



Kancelaria Radców Prawnych
Kajda, Salamon-Madej Sp. P.

Katowice, dnia 24 sierpnia 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miasto Chorzów, NIP: 627-273-38-08

Rynek 1,

41-500 Chorzów

tel.(32) 416 52 37, (32) 416 50 00

fax (32) 416 56 40

e-mail: bzp@chorzow.eu

Strona internetowa: www.chorzow.eu,

Platforma Zakupowa: <https://platformazakupowa.pl/pn/chorzow>

Odwołujący:

PTS ALBA sp. z o.o. (KRS: 0000084737)

ul. Bytkowska 15

41-503 Chorzów

tel: (32) 249 56 80

e-mail: sekretariat.pts-alba@alba.com.pl

Pełnomocnik: Klaudia Łapińska – radca prawny, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 sierpnia 2020 r.

Numer sprawy: **RZP.271.385.2020**

Przedmiot zamówienia: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Chorzów” (dalej również jako: „**Postępowanie**”)

Tryb: przetarg nieograniczony, wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 pzp

Nr Ogłoszenia

opublikowanego

w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675 z dnia 12 sierpnia 2020 r.

Termin powzięcia wiadomości

o podstawie

do wniesienia odwołania: 12 sierpnia 2020 r.

Data upływu terminu

do wniesienia odwołania: 24 sierpnia 2020 r.

Odwołanie

Działając w imieniu PTS ALBA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (dalej jako: „**Odwołujący**”), uprawniony do jej reprezentacji na mocy pełnomocnictwa z dnia 21 sierpnia 2020 r. na podstawie art. 180 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019, Poz. 1843 z późn. zm.) (dalej jako: „**pzp**”) składam odwołanie wobec treści Ogłoszenia oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „**SIWZ**”) opublikowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu na Platformie Zakupowej w dniu 12 sierpnia 2020 r., w tym w szczególności na zapisy w :

- i. *Cz. III pkt 4 i 9 SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia* w części dotyczącej zmian harmonogramów wywozów odpadów (ppkt 4.4.2, 4.4.3, 4.4.4. oraz ppkt. 9.4., 9.8. SIWZ);
- ii. *Cz. III pkt 10 SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia* w części dotyczącej wymogu odbierania odpadów w okresie pandemii zgodnie z wytycznymi odpowiednich organów (ppkt.10.2.10);
- iii. *Cz. III pkt 10 SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia* w części dotyczącej obowiązku każdorazowego zgłoszenia odpowiednim służbom utrudnionego dojazdu do posesji celem dokonania odbioru odpadów pod rygorem nałożenia kar umownych zastrzeżonych w § 11 ppkt 2.1.13 wzoru umowy (ppkt. 10.2.2, 10.2.3, 10.2.4 SIWZ);
- iv. *Cz. III pkt 10 SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia* w części dotyczącej obowiązku zachowania ciągłości świadczenia usług niezależnie od panujących w danym momencie warunków atmosferycznych (ppkt. 10.2.6);
- v. *Cz. III pkt 10 SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia* w części dotyczącej obowiązku udostępnienia zdjęć/filmów z procesu wykonywania usługi w terminie 2 godzin od otrzymania żądania zamawiającego (ppkt. 10.10.5);
- vi. *Cz. III pkt 10 SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia* w części dotyczącej bezwzględnego obowiązku utrzymania czystości kamer zamontowanych na pojeździe dokonującym odbioru odpadów przez cały okres wykonywania usługi (ppkt. 10.10.7);
- vii. *Cz. III pkt 13 SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia* w części dotyczącej określenia szacunkowej ilości pojemników i worków na niesegregowane i segregowane odpady oraz prawa opcji (ppkt.13.7, 13.8, 13.15, 13.16);

- viii. *Załączniku nr 1A Formularz cenowy do SIWZ w części dotyczącej określenia szacunkowej ilości odpadów i pojemników;*
- ix. „Umowie nr” stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ tj.
- §3 ust.2 ppkt.2.1.1 „2. Etapy realizacji niniejszej umowy: 2.1.1. do dnia podpisania umowy – Wykonawca zapozna się z harmonogramami odbioru poszczególnych rodzajów odpadów” będącego w sprzeczności z cz.III ppkt.9.1. SIWZ „9. Harmonogramy wywozu odpadów: 9.1.Odbiór odpadów będących przedmiotem niniejszego zamówienia odbywać się będzie zgodnie z posiadanymi przez Zamawiającego harmonogramami wywozu odpadów. Harmonogramy stanowią załączniki do niniejszej SIWZ, przy czym harmonogramy z nazwami kontrahentów zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 7 dni licząc od dnia podpisania umowy. Wykonawca ma obowiązek zapoznać się z harmonogramami, sprawdzić je i dostosować do rejonów ustalonych przez siebie.”

Szczegółowy zakres kwestionowanych postanowień SIWZ został omówiony w uzasadnieniu odwołania.

Poprzez sformułowanie wskazanych powyżej postanowień SIWZ Zamawiający naruszył następujące przepisy pzp:

- art. 7 ust. 1 pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności;
- art.29 ust.1 i 2 pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia;
- art.34 ust.5 pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie prawa opcji;

w tym w szczególności:

- a. art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na braku precyzyjnego określenia zakresu i zasad zmiany

harmonogramów wywozów odpadów i skutków tych zmian wpływających na koszt wykonania zamówienia (cz.III ppkt 4.4.2, 4.4.3, 4.4.4. oraz ppkt. 9.4., 9.8. SIWZ) ;

- b. art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na określeniu wymogu odbierania odpadów w okresie pandemii zgodnie z wytycznymi organów bez odniesienia się do przepisów prawnych w tej materii i bez przewidzenia ich skutków na koszt wykonania zamówienia (cz.III ppkt 10.2.10 SIWZ);
- c. art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na wykreowaniu niezasadnych i nadmiernie wygórowanych kryteriów realizacji usług obejmujących sytuacje utrudnionego dostępu do posesji, z których dokonywany jest odbiór, zapewnienia ciągłości wykonywania usług niezależnie od warunków atmosferycznych, terminu przekazania nagrań z procesu wykonywania usług odbioru i zapewnienia czystości kamer monitorujących w ciągu całego procesu wykonywania usług (cz. III ppkt. 10.2.2, 10.2.3, 10.2.4, 10.2.6, 10.10.5, 10.10.7),
- d. art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art. 34 ust.5 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia i prawa opcji polegające na nieokreśleniu minimalnego, gwarantowanego poziomu zamówienia w zakresie ilości pojemników i worków, który zostanie na pewno rozliczony (cz.III ppkt. ppkt.13.7, 13.8, 13.15, 13.16 SIWZ);
- e. art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na nieokreśleniu minimalnego, gwarantowanego poziomu zamówienia w zakresie ilości odpadów, który zostanie na pewno rozliczony (Załącznik nr 1A Formularz cenowy do SIWZ);
- f. art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na sprzecznym ujęciu tej samej materii dotyczącej terminu zapoznania się z treścią harmonogramów pomiędzy SIWZ a Umową, (§3 ust.2 ppkt.2.1.1 Umowy, cz.III ppkt.9.1. SIWZ);

oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z powyższym w imieniu Odwołującego wnoszę o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z przepisami pzp, w tym:
 - a) dokładne opisanie okoliczności wpływających na zmiany harmonogramów wywozów odpadów, a w przypadkach gdy zakres zmian nie jest możliwy do przewidzenia -

- wprowadzenie mechanizmu zmiany wynagrodzenia oraz wprowadzenie możliwości jednostronnej zmiany harmonogramów przez wykonawcę w uzasadnionych sytuacjach;
- b) wprowadzenie zapisu, z którego będzie wynikało, iż ewentualne wytyczne organów w okresie pandemii muszą mieć swoje źródło w przepisach prawa i w sytuacji, gdy wygenerują dodatkowe koszty, zostanie przewidziany mechanizm zmiany wynagrodzenia wykonawcy;
 - c) zmianę wymogów wykonywania zamówienia w zakresie dokumentowania sytuacji utrudnionego dostępu do pojemników na posesji, utrzymania ciągłości świadczenia usług zależnie od panujących warunków atmosferycznych, terminu przekazania zdjęć/filmu z procesu wykonywania usługi na żądanie zamawiającego, utrzymania czystości kamer monitorujących świadczenie usług odbioru odpadów w sposób uwzględniający istniejące możliwości techniczne i adekwatny dla zagwarantowania prawidłowości wykonania zamówienia, a jednocześnie nie stanowiący nadmiernego obciążenia dla wykonawcy;
 - d) określenie minimalnego, gwarantowanego poziomu zamówienia w zakresie ilości potrzebnych pojemników i worków, który zostanie na pewno rozliczony i poziomu rozszerzonego w ramach prawach opcji;
 - e) określenie minimalnego, gwarantowanego poziomu zamówienia w zakresie ilości odpadów, który zostanie na pewno rozliczony;
 - f) ujednoczenie terminu zapoznania się z treścią harmonogramów pomiędzy SIWZ a Umową.

Ponadto wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa Odwołującego przez radcę prawnego według norm prawem przepisanych .

Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, gdyż jest jednym z wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu, który ma prawo złożyć w nim ofertę. Jednocześnie ustalona przez Zamawiającego treść SIWZ, wobec której wnosi odwołanie narazi Odwołującego na szkodę z powodu niemożności uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Rozstrzygnięcie odwołania poprzez jego uwzględnienie, spowoduje, iż w tym zakresie możliwe będzie stwierdzenie prawidłowego przebiegu Postępowania i zapewnienie traktowania równego oraz zgodnego z przepisami pzp i SIWZ wszystkim Wykonawcom, w tym Odwołującemu.

Odwołujący powziął informację o podstawie do wniesienia odwołania w dniu 12 sierpnia 2020 r., tj. w dniu, w którym Zamawiający zamieścił na Platformie Zakupowej SIWZ i Ogłoszenie.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 24 sierpnia 2020 roku, czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust.2 pkt.1) pzp z uwzględnieniem art.185 ust.8 pzp, który stanowi, iż jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2020 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 pzp, na dowód czego do niniejszego odwołania załączam potwierdzenie jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

UZASADNIENIE

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Chorzów” w dniu 12 sierpnia 2020 roku poprzez zamieszczenie Ogłoszenia i SIWZ na Portalu Zakupowym. W cz. III SIWZ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, co uniemożliwia Wykonawcom prawidłowe przygotowanie i wycenę oferty. I tak w cz.III pkt.9 SIWZ dotyczącej Harmonogramu wywozu odpadów, Zamawiający wprowadził w ppkt. 9.4 możliwość wskazania nieruchomości, z których odpady muszą być odbierane we wskazanych godzinach bez określenia ich liczby, lokalizacji i godzin odbioru. Ponadto, w ppkt. 9.8 Zamawiający zastrzegł, iż w każdym momencie realizacji umowy może wskazać do obsługi dodatkowe nieruchomości, przy czym nie wprowadził żadnego

mechanizmu zwiększania wynagrodzenia za realizację usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z tych dodatkowych, bliżej nieokreślonych ilościowo nieruchomości. Powyższe w kontekście zapisów ujętych w cz.III pkt.4 SIWZ *Ogólne zasady odbioru poszczególnych rodzajów odpadów* przewidujących inne przypadki, kiedy Zamawiający może zlecić objęcie kolejnych pojemników harmonogramowym odbiorem selektywnym (ppkt.4.4.3.) oraz możliwą zmianę częstotliwość opróżniania dla konkretnych pojemników do segregacji w stosunku do tej wskazanej w cz.III ppkt.4.4.2. SIWZ (ppkt.4.4.4.) świadczy o braku wyczerpującego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art.29 ust.1, 2 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp.

Należy zaznaczyć, iż każda zmiana harmonogramu ma bezpośrednie przełożenie na koszt realizacji usługi, który nie może być oszacowany w sytuacji, gdy wykonawca nie zna precyzyjnego zakresu tej zamiany. W związku z powyższym, celem jest doprecyzowanie wskazanych zapisów SIWZ poprzez dokładniejsze opisanie zmian harmonogramów wywozów odpadów, a w przypadkach gdy zakres zmian nie jest możliwy do przewidzenia - wprowadzenie mechanizmu zmiany wynagrodzenia za realizację dodatkowych usług w ramach przedmiotu zamówienia. Jest to tym bardziej uzasadnione, gdyż w świetle par.11 ust.2 pkt.2.1.13 Umowy stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ., naruszenie harmonogramów obwarowane jest karami umownymi „w wysokości 200,00 zł za każdy dzień opóźnienia w odbieraniu odpadów z nieruchomości objętej obowiązkiem odbierania odpadów, w stosunku do terminów określonych w harmonogramach, o których mowa w rozdz. III pkt 9 SIWZ. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 200,00 zł, ilości nieruchomości, na których nastąpiło opóźnienia oraz ilości dni opóźnienia w stosunku do danego harmonogramu.”. Stąd mając na uwadze przywołane przez Zamawiającego liczne przypadki możliwych zmian częstotliwości wywozu odpadów, celem jest również wprowadzenie możliwości jednostronnej zmiany harmonogramów przez wykonawcę w uzasadnionych sytuacjach.

Następnie w cz. III pkt 10. SIWZ *Opis Przedmiotu Zamówienia* Zamawiający wprowadził w ppkt. 10.2.10 wymóg odbierania odpadów w okresie pandemii zgodnie z wytycznymi odpowiednich organów: „Zamawiający zwraca uwagę, że w przypadku ogłoszenia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, pandemii itp. Wykonawca będzie zobowiązany do odbioru odpadów zgodnie z wytycznymi odpowiednich organów w tym zakresie.” bez sprecyzowania jak zaistnienie tych zmian będzie wpływało na wynagrodzenie wykonawcy. Należy zaznaczyć, iż takie sytuacje i dodatkowe wymogi w tym zakresie mogą znacząco wpłynąć koszty realizacji usługi, stąd oczekiwanie, iż wykonawca weźmie

na siebie całe ryzyko sprostania szczególnym wymaganiom Zamawiającego nie znając zakresu ewentualnych zmian i wytycznych organów, bez możliwości renegotjacji wynagrodzenia w tym zakresie jest bezpodstawne i pozbawione racji. Powyższy opis przedmiotu zamówienia jest zatem niejasny i nieprecyzyjny stąd też narusza art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż koniecznym jest wprowadzenie zapisu, z którego będzie wynikało, iż ewentualne wytyczne organów w okresie pandemii muszą mieć swoje źródło w przepisach prawa i w sytuacji, gdy pociągną za sobą dodatkowe koszty wykonania przedmiotu zamówienia, zostanie przewidziany mechanizm zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Przedmiotowe zmiany uszczegółowią opis przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający prawidłowe oszacowanie oferty a następnie wykonanie zamówienia.

Dalej w cz. III pkt 10 SIWZ *Opis Przedmiotu Zamówienia* wprowadzone zostały wymogi dotyczące realizacji zamówienia, które stanowią bądź to warunki niemożliwe do spełnienia bądź też nadmiernie obciążające wykonawcę, a jednocześnie nie będące niezbędnymi dla zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. W ppkt. 10.2.2, 10.2.3 i 10.2.4 określono wymóg dokumentowania każdej sytuacji utrudnionego dostępu do posesji celem dokonania odbioru odpadów poprzez zgłoszenie tego faktu odpowiednim służbom rozumianym jako Policja, Straż Miejska etc. Wymóg ten w sposób nadmierny obciąża wykonawcę, gdyż każdorazowa interwencja służb będzie powodować opóźnienia w realizacji zamówienia, a jednocześnie możliwe i dopuszczalne są inne wiarygodne sposoby dokumentacji takich zdarzeń. Następnie w ppkt. 10.2.6 określony został obowiązek dokonywania odbioru odpadów niezależnie od warunków atmosferycznych, co w sytuacjach skrajnych nakłada na wykonawcę obowiązek realizacji świadczenia niemożliwego z przyczyn od niego niezależnych i niezawinionych. W ppkt. 10.10.5 zamawiający określił wymóg przekazywania zdjęć/filmów w terminie do 2 godzin od chwili otrzymania żądania zamawiającego, co stanowi warunek nadmiernie obciążający wykonawcę, a jednocześnie niecelowy do zapewnienia prawidłowości i ciągłości realizacji zamówienia. Ostatecznie w ppkt. 10.10.7 określono wymóg zapewnienia czystości kamer znajdujących się na pojeździe w sposób nieuwzględniający ewentualnego niezależnego od wykonawcy wpływu czynników zewnętrznych w tym oddziaływań atmosferycznych, zapylenia etc. Wymogi te wpływają na naruszenie zasad konkurencji w sposób nadmierny obciążając wykonawcę.

Odnosząc się natomiast do cz.III pkt 13 SIWZ *Opis Przedmiotu Zamówienia* w części dotyczącej określenia ilości pojemników i worków na niesegregowane i segregowane odpady oraz prawa opcji w tym zakresie, tj.:

- ppkt 13.7

13.7.1. Szacowane zapotrzebowanie na pojemniki dla nieruchomości na terenie Miasta.

Pojemniki do odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.

Zapotrzebowanie na pojemniki	jednostka	ilość
pojemnik 120 litrów	[szt.]	1912
pojemnik 240 litrów	[szt.]	3964
pojemnik 1100 litrów	[szt.]	1756
Pojemnik typu KP-7 (7000 litrów)	[szt.]	1

13.7.2. Pojemniki i worki do segregacji odpadów.

		Na dzień rozpoczęcia umowy		Stan docelowy *	
Zapotrzebowanie na worki i pojemniki	jednostka	Typ/pojemność	ilość	Typ/pojemność	Ilość
Pojemnik na papier typu dzwon lub 1100 l	[szt.]	Dzwon (2,5 lub 3,2 m ³)	262	1100 l	524
Pojemnik na papier 360 litrów	[szt.]	360 l	1039	Bez zmian	
Pojemnik na papier 240 litrów	[szt.]	240 l	212		
Pojemnik na papier 1100 litrów	[szt.]	1100 l	541		
Pojemnik na szkło typu dzwon lub 1100 l	[szt.]	Dzwon (2,5 lub 3,2 m ³)	261	1100 l	326
Pojemnik na szkło 360 litrów	[szt.]	360 l	1069	Bez zmian	
Pojemnik na szkło 240 litrów	[szt.]	240 l	208		
Pojemnik na szkło 1100 litrów	[szt.]	1100 l	462		
Pojemnik na tworzywa sztuczne typu dzwon lub 1100 l	[szt.]	Dzwon (2,5 lub 3,2 m ³)	284	1100 l	710
Pojemnik na tworzywa	[szt.]	360 l	1069	Bez zmian	
Pojemnik na tworzywa	[szt.]	240 l	208		
Pojemnik na tworzywa	[szt.]	1100 l	538		
Pojemnik na odpady bioodpady	[szt.]	240 l	931		

worki na odpady bioodpady	[szt.]	120 l	400 000	Bez zmian
worki na papier 120 litrów	[szt.]	120 l	100 000	
worki na tworzywa sztuczne	[szt.]	120 l	100 000	
worki na szkło 80 litrów	[szt.]	80 l	100 000	

* - stan ilościowy po skorzystaniu Zamawiającego z możliwości sukcesywnej wymiany pojemników na papier, szkło i tworzywa sztuczne typu dzwon na pojemniki 1100 l.

- ppkt.13.8 Zamawiający nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanych ilościach pojemników. Rzeczywista ilość odbieranych odpadów w trakcie realizacji usługi może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu

- ppkt.13.15 Dane przedstawione w rozdz. III w punktach: 13.7.1, 13.7.2 SIWZ stanowią opracowanie własne Zamawiającego i nie mogą stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy z tytułu ewentualnego niedoszacowania lub przeszacowania danych

- ppkt 13.16 W przypadku, gdy liczba zestawów do segregacji odpadów wskazana przez Zamawiającego w SIWZ okaże się niewystarczająca Zamawiający skorzysta z prawa opcji w tym zakresie i zwiększy liczbę zestawów, którą Wykonawca ustawi we wskazanych lokalizacjach. Zamawiający może skorzystać z tej opcji, jednak nie musi, w zależności od potrzeb. Prawo opcji jest niezależne od możliwości skorzystania przez Zamawiającego z wymiany pojemników typu dzwon na pojemniki 1100l.

- pppkt 13.16.1. W ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający przewiduje zastosowanie opcji, o której mowa w art. 34 ust. 5 ustawy PZP;

to należy wskazać, iż został naruszony art.29 ust.1, 2 pzp w zw. z art. 34 ust.5 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na nieokreśleniu minimalnego, gwarantowanego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co w konsekwencji nie pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty. Opisane w art.34 ust.5 pzp prawo opcji może zostać wprowadzone w sytuacji, gdy Zamawiający zagwarantuje minimalny poziom zamówienia, czego w przedmiotowym Postępowaniu nie uczynił, pomimo iż jest to jego obowiązkiem. W kontekście powyższych zapisów SIWZ, z których wynika, iż Zamawiający nie gwarantuje realizacji zamówienia we wskazanych w ppkt.13.7.1 i 13.7.2 ilościach pojemników i worków, nie sposób znaleźć podstawy do wprowadzenia prawa opcji. Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, zamawiający każdorazowo określa

gwarantowany poziom zamówienia publicznego, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na obliczenie ceny oferty, oraz dodatkowy zakres, którego realizacja będzie uzależniona od określonych w umowie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi, on skorzystać. W wyroku z dnia 3 października 2014 r., KIO 1944/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Obowiązek precyzyjnego opisanie zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy, nie oznacza, że Zamawiający musi kalkulować i określać na etapie tworzenia specyfikacji, jaki procent z zakresu objętego prawem opcji może nie zostać wykorzystany. Prawem zamawiającego jest przyjęcie założenia, że realizacja zamówienia będzie wymagała konieczności wykorzystania pełnego zakresu prawa opcji. Dla zapewnienia uczciwej konkurencji przy kalkulowaniu ceny oferty konieczne jest określenie w sposób precyzyjny zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy, oraz wskazanie tej części zamówienia, która będzie realizowana **na pewno**, oraz tej części, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, co w tym postępowaniu zostało przez Zamawiającego uczynione”. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż prawo opcji jest instytucją, która zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia w zakresie gwarantowanym, natomiast jego uprawnieniem jest żądanie realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, a obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, tj. w zakresie gwarantowanym i poszerzonym.

Naruszenie przepisów art.29 ust.1 i 2 pzp w zw. z art.7 ust.1 pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia ma również miejsce w przypadku ilości odpadów podanych w *Załącznik nr 1A Formularz cenowy* do SIWZ. Zamawiający wprost wskazuje w przywołanym formularzu, iż „*Podane przez Zamawiającego wartości ilości odpadów oraz ilości pojemników są orientacyjne i nie mogą stanowić podstawy roszczeń Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego w związku z mniejszą lub większą ilością odpadów jaka rzeczywiście zostanie odebrana z terenu Miasta Chorzów w trakcie realizacji umowy*”. Powyższy sposób określenia przedmiotu zamówienia stanowi bezsprzecznie naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) Izba wskazała, iż niedopuszczalną praktyką jest brak wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą Zamawiający na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na

wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”. Instytucja prawa opcji pozwala zatem na precyzyjne określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia, sygn. akt KIO/UZP 2376/10). Natomiast już wprost zasadność ustalenia minimalnych poziomów odpadów w postępowaniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów został wyrażony przez Izbę w wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2017 r., sygn.akt KIO 2525/17, w którym Izba stwierdziła, iż sytuacja, w której Zamawiający określił granice ilościowe odpadów do zagospodarowania, tak w całym okresie obowiązywania umowy, jak i w poszczególnych latach, z podziałem na zadania, wskazując minimalne i planowane maksymalne ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania odpowiada normom określonym w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Należy również podkreślić, iż wprowadzenie zaproponowanych zmian w zakresie podania minimalnych ilości odpadów, które zostaną rozliczone jest tym bardziej konieczne i uzasadnione w świetle obecnej sytuacji związanej z wprowadzeniem stanu epidemii na terenie RP, jak również braku możliwości przewidzenia dalszego rozwoju sytuacji.

Wobec powyższego zmiana słowa „szacowane” na „gwarantowane” zapotrzebowanie zamawiającego na pojemniki w cz.III ppkt.13.7.1. i 13.7.2 SIWZ, wykreślenie w cz.III SIWZ dwóch ppkt. tj. 13.8 i 13.15 i wprowadzenie w to miejsce zapisów, iż podane ilości pojemników w ppkt.13.7.1. i 13.7.2, jak również ilości odpadów w *Załączniku nr 1A Formularz cenowy* stanowią gwarantowane ilości odpadów i pojemników, które zostaną rozliczone w ramach zamówienia (oraz odpowiednia do zmiany SIWZ zmiana §8 ust.3 Umowy) jest uzasadnione i konieczne.

Na koniec należy wskazać na sprzeczność pomiędzy zapisami SIWZ a treścią Umowy stanowiącej załącznik do SIWZ. Zgodnie z §3 ust.2 ppkt.2.1.1 „2. Etapy realizacji niniejszej umowy: 2.1.1. do dnia podpisania umowy – Wykonawca zapozna się z harmonogramami odbioru poszczególnych rodzajów odpadów” co stoi w sprzeczności z zapisami z cz.III ppkt.9.1. SIWZ „9. Harmonogramy wywozu odpadów: 9.1.Odbiór odpadów będących przedmiotem niniejszego zamówienia odbywać się będzie zgodnie z posiadanymi przez Zamawiającego harmonogramami wywozu odpadów. Harmonogramy stanowią załączniki do niniejszej SIWZ, przy czym harmonogramy z nazwami kontrahentów zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 7 dni licząc od dnia podpisania umowy. Wykonawca ma obowiązek zapoznać się z harmonogramami, sprawdzić je i dostosować do rejonów ustalonych przez siebie.” Mając na uwadze, iż harmonogramy zostały już dołączone do SIWZ, należy stwierdzić iż zarówno w przywołanym

paragrafie Umowy, jak i postanowieniu SIWZ jest mowa o harmonogramach z nazwami kontrahentów, przy czym w każdej z regulacji został ujęty inny termin, do którego wykonawca ma się z nim zapoznać i dostosować, co wymaga ujednoczenia w celu uzyskania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

w imieniu Odwołującego

Załączniki:

- 1) dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania w terminie, o którym mowa w art. 180 ust. 5 pzp przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;*
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;*
- 3) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;*
- 4) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego dla Odwołującego;*
- 5) pełnomocnictwo.*