nowo uchwalonych standardów warunków kontraktowych, prowadziło będzie do powstania faktycznej



nierówności pomiędzy wykonawcami realizującymi w tym samym okresie umowy o realizację zamówień publicznych, w zależności od tego kiedy doszło do ogłoszenia określonego postępowania.

W tym stanie rzeczy, odwołujący wnosi jak w petitum.

Ad. 7 – Zarzut naruszenia art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w związku z postanowieniami paragrafu 13 wzoru umowy

Stosownie do postanowień paragrafu 13 wzoru umowy zamawiający wprowadził do jej treści całkowity zakaz cesji wierzytelności. W ocenie odwołującego, podobnie jak w przypadku zarzutu ad. 6 powyżej, takie działanie Zamawiającego, pozostającego stroną dominującą w ramach analizowanego stosunku prawnego, jest działaniem nadmiernym i nieuzasadnionym okolicznościami realizacji zamówienia, którego Postępowanie dotyczy. Zważyć należy bowiem, że cesja wierzytelności, która przecież może zostać ograniczona zgodą strony, stanowi jeden z podstawowych instrumentów zabezpieczenia umów, w tym tzw. kredytu obrotowego, które stanowią podstawowy element finansowania bieżącej działalności przedsiębiorców. Powyższe ma ponadto szczególnie istotne znaczenie w obecnych warunkach tj. związanych z epidemią COVID-19, które to okoliczności doprowadziły do faktycznego zaostrzenia warunków udzielania kredytów i pożyczek, w tym na bieżącą działalność, przez instytucje finansowe. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, wprowadzenie przez Zamawiającego do wzoru umowy, ograniczeń jak wyżej, stanowi przekroczenie zasady swobody umów.

W tym stanie rzeczy, odwołujący wnosi jak w petitum.

Ad. 8 – Zarzut naruszenia art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p.

Odnosząc się do treści zarzutu ad. 8 niniejszego odwołania, odnosząc się do okoliczności faktycznych naprowadzonych w treści punktu I (Stan faktyczny) odwołania, 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



miejszu 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 zamawiającego 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.

Ad. 9 – Zarzut naruszenia 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.

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.

Wobec powyższego przerzucenie 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.

W tym stanie rzeczy, odwołujący wnosi jak w petitum

Ad. 10 – Zarzut naruszenia art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 142 ust. 5 pkt 3) ustawy p.z.p.

Stosownie do postanowień art. 142 ust. 5 pkt 3 p.z.p.: „Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany (...) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne”. W treści wzoru umowy o zamówienie publiczne, w tym w treści paragrafu 16 tejże umowy, który reguluje problematykę zmian umowy o zamówienie publiczne, nie zawarto żadnego postanowienia umownego, które regulowałoby zasady zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wypadek zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych. Nie może zaś budzić wątpliwości okoliczność, że umowa, jaka ma zostać zawarta pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym obejmować będzie okres przekraczający 12 miesięcy. Tym samym zamieszczenie właściwej regulacji umownej w tym względzie jest konieczne, co tym samym czyni zarzut odwołania ad. 10 koniecznym i w pełni uzasadnionym.

Ad. 11 - Zarzut naruszenia at. 144 ust. 1 pkt 1) p.z.p.

W odniesieniu do zarzutu ad. 11 niniejszego 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 wystąpienie 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.

Ad. 12 – Zarzut naruszenie art. art. 353[1] k.c. w zw. z art.746 k.c.

Odnosząc się do zarzutu ad. 12 niniejszego odwołania, 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 rzezonego 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.

III. 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 wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w sposób tamże określony.

Mając na względzie powyższe, jak w petitum niniejszego Odwołania, Odwołujący wnosi odpowiednio:

- 1) w przypadku uwzględnienia zarzutów opisanych w punktach 1-5) Odwołania o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w sposób tamże określony;
- 2) w przypadku uwzględnienia zarzutu opisanego w punkcie 6) Odwołania, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Wykonawcę, odrzuceniu oferty Wykonawcy, dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu.



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 25.05.2020 r.;
 - [2] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia;
 - [3] Wzór Umowy
- 4) Dowód wysłania Zamawiającemu kopii odwołania za pomocą poczty elektronicznej lub faksu.

Otrzymują:

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

