

Sygn. akt: KIO 2041/20

KIO 2073/20

KIO 2077/20

WYROK

z dnia 19 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2020 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 21 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (KIO 2041/20)**
- B. w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **PTS ALBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie (KIO 2073/20)**
- C. w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (KIO 2077/20)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Chorzów w Chorzowie**

przy udziale wykonawcy **Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2041/20** po stronie **odwołującego** oraz

przy udziale wykonawcy **PZOM S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Konopiskach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2041/20** po stronie **odwołującego**

oraz

przy udziale wykonawcy **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2073/20, KIO 2077/20** po stronie **odwołującego**

orzeka:

1. umarza zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (sygn. akt: KIO 2041/20)** w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego – **Miasto Chorzów w Chorzowie**, tj.: w części C ust. 7 *tiret* drugie i trzecie, tj. zarzuty naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 15 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm. – ustawa P.z.p.) w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 – K.c.) oraz w związku z art. 15r, 15r¹ oraz 15vb ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 374 ze zm. – ustawa COVID-19);
2. w postępowaniu wywołanym odwołaniem wniesionym przez wykonawcę **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (sygn. akt: KIO 2041/20)** uwzględnia zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert - Termin utworzenia i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) - 20%, i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Chorzów w Chorzowie** – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w zakresie tego kryterium poprzez jego modyfikację lub wykreślenie;
3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (sygn. akt: KIO 2041/20)** oddala;
4. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **PTS ALBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie (sygn. akt: KIO 2073/20)**;
5. w postępowaniu wywołanym odwołaniem wniesionym przez wykonawcę **Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 2077/20)** uwzględnia zarzuty:

- naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję poprzez postawienie wymogu, aby Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) został przez wykonawcę zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował skrócenie tego terminu, to w tym czasie),

- naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert - Termin utworzenia i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) - 20%,

i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Chorzów w Chorzowie** –modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w zakresie wskazanego wymogu oraz kryterium poprzez ich modyfikację lub wykreślenie,

6. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania wniesionego przez **Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 2077/20)** oddala;

7. kosztami postępowania obciąża **Miasto Chorzów w Chorzowie** i wykonawcę **PTS ALBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie (KIO 2073/20)** i:

7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez: wykonawcę **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze** (15 000 zł 00 gr), **PTS ALBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie** (15 000 zł 00 gr), **Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu** (15 000 zł 00 gr) tytułem wpisów od odwołań;

7.2. zasądza od zamawiającego – **Miasta Chorzów w Chorzowie** – na rzecz wykonawcy **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie** kwotę **19 190 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto dziewięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictw;

7.3. zasądza od zamawiającego – **Miasta Chorzów w Chorzowie** – na rzecz wykonawcy **Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

7.4 zasądza od wykonawcy **PTS ALBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie** na rzecz zamawiającego – **Miasta Chorzów w Chorzowie** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

Sygn. akt: KIO 2041/20

KIO 2073/20

KIO 2077/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Chorzów w Chorzowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

KIO 2041/20

W dniu 21 sierpnia 2020 r. wykonawca FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (odwołujący FCC) wniósł odwołanie wobec postanowień s.i.w.z., w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy o zamówienie publiczne, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy P.z.p. poprzez:

- 1) opisanie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności,
- 2) opisanie 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) opisanie 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) oznaczenie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z przepisami ustawy P.z.p., ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 150, 2840) oraz z pominięciem warunków stanu zagrożenia epidemią COVID-19 oraz stanu epidemii COVID-19.

A. Zarzuty dot. opisu przedmiotu zamówienia (cz. III s.i.w.z)

1) Naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy 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 s.i.w.z. określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:

a) Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK- 20%,

b) Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów -10%,

c) Odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, do której wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Chorzów - 10%. 2)

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

a) W treści OPZ:

- w punktach 4.4.8. OPZ, 4.5.23. OPZ, 4.8 OPZ, 10.1.5 OPZ zastrzega, że wykonawca w zakresie odbioru odpadów z nieruchomości mających utrudniony dostęp do posesji poprzez zamykanie podwórka „na klucz” obowiązany jest do wystąpienia we własnym zakresie do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp., celem realizacji niniejszej umowy oraz ponosi odpowiedzialność za przekazane klucze, kody lub piloty do bram, furtek i drzwi, w przypadku zgubienia lub uszkodzenia kluczy lub pilotów, pomimo tego, że na podstawie obowiązującego prawa, wykonawca nie ma żadnej podstawy do żądania wydania kluczy, pilotów oraz kodów stanowiących zabezpieczenie nieruchomości prywatnych, z których odpady mają być odbierane;

- w punkcie 2 OPZ określił, że wykonawca ponosi całkowite koszty związane z realizacją zamówienia pomimo, że nie wskazał tychże kosztów precyzyjnie, a w szeregu dalszych postanowień OPZ (w szczególności w 4.2.5 OPZ, 4.2.12. OPZ 4.3.1.11 OPZ 4.3.1.12 OPZ, 4.3.1.14 OPZ 4.3.1.15 OPZ), wskazywał na szacunkowe, przybliżone ilości materiałów oraz częstotliwości realizowania czynności, ze wskazaniem na możliwość ich zwiększenia, a także nałożył na wykonawcę odbiór nieograniczonej ilości odpadów od

mieszkańców, bez względu na worek, w jakim odpady są przekazywane, z zastrzeżeniem niemożności zwiększenia przez wykonawcę ceny umownej w przypadku żądania wykonania przedmiotu zamówienia publicznego w większym, niż oznaczony w s.i.w.z. zakres, co uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny ofertowej, z uwzględnieniem ryzyka wzrostu kosztów, a także może wprowadzić do przekroczenia dobowych i tygodniowych standardów emisyjnych z instalacji.

b) W treści projektu wzoru umowy:

- w §1 ust. 5 wzoru umowy zastrzegł obowiązek realizacji przedmiotu umowy w sposób niepowodujący niepotrzebnych przeszkód, ograniczając niedogodności dla mieszkańców Miasta Chorzów do niezbędnego minimum, pomimo braku określenia w treści s.i.w.z. oraz umowy rzeczonych minimów, co nie pozwala na ustalenie, jaka jest faktyczna treść nałożonego na wykonawcę w tym zakresie obowiązku umownego,

- w zakresie, w jakim w paragrafie 8 ust. 7 umowy określa możliwość przesuwania niewykorzystanych ilości odpadów w ramach tabeli 1 oraz tabeli 2 z Załącznika 1A do s.i.w.z. bez zwiększania całkowitej wartości zamówienia i bez konieczności aneksowania umowy, jedynie po uprzednim pisemnym poinformowaniu wykonawcy, co uniemożliwia Wykonawcy należyte skalkulowanie ceny umownej.

B. Zarzuty dot. projektu wzoru umowy:

1) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. art. 106i ust. ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z § 8 ust. 8 oraz 9 wzoru umowy, a to poprzez określenie terminu do wystawienia faktury VAT w sposób sprzeczny z obowiązującymi w tym względzie przepisami ustawy o podatku od towarów i usług,

2) Naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 484 § 2 K.c. w zw. z art. 139 ustawy P.z.p. - poprzez zastrzeżenie w § 11 ust. 2.1.11 oraz 2.1.12 wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników;

3) Naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. w zakresie, w jakim w paragrafie 16 umowy punkcie 1 wzoru umowy zastrzegł obligatoryjną zmianę umowy o zamówienie publiczne, bez konieczności zawarcia aneksu do umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę nowych, zwiększonych obowiązków w zakresie utrzymania poziomu recyklingu odpadów, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, oraz w sytuacji zaistnienia zmian w zakresie istniejących instalacji zagospodarowujących odpady komunalne lub dodanie nowej instalacji zagospodarowującej odpady komunalne.

4) Naruszenie art. 353[1] K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 142 ust. 5 ustawy P.z.p. w zakresie w jakim w § 16 punkcie 2.2. i 2.3. wzoru umowy oznaczono zasady zmiany wynagrodzenia wykonawcy na wypadek zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalanego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym w sposób spreczny z regulacją przywołanych ustaw,

5) Naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. w zakresie, w jakim w paragrafie 16 w 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 ustawy P.z.p. warunków zastrzeżenia umownej możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne, które to postanowienia winny być jednoznaczne i precyzyjnie określać tak zakres zmian, jak i warunki ich wprowadzenia,

6) Naruszenie art. 353[1] K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 746 K.c. poprzez zastrzeżenie w paragrafie 17 umowy prawa odstąpienia od umowy, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia publicznego co do zasady stanowi umowę zlecenia w rozumieniu przepisów ustawy kodeks cywilny, zaś do umowy zlecenia odpowiednio stosuje się przepisy o wypowiedzeniu umowy, nie zaś o odstąpieniu od umowy, które to sposoby rozwiązania umowy mają odmienny charakter i znajdują zastosowanie do odmiennych rodzajów umów,

C. Zarzuty dot. okoliczności związane z zapobieganiem rozprzestrzeniania się epidemii koronawirusa; gospodarka odpadami w okresie stanu epidemii

7) Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 15 i 16 w zw. 139 ust. 1 ustawy P.z.p w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 15r, 15r1 oraz 15vb ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 z późn zm., dalej jako: „ustawa COVID-19”):

- poprzez określenie w punkcie XXV s.i.w.z., że zamawiający nie przewiduje możliwości udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia, podczas gdy zgodnie z art. 15vb ust. 2 ustawy COVID-19 zamawiający obowiązany jest do wypłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy w sprawie zamówienia publicznego, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy;

- w zakresie w jakim, w punkcie XVIII s.i.w.z. wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie uwzględnił okoliczności związanych z

obowiązującym zakazem dochodzenia zaspokojenia przez zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia, stosownie do postanowień art. 15r¹ ust. 3-5 ustawy COVID-19;

- w zakresie w jakim w punkcie XVIII ust 2.1. s.i.w.z. zamawiający ustalił zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w wysokości 10% ceny całkowitej (brutto) podanej w ofercie, podczas gdy zgodnie z art. 15 vb ust. 5 ust.6 ustawy COVID-19 zabezpieczenie należytego wykonania umowy ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, a zastrzegając zabezpieczenie w wyższej wysokości, jednak nie wyższej niż 10%, zaniechał obowiązku uzasadnienia tych okoliczności w s.i.w.z.;

- pominięcie w projekcie wzoru umowy ukształtowania obowiązków notyfikacyjnych związanych z wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe odwołujący FCC wniósł o nakazanie zamawiającemu

I. 1) Zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia w następujący sposób:

a) Poprzez wykreślenie pozacenowych kryteriów oceny ofert w postaci:

- Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK- 20%,

- Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów-10%,

- Odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, do której Wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Chorzów - 10%

5) oraz ustalenie nowych, pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności.

b) Zmianę punktu 4.4.8 OPZ oraz 4.5.2.3. OPZ poprzez wykreślenie obowiązku wystąpienia przez wykonawcę we własnym zakresie do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp., celem realizacji niniejszej umowy oraz ponosi odpowiedzialność za przekazane klucze, kody lub piloty do bram, furtek i drzwi, w przypadku zgubienia lub uszkodzenia kluczy lub pilotów;

c) Wykreślenie punktu 4.8. OPZ;

d) Wykreślenie punktu 10.1.6. OPZ;

e) Zmianę punktu 2 OPZ poprzez wykreślenie części postanowienia mówiącej o niemożności zwiększenia przez wykonawcę ceny umownej w przypadku żądania wykonania przedmiotu zamówienia publicznego w większym, niż oznaczony w s.i.w.z., wymiarze;

f) Zmianę punktu 4.2.5 OPZ oraz 4.3.1.11 OPZ poprzez wykreślenie postanowień dotyczących możliwości przekazywania przez właścicieli nieruchomości odpadów w workach innych niż systemowe oraz wprowadzenie limitu ilości worków systemowych możliwych do przekazania w czasie jednego odbioru odpadów;

g) Zmianę punktów 4.3.1.12 OPZ, 4.3.1.14 OPZ 4.3.1.15 OPZ poprzez ustalenie możliwości wzrostu wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacji, gdy liczba dostarczanych worków przekroczy zabezpieczone wartości;

h) Zmianę punktu XXV s.i.w.z. oraz wprowadzenie do § 8 wzoru umowy postanowień regulujących możliwość udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w wysokości nie mniejszej niż 5% wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy;

i) Zmianę punktu XVIII s.i.w.z. poprzez:

- dodanie w ust. 1 postanowienia o treści „Zamawiający zastrzega, że w przypadku, gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie, obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający będzie dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia, o którym mowa w tym przepisie, o ile wykonawca, na 14 dni przed upływem ważności tego zabezpieczenia, każdorazowo przedłuży jego ważność lub wniesie nowe zabezpieczenie, którego warunki zostaną zaakceptowane przez zamawiającego”,

- zmianę dotychczasowej treści punktu 2.1. na: „Zamawiający ustala zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w wysokości 5% ceny całkowitej (brutto) podanej w ofercie”,

Zmiany wzoru umowy o zamówienie publiczne w następujący sposób:

a) Poprzez wykreślenie paragrafu 1 ust. 5 wzoru umowy względnie poprzez sprecyzowanie pojęć nieostrych w postaci „niepotrzebne przeszkody” oraz „niedogodności dla mieszkańców miasta Chorzów”,

b) Poprzez wykreślenie paragrafu 8 ust. 7 wzoru umowy,

c) Poprzez wykreślenie paragrafu 8 ust. 8 oraz 9 wzoru umowy,

- d) Poprzez zmianę postanowień § 11 ust. 2.1.11 oraz 2.1.12 w zakresie wysokości zastrzeżonej kary umownej za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników przez jej zmniejszenie, jako rażąco wygórowanej.
- e) Poprzez wykreślenie paragrafu 16 punktu 1 wzoru umowy,
- f) Poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia paragrafu 16 punktu 2.2. i 2.3. wzoru umowy postanowieniami o następującej treści:
- > Punkt 2.2 „W przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wynagrodzenie ulegnie zmianie odpowiednio do zmiany wysokości kosztów pracy ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia.”
 - > Punkt 2.3 „Zmiany przepisów prawa dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Wynagrodzenie ulegnie zmianie odpowiednio do zmiany wysokości kosztów pracy ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia
 - > oraz usunięcie pozostałych punktów tj. 2.2.1-2.2.2 oraz 2.3.1-2.3.2. wzoru umowy.
- g) Wykreślenia paragrafu 16 punktu 4 wzoru umowy lub jego zmiany oraz punktu XXIV ust. 2 Warunki dokonywania s.i.w.z. poprzez precyzyjne określenie przesłanek zmiany umowy oraz zakresu dopuszczalnych, w przypadku ich wystąpienia, zmian,
- h) Zmianę postanowień paragrafu 17 umowy poprzez zastąpienie konstrukcji odstąpienia od umowy konstrukcją wypowiedzenia umowy,
- i) Zmianę w treści wzoru umowy poprzez należyte uregulowanie podstaw i zakresu możliwości dokonania zmiany umowy o zamówienie publiczne z uwagi na wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, w tym w szczególności poprzez określenie obowiązku notyfikacji zgodnie z regulacją przywołanej ustawy szczególnej.

Odwołujący FCC wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego FCC kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczanego przez odwołującego oraz kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego FCC (radcy prawnego) reprezentującego Odwołującego FCC w

postępowaniu odwoławczym. Odwołujący zastrzegł sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu na posiedzenie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 października 2020 roku zamawiający oświadczył, że uznaje w części zarzuty odwołującego FCC, tj. zarzut wskazany w:

części C ust. 7 tiret drugie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 15 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c. w zw. z art. 15r, 15r1 oraz 15vb ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w zakresie w jakim w punkcie XVIII s.i.w.z. Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie uwzględnił okoliczności związanych z obowiązującym zakazem dochodzenia zaspokojenia przez Zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia, stosownie do postanowień art. 15r¹ ust, 3-5 ustawy COVID-19.

W związku z powyższym zamawiający oświadczył, że zmodyfikuje zapisy s.i.w.z. w następujący sposób:

- poprzez dodanie w ROZDZIALE XVIII ust. 3 s.i.w.z. po pkt 3.8. zapisów o następującej treści:

3.9 Po upływie 90 dni od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19. Zamawiający będzie upoważniony do potrącenia należnych kar z zabezpieczenia należytego umowy.

3.10. W przypadku, gdy termin ważności zabezpieczenia należytego, wykonania umowy upływa w okresie, o którym mowa w pkt 3.9. Zamawiający nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia, o którym mowa w tym punkcie, o ile Wykonawca, na 14 dni przed upływem ważności tego zabezpieczenia każdorazowo przedłuży jego ważność lub wniesie nowe zabezpieczenie, którego warunki zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego.

3.11. W przypadku gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie między 90. a 119. dniem po odwołaniu stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, termin ważności tego zabezpieczenia przedłuża się, z mocy prawa, do 120. dnia po dniu odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19,

3.12. Obliczając terminy, o których mowa w pkt 3.9-3.11 powyżej, dzień odwołania ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19 wlicza się do tych terminów,

- w części C ust. 7 tiret trzecie odwołania — naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 15 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c. oraz w związku z art. 15r, 15r¹ oraz 15bvb 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 w zakresie w jakim w punkcie XVIII ust. 2.1. s.i.w.z. zamawiający ustalił zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w wysokości 10% ceny całkowitej (brutto) podanej w ofercie, podczas gdy zgodnie z art. 15 vb ust. 5 ust. 6 ustawy COVID-19 zabezpieczenie należytego wykonania umowy ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, a zastrzegając zabezpieczenie w wyższej wysokości, jednak nie wyższej niż 10%, zaniechał obowiązku uzasadnienia tych okoliczności w s.i.w.z.;

W związku z powyższym zamawiający oświadczył, że zmodyfikuje zapisy s.i.w.z. poprzez zmianę brzmienia zapisu ROZDZIAŁU XVIII ust. 2.pkt 2.1. s.i.w.z. na następujący:

2.1. Zamawiający ustala zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. Zamawiający w związku z wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia ustala wyższą kwotę zabezpieczenia. Na decyzję zamawiającego ma wpływ doświadczenie z realizacji poprzedniej umowy, która została rozwiązana przez wykonawcę przed terminem, na który została zawarta. Biorąc pod uwagę, że zamówienie publiczne dotyczy realizacji usług na rzecz mieszkańców całego Miasta, a także biorąc pod uwagę dbałość ośrodki publiczne Zamawiający zwiększył kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Postępowanie przetargowe i następnie zawarta umowa w wyniku tego postępowania jest na bardzo wysoką kwotę, a ponadto niewykonanie _ lub nienależyte wykonanie umowy skutkuje konsekwencjami dla dużej grupy mieszkańców na terenie całego miasta a także dla zamawiającego, który musi zapewnić odbiór odpadów i ciągłość tej usługi.

Jednocześnie zamawiający oświadczył, że zmodyfikuje zapis § 17 ust. 1 pkt 1.7 projektu umowy, który otrzyma następujące brzmienie:

§ 17 ust. 1 pkt 1.7: „W przypadku niewywiązywania się przez wykonawcę z obowiązków zatrudniania osób w oparciu o umowę o pracę, Zamawiający może od umowy odstąpić na zasadach określonych w §17 ust. 6 niniejszej umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiedzy o tej okoliczności.”

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołującego dotyczących treści s.i.w.z. oraz projektu umowy, zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w niewzględnionym przez zamawiającego zakresie,

2. przyznanie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że zakwestionowane przez odwołującego FCC postanowienia s.i.w.z. posiadają brzmienie przytoczone w odwołaniu. Jest to okoliczność bezsporna pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego.

Zamawiający określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:

- a) Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK- 20%,
- b) Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów-10%,
- c) Odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, do której wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Chorzów - 10%.

W odniesieniu do powyższych kryteriów zamawiający oznaczył dodatkowo sposób ich oceny tj. zgodnie z punktem XVI. Wybór oferty s.i.w.z.:

Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK:

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

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

- 10%, waga punktowa 10 pkt, jeśli wykonawca wykaże, że położenie jego bazy magazynowo-transportowej mieści się w granicach administracyjnych miasta Chorzów.
- 5%, waga punktowa 5 pkt, jeśli wykonawca wykaże, że położenie jego bazy magazynowo- transportowej, mieści się w odległości nie większej niż 30 km lub równej 30 km od granic administracyjnych miasta Chorzowa.

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

Odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, do której Wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Chorzów:

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

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

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

Odwołujący FCC podniósł, że ustalone kryteria pozostają bez wpływu na sposób i jakość świadczenia usług. Wskazał, że tak określone kryteria w sposób jasny i klarowny faworyzują aktualnego wykonawcę usług, który wszystkie powyższe kryteria spełnia niejako na starcie.

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

Odwołujący FCC zaznaczył, że PTS ALBA posiada na terenie Miasta Chorzów takowy punkt, co oznacza, że nie tylko może on skrócić termin do jego uruchomienia, ale w zasadzie gotów jest uruchomić go z datą zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający 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.

Zamawiający wskazał, że wymogi postawione przez zamawiającego w zakresie odległości bazy magazynowo-transportowej, a także odległości instalacji komunalnej są – jego zdaniem – uzasadnione ekologicznie. Ze względu na pokonywanie krótszych tras spełnienie ww. warunku gwarantuje bowiem emitowanie przez uczestniczące w realizacji zamówienia pojazdy mniejszej ilości spalin i innych niepożądanych substancji. Wykorzystywanie do realizacji zamówienia opisanej w s.i.w.z. bazy magazynowo-transportowej i instalacji komunalnej, zdaniem zamawiającego, doprowadzi ponadto do mniejszego zużycia dróg w związku z pokonywaniem przez samochody wykorzystywane do realizacji umowy - krótszych tras. Baza magazynowo-transportowa spełniająca kryteria wskazane przez zamawiającego umożliwi również np. w krótszym czasie podstawienie pojazdu zamiennego w razie awarii; pozwala na szybsze przystąpienie do realizacji odbioru odpadów, a ponadto daje większą gwarancję na terminowe realizowanie zadań określonych w s.i.w.z. i projekcie umowy.

Przystępujący Chemeko na rozprawie przed Izłą wskazał, że dotychczasowy wykonawca ma zagwarantowane 40% w ramach kryteriów. Stwierdził, że ilość paliwa i czas dojazdu do bazy to są aspekty leżące po stronie wykonawcy i mające wpływ na jego wycenę. Zamawiający odniósł się do aspektu środowiskowego, ale ten same efekt można osiągnąć w inny sposób, np. stosując wymogi EURO 6. Wskazuje, że ze względu na specyfikę aglomeracji można mieć daleko swoją bazę, a i tak otrzyma się punkty.

Odnosząc się do kryterium terminu uruchomienia PSZOK, odwołujący FCC w tym zakresie podniósł, że tylko dotychczasowy wykonawca (PTS ALBA) posiada taki punkt na terenie miasta Chorzów. Każdy inny wykonawca nie będzie w stanie uzyskać 20 punktów za utworzenie i uruchomienie PSZOK na terenie Chorzowa na dzień podpisania umowy już z uwagi na same terminy administracyjne związane z uzyskaniem właściwych decyzji i pozwoleń (m.in. konieczności weryfikacji lokalizacji z ustaleniami Miejscowego Planu Zagospodarowania Przestrzennego lub uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, względnie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, pozwolenie na budowę, bądź na roboty budowlane), pozwoleń wodno-prawnych, a także decyzji środowiskowych, w zakresie uzyskania decyzji środowiskowej, poprzedzającej wydanie decyzji zintegrowanej oraz zgodności lokalizacji inwestycji z kryteriami środowiskowymi określonymi w aktach prawa miejscowego województwa śląskiego z zakresu gospodarki odpadami. Niemożliwe wydaje się również zrealizowanie tego kryterium

w terminie 30 dni, aby możliwe było uzyskanie 10 punktów. Wskazać należy, że w poprzedniej wersji dokumentacji sam zamawiający przewidział dłuższy, bo 90 dniowy termin na realizację tego wymogu, przy czym nawet ten termin uznać należy za niemożliwy do zrealizowania ww. obowiązku wykonawcy, co dopiero zaś jego skrócenia. Dodatkowo odwołujący FCC zauważył, że w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów, standardowo zamawiający na uruchomienie punktów PSZOK przewidują okres nie krótszy niż 6 miesięcy. W tym wypadku zaś zamawiający określił obowiązek jego uruchomienia w terminie na dzień podpisania umowy lub w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy, co czyni niemalże nierealnym dotrzymanie przez każdego innego, w stosunku do dotychczasowego wykonawcy, wykonawcę ubiegającego się o uzyskania przedmiotowego zamówienia. Co dopiero zaś zrealizowanie tegoż zobowiązania w skróconym terminie. Powyższe wyraźnie wskazuje zaś, że postanowienie s.i.w.z. określające powyższe, jako kryterium oceny ofert nie może zostać uznane za należycie sformułowane, jako ewidentnie preferujące określonego wykonawcę.

Przystępujący Chemeko stwierdził, że zarzut dotyczący czasu uruchomienia PSZOK jest zasadny. Na rynku jest kilka rozwiązań, np. mobilnego PSZOK albo PSZOK gminny, który nie wymaga zezwolenia na zbieranie odpadów. Organizacja PSZOK to bardzo duże koszty, to nie jest inwestycja o wartości kilkuset złotych i nie ma możliwości zorganizowania go w terminie, o jakim mówi zamawiający.

Zamawiający wniósł o oddalenie wskazanego zarzutu. Stwierdził, że wskazał, iż w s.i.w.z. wskazany teren, którym dysponuje, nadający się do utworzenia PSZOK — o ile wykonawca nie będzie dysponował własnym terenem w obrębie granic administracyjnych miasta. Posiada w swoich zasobach również inne działki, nadające się do utworzenia na nim PSZOK. O możliwość wydzierżawienia tych działek pod PSZOK również nikt nic zapytał. Poza tym istnieje możliwość dzierżawy/zakupu nieruchomości komercyjnych położonych w granicach administracyjnych Miasta Chorzów. Na terenie Miasta Chorzów funkcjonuje wiele skupów surowców wtórnych, które są w taki sposób przygotowane, że mogą stanowić podwaliny pod utworzenie PSZOK. W przypadku działek już urządzonych, kosztem koniecznym do poniesienia przez wykonawcę do utworzenia PSZOK będzie koszt uzyskania zezwolenia, który kształtuje się na poziomie 616,00 zł, koszt operatu sporządzenia p.poż., który jest wymagany (wg wiedzy Zamawiającego to przedział od 3000 zł do 8000zł) oraz koszt dzierżawy nieruchomości. Biorąc pod uwagę, że odwołujący zamierza świadczyć usługi na danym obszarze i profesjonalnie przygotowuje się do realizacji zamówienia, które jest wyceniane na kilkadziesiąt milionów złotych, poniesienie takich kosztów jest nieporównywalne do wynagrodzenia jakie otrzymywałby w przypadku uzyskania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że profesjonalny wykonawca, który chce świadczyć usługi stanowiące przedmiot niniejszego odwołania z pewnością nie będzie dokonywał zakupu niezbędnego do realizacji zamówienia sprzętu dopiero po wygraniu przetargowego ponieważ takie działanie nie gwarantuje jego posiadania na czas rozpoczęcia realizacji umowy. W przypadku konieczności utworzenia PSZOK sytuacja wygląda podobnie.

Zamawiający wskazał, że przewidział możliwość uruchomienia punktu PSZOK w okresie do 60 dni od dnia zawarcia umowy. Przewidział również sytuację, gdy utworzenie i uruchomienie PSZOK w terminie 60 dni od daty zawarcia umowy na realizację zamówienia przyczyn o charakterze obiektywnym będzie niemożliwe, zamieszczając stosowne zapisy w Rozdziale XXIV pkt 1.6 s.i.w.z.

Izba ustaliła, że w rozdziale III pkt. 4.4.8 i 13, 1.8 s.i.w.z. zamawiający zastrzegł, że na terenie miasta 40% posesji posiada utrudniony dostęp do pojemników (wewnętrzne podwórka. wejście przez klatkę schodową, zamykane bramy, kody dostępu, nieutwardzona nawierzchnia, a zadaniem wykonawcy jest zweryfikowanie we własnym zakresie utrudnień w ewentualnym dostarczeniu pojemników i ich opróżnianiu podczas odbioru odpadów aby terminy dostarczenia pojemników zostały zachowane zgodnie z zapisami wynikającymi z s.i.w.z. oraz umowy. 10.1.6. 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.

Zamawiający w rozdziale III pkt. 3.2. s.i.w.z. wskazał na sposób kontaktu pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. W przypadku dostępu do nieruchomości z uwagi na problem z właścicielami nieruchomości zapewniony jest bieżący kontakt z zamawiającym oraz jego wsparcie.

Odwołujący FCC podniósł, że:

- w części III s.i.w.z. – opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 2 zamawiający 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 s.i.w.z.,

- w punktach 4.2.5 OPZ oraz 4.3.1.14 OPZ nałożył na wykonawcę odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości dowolną ilość worków do segregacji (większą niż komplet) oraz worków z bioodpadami, także w sytuacji, gdy odpady będą znajdować się w innych workach niż systemowe, co uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny ofertowej, z uwzględnieniem ryzyka wzrostu kosztów, a także może wprowadzić do przekroczenia dobowych i tygodniowych standardów emisyjnych z instalacji

- w punkcie 4.2.12. s.i.w.z. wskazał, że ilość kompletów worków, do zapewnienia których obowiązany jest wykonawca może wzrosnąć do 3% w czasie trwania umowy, zastrzegając jednocześnie w punkcie 4.2.13 s.i.w.z., że zamawiający nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanych ilościach określonych w rozdz. III pkt 4.2.12 s.i.w.z. - jest to wartość szacunkowa. Rzeczywista ilość odbieranych worków w trakcie realizacji usługi może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów.

- w punkcie 4.3.1.12 s.i.w.z. wskazał, że zamawiający przewiduje konieczność zabezpieczenia wzrostu ilości worków do 3% w ciągu trwania umowy, czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów, wskazując jednocześnie w punkcie 4.3.1.15 s.i.w.z., że zamawiający dopuszcza możliwość odbioru dodatkowych worków przez właścicieli nieruchomości w PSZOK oraz Urzędzie Miasta Chorzów, a wykonawca jest obowiązany do zapewnienia tych ilości (niedookreślonych), czym uniemożliwia oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów.

Zamawiający wskazał, że w OPZ precyzyjnie określił ilości materiałów i częstotliwości opierając się posiadane danych, uzyskane w oparciu o obecnie realizowaną usługę. Zamawiający wskazał, że rozliczenie umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą będzie się odbywało wg faktycznie odebranych ilości odpadów (wg tony). Im więcej wykonawca zrealizuje odbiorów tym więcej odpadów zostanie rozliczonych wg wagi. Każdy profesjonalny wykonawca powinien wiedzieć, że nie ma możliwości precyzyjnego określenia ilości produkowanych odpadów, bo sam wykonawca nie jest w stanie podać ile w trakcie godziny wyprodukuje własnych odpadów.

Zamawiający stwierdził, że precyzyjnie określił ilość worków na okres realizacji zamówienia z podziałem na poszczególne frakcje odpadów - tabela w Rozdziale III pkt. 13.7.2. s.i.w.z., natomiast w tym samym rozdziale, w pkt. 4.2, 12.; 4.2.21.; 4.3.1.12.; 4,3, 1.14. s.i.w.z. precyzyjnie określił, jaki przewiduje wzrost ilości nieruchomości zaliczanych do zabudowy jednorodzinnej do obsługi zbiórki odpadów w systemie workowym w czasie trwania umowy oraz precyzyjnie określił, jaka przewiduje konieczność zabezpieczenia

wzrostu ilości worków do selektywnej zbiórki odpadów w systemie workowym w ciągu trwania umowy.

Odnosząc się do uzasadnienia wskazanego w części A ust. 2 lit. a tiret drugie odwołania, iż „może wprowadzić do przekroczenia dobowych i tygodniowych standardów emisyjnych z instalacji”; następnie dalej w uzasadnieniu str. 19 cyt.: obarczenie wykonawcy obowiązkiem odbioru nieograniczonej ilości odpadów, bez względu na rodzaj worków, które mogą znacznie odbiegać od wielkości dostarczanych worków systemowych, może doprowadzić do faktycznego pokrzywdzenia wykonawcy z uwagi na brak możliwości uwzględnienia tych okoliczności w kalkulacji ceny, a ponadto może doprowadzić do przekroczenia „mocy przerobowych” instalacji do której odpady są przekazywane, a tym samym przekroczenia dopuszczalnych standardów emisyjnych instalacji, co stanowi delikt administracyjny i stanowi zagrożenie dla środowiska”, zamawiający wskazał, iż biorąc pod uwagę doświadczenie odwołującego, zarzuty są całkowicie niezrozumiałe. To wykonawca jest zobowiązany -- decydując się na złożenie oferty do takiego sposobu realizacji umowy, tj. zapewnienia takiej ilości instalacji komunalnych lub takich mocy przerobowych instalacji, aby móc zagospodarować odpady w ilości wskazanych przez zamawiającego. Zamawiający szacunkowo określa ile odpadów liczonych w Mg w trakcie trwania umowy będzie do odebrania i zagospodarowania, wykonawca musi zatem zapewnić dla takiego wolumenu odpadów możliwość ich odbioru przez instalacje.

Zamawiający wskazał, że kwestia ryzyka po stronie wykonawcy ograniczone zostało zapisami umowy, która zgodnie z 8 ust. 4 stanowi, iż w przypadku wyczerpania łącznej ilości odebranych z terenu miasta oraz przyjętych w punkcie PSZOK odpadów komunalnych wskazanej w ust. 3 przed upływem terminu realizacji umowy (czyli przed 31.12.2021 r.) - umowa wygasa.

Odnosząc się z kolei do zarzutu odwołującego wskazanego w części A ust. 2 lit. a tiret drugie odwołania cyt. („v) wskazywał na szacunkowe, przybliżone ilości materiałów oraz częstotliwości realizowania czynności, ze wskazaniem na możliwość ich zwiększenia, a także nałożył na wykonawcę odbiór nieograniczonej ilości odpadów od mieszkańców, bez względu na jakim odpadami są przekazywane, z zastrzeżeniem niemożności zwiększenia przez wykonawcę ceny umownej w przypadku żądania wykonania przedmiotu zamówienia publicznego w większym, niż oznaczony w s.i.w.z. zakresie, co uniemożliwia wykonawcom przygotowanie i skalkulowanie ceny ofertowej, uwzględnieniem ryzyka wzrostu kosztów, zamawiający wskazał, iż do tej kwestii zamawiający odniósł się już wcześniej wskazując, iż precyzyjnie określił dane dotyczące ilości worków. Natomiast ilość worków, które wykonawca ma zabezpieczyć została precyzyjnie podana i nie ma ona żadnego związku z wystawianiem

odpadów w workach niesystemowych. Zamawiający wskazał, iż ilość worków niesystemowych, które byłyby odbierane przez wykonawcę nie wpływa na zwiększone koszty transportu czy odbioru, bo odbieranie worka systemowego odbywa się w samym momencie co worka niesystemowego, natomiast ich waga łączna jest rozliczana zgodnie z umową. Wykonawca zobowiązany będzie do wydania takiej ilości worków, jaką zamawiający wskazał w s.i.w.z.

Zamawiający wskazał, że nie oczekuje on nowych pojemników za wyjątkiem wskazanym w s.i.w.z. (dotyczy pojemników, które będą wymieniane za pojemniki typu dzwon). Zamawiający dopuszcza stosowanie używanych pojemników. Powszechną praktyką jest odkupywanie pojemników od innego wykonawcy, który kończy realizację usług na określonym rynku (mieście).

Izba ustaliła, że zamawiający w części III s.i.w.z. – opis przedmiotu zamówienia, zawarł następujące zapisy dot. ilości worków i pojemników:

4.2.5. Właściciele nieruchomości mogą wystawić do odbioru dowolną ilość kolorowych worków do segregacji, większą niż komplet, czyli większą niż po jednym z każdego koloru. Jeżeli właściciel nieruchomości wystawi prawidłowo posegregowane surowce w innych workach niż systemowe, Wykonawca jest zobowiązany do ich odbioru pod warunkiem sprawdzenia ich zawartości i stwierdzenia, że zawierają prawidłowo posegregowane surowce wtórne.

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

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

4.3.1.11. Właściciele nieruchomości mogą wystawić do odbioru dowolną ilość worków z bioodpadami. Jeżeli właściciel nieruchomości wystawi prawidłowo zgromadzone bioodpady w innych workach niż systemowe, Wykonawca jest zobowiązany do ich odbioru pod warunkiem sprawdzenia ich zawartości i stwierdzenia, że zawierają bioodpady.

4.3.1.12. Zamawiający przewiduje wzrost ilości nieruchomości zaliczanych do zabudowy jednorodzinnej do obsługi zbiórki bioodpadów w systemie workowym do 3% w czasie trwania umowy.

4.3.1.14. 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 do 5% w ciągu trwania umowy.

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

13.7.1. 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 m3)	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 m3)	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 m3)	284	1100 l	710

Pojemnik na tworzywa sztuczne 360 litrów	[szt.]	360 l	1069	
worki na odpady bioodpady 120 litrów	[szt.]	120 l	400 000	
worki na papier 120 litrów	[szt.]	120 l	100 000	
worki na tworzywa sztuczne 120 litrów	[szt.]	120 l	100 000	
worki na szkło 80 litrów	[szt.]	80 l	100 000	

W treści wzoru umowy zamawiający zastrzegł:

- w § 1 ust. 5 obowiązek realizacji przedmiotu umowy w sposób niepowodujący niepotrzebnych przeszkód, ograniczając niedogodności dla mieszkańców Miasta Chorzów do niezbędnego minimum, pomimo braku określenia w treści SIWZ oraz umowy rzeczonych minimów, co nie pozwala na ustalenie jaka jest faktyczna treść nałożonego na wykonawcę w tym zakresie obowiązku umownego,
- w § ust. 4 – w przypadku wyczerpania łącznej ilości odebranych z terenu miasta oraz przyjętych w punkcie PSZOK odpadów komunalnych wskazanej w ust. 3 przed upływem terminu realizacji umowy, czyli przed 31.12.2021 r. umowa wygasa.
- w § 8 ust. 7 możliwość przesuwania niewykorzystanych ilości odpadów w ramach tabeli 1 oraz tabeli 2 z OPZ bez zwiększania całkowitej wartości zamówienia i bez konieczności aneksowania umowy, jedynie po uprzednim pisemnym poinformowaniu wykonawcy, co uniemożliwia wykonawcy należyte skalkulowanie ceny umownej.

Zakwestionowanym postanowieniom umownym zamawiający nadał następujące brzmienie:

§ 8:

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

9. Podstawą wystawienia faktury przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi, 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.

§ 11

2.1. Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne:

2.1.11. w wysokości 50 000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, o których mowa w §4 ust. 2 niniejszej umowy. Kara będzie naliczana za każdy dzień opóźnienia po przekroczeniu terminów określonych w § 3 pkt 2.5 umowy już przy jednym stwierdzonym przypadku, że pojemnik nie został wstawiony na daną nieruchomość.

2.1.12. w wysokości 50 000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników do segregacji odpadów, o których mowa w §4 ust. 3 niniejszej umowy. Kara będzie naliczana za każdy dzień opóźnienia po przekroczeniu terminów określonych w § 3 pkt 2.6 umowy już przy jednym stwierdzonym przypadku, że pojemnik nie został wstawiony na daną nieruchomość.

§ 16

1. Zmiana postanowień niniejszej umowy może nastąpić jedynie wtedy, gdy została ona przewidziana w niniejszej umowie oraz gdy nie jest ona sprzeczna z ustawą Prawo zamówień publicznych.

ust. 2

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

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

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

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

1.2. Zmiany w zakresie istniejących instalacji zagospodarowujących odpady komunalne lub dodanie nowej instalacji zagospodarowującej odpady komunalne.

W takim przypadku strony będą działać według zasad określonych w § 4 ust. 6 umowy i braku możliwości zwiększenia ceny jednostkowej za tonę odpadów

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.

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

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

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

§ 16 ust. 4 Zmiany w zakresie innych postanowień:

a) zmiana osób odpowiedzialnych za wykonanie zadania ze Strony Wykonawcy i Zamawiającego. Zamawiający dokona zmiany osób ma uzasadniony, udokumentowany wniosek strony gdy osoba odpowiedzialna będzie spełniać wymogi określone w SIWZ

b) Zmiana osób wskazanych do realizacji umowy, pod warunkiem, że osoby te będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę oraz spełniają warunki określone w SIWZ, na podstawie przekazanych informacji w formie pisemnej, bez konieczności aneksowania umowy.

§ 17 ust. 1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy:

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

1.2. Gdy Wykonawca nie rozpoczął wywozu odpadów zgodnie z obowiązującymi Harmonogramami do 3 dni od dnia rozpoczęcia świadczenia usług odbierania odpadów z terenu miasta zgodnie z § 3 umowy lub ich nie kontynuuje bez uzasadnionych przyczyn, pomimo wezwania złożonego na piśmie przez Zamawiającego z wyznaczeniem terminu do rozpoczęcia lub kontynuacji usługi; odstąpienie od umowy może nastąpić wówczas do 30 dni

od bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego Wykonawcy przez Zamawiającego do rozpoczęcia lub kontynuacji usługi w wezwaniu przesłanym drogą pocztową i/lub faxem i/lub mailem.

Odwołujący wskazał, że 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 zasygnalizował, 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. W ocenie odwołującego, takie rozwiązanie stoi w sprzeczności z obowiązkami wykonawcy wynikającymi z przepisów ustawy o podatku od 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 koniecznym i w pełni uzasadnionym.

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

W ocenie odwołującego, zastrzeżenie kary umownej „opóźnienie” w podstawieniu pojemników na opady niesegregowane oraz zmieszane w wysokości 50 000,00 zł nosi znamiona kary rażąco wygórowanej. Co prawda, zamawiający ma prawo do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, co nie oznacza jednak możliwości nadużywania tego prawa wobec wykonawcy. Konieczne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, uwzględniając przy tym funkcje kary umownej dla zabezpieczenia interesu publicznego i właściwej realizacji zamówienia publicznego oraz niedopuszczalność kształtowania

wysokości kar umownych w sposób dowolny, tj. bez racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że zarzut dotyczący treści § 8 ust. 8 oraz 9 wzoru umowy jest bezpodstawny. Zamawiający w sposób prawidłowy sformułował zapisy umowy dotyczące sposobu określenia rozliczeń za realizację przedmiotu umowy, w tym w sposób prawidłowy określił termin do wystawienia faktury VAT albowiem z art. 106i ust. 3 pkt 4 ustawy o podatku od towarów i usług wynika, iż faktura może być wystawiona nie później niż z upływem terminu płatności w przypadku, o którym mowa w art. 19a ust. 5 pkt 4.

Zamawiający podniósł, że zarzut dotyczący treści § 11 ust. 2.1.11 2.1.12 wzoru umowy jest bezpodstawny. Zamawiający wskazał, że kara - biorąc pod uwagę konsekwencje niepodstawienia pojemników, w tym zagrożenie epidemiologiczne —powinna mieć charakter mobilizujący dla wykonawcy, a zestawiając ją z wartością szacunkową zamówienia, nie sposób stwierdzić, iż kara umowna jest wygórowana. Zamawiający podkreślił, iż na nim spoczywa odpowiedzialność za utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta, a zatem tego rodzaju zapisy stanowią uzasadnione zabezpieczenie jego interesu w prawidłowej realizacji umowy. Skutki niedopełnienia obowiązku dostarczenia pojemników są trudne do oszacowania, a z pewnością dotkliwe dla mieszkańców Miasta Chorzów, których bezpieczeństwo higieniczne zamawiający musi mieć w pierwszej kolejności na uwadze.

Odnosząc się do zarzutu dot. treści § 16 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy odwołujący stwierdził, że postanowienia te uzasadniają postanowienie zarzutu określonego w punkcie B. 3) petitum, tj. naruszenie art. 353[1] K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1, w zakresie w jakim w § 16 umowy punkcie 1 wzoru umowy zamawiający zastrzegł obligatoryjną zmianę umowy o zamówienie publiczne, bez konieczności zawarcia aneksu do umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę nowych, zwiększonych obowiązków w zakresie utrzymania poziomu recyklingu odpadów, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, oraz w sytuacji zaistnieje zmian w zakresie istniejących instalacji zagospodarowujących odpady komunalne lub dodanie nowej instalacji zagospodarowującej odpady komunalne. 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. Wskazał, 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. Wskazał również, że powyższa konstrukcja umownej klauzuli zmiany umowy o zamówienie publiczne nie mieści się w regulacji art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy 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 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odniesieniu do wskazanego zarzutu stwierdził, że jest on bezpodstawny. Z treści zacytowanego przez odwołującego przepisu jednoznacznie wynika, iż tego rodzaju zmiana tj. bez konieczności aneksowania i braku możliwości zwiększenia ceny jednostkowej dotyczy sytuacji gdy zmiana stanu prawnego nie będzie związana ze zmianą zakresu i wartością przedmiotu zamówienia.

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

Odwołujący FCC wskazał, że 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 nieuzasadniona. A konieczność wykazywania faktów, które w istocie stanowią notoryjność powszechną nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zamawiający konstruując treść s.i.w.z. jest zobowiązany do dostosowania jej wymogów do treści obowiązującego prawa. Mając więc świadomość, że stawki minimalnego wynagrodzenia są waloryzowane rokrocznie, wie, że wymóg ten obligować będzie wykonawcę do podwyższenia kwot wynagrodzenia za pracę pracowników, którzy otrzymują pensję minimalną. Taki fakt, zawsze wpływać będzie na wysokość kosztów związanych ze

świadczonymi usługami, bowiem wykonawca jest zobligowany do spełnienia wymogów zatrudnienia związanych z realizacją usługi. Powyższe argumenty są również aktualne do zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym. Przerzucenie zaś na wykonawcę obowiązku udowodnienia wpływu zmian na koszty realizacji usługi jest wymogiem sprzecznym z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, bowiem wykonawca jest zobligowany przy świadczeniu usług do informowania zamawiającego o wszystkich zmianach w zakresie stosunków pracy pracowników, za pomocą których świadczy usługi. Ciężar ten zostaje wypełniony w chwili przedstawienia informacji o zmianach zasad wynagradzania lub podlegania ubezpieczeniom społecznym, a żądanie dodatkowych dowodów dla uzasadnienia powyższych zmian jest nieuzasadnione.

W ocenie zamawiającego, powyższy zarzut jest bezzasadny. Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy P.z.p., zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może wynikać między innymi ze zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów i może być podstawą do zmiany wynagrodzenia wykonawcy, o ile będzie ona miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zamawiający ma zatem prawo domagać się przez wykonawcę, iż wzrost parametrów, o których mowa w zapisach ma wpływ na koszty wykonania. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, zasadniczym celem wprowadzenia przepisu art. 142 ust. 5 ustawy P.z.p., wskazanym w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizacyjnej, jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może on ponieść w związku z podwyższeniem ciężarów publicznoprawnych wchodzących w koszty realizacji zamówienia. Z drugiej strony ochrona taka będzie przysługiwać również zamawiającemu, w przypadku obniżenia ciężarów publicznoprawnych, które podwyższały koszty wynagrodzenia wykonawcy. Ujmowane w treści umowy klauzule, w oparciu o które dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, w sytuacji zaistnienia zmian przepisów określających wysokość podatku VAT, wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zmiany zasad opłacania przez wykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo zmiany wysokości składek tych ubezpieczeń, mają zastosowanie, o ile powyższe zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Za "odpowiednią zmianę wynagrodzenia", należy zatem przyjąć taką zmianę, która dostosowuje wprost proporcjonalnie wynagrodzenie wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację zamówienia w związku ze zmianami przepisów prawnych wymienionych w art. 142 ust. 5 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu dot. § 16 ust. 2 pkt 4 projektu umowy, odwołujący wskazał, że ukształtowanie postanowień umowy uzasadnia zarzut określony w pkt B. 5 petitum tj. naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. w zakresie, w jakim w § 16 punkcie 4 wzoru

umowy określono możliwość zmiany pozostałych postanowień umowy na wypadek wystąpienia obiektywnych przesłanek, co nie spełnia określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy 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.

Odwołujący wskazał, 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:

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".

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

Zamawiający stwierdził, że zarzut nie znajduje uzasadnienia w treści przywołanego zapisu umownego, albowiem zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazał zakres zmiany, jaka może być dokonana.

Odnosząc się do zarzutu dot. § 17 projektu ustawy, odwołujący wskazał, że postanowienia te w pełni uzasadniają zarzut postawiony w punkcie B. 6 petitum tj. naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 746 K.c. poprzez zastrzeżenie w § 17 umowy prawa odstąpienia od umowy, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia publicznego, co do zasady stanowi umowę zlecenia w rozumieniu przepisów

ustawy - Kodeks cywilny, zaś do umowy zlecenia odpowiednio stosuje się przepisy o wypowiedzeniu umowy nie zaś o odstąpieniu od umowy, które to sposoby rozwiązania umowy mają odmienny charakter i znajdują zastosowanie do odmiennych rodzajów umów.

Odwołujący zwrócił 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 ocenie zamawiającego zarzut jest bezpodstawny. Możliwość odstąpienia umownego wynika z regulacji art. 395 K.c. i zamawiający sformułował zapisy umowy w oparciu o tenże przepis. Możliwość taka wynika wprost z art. 139 ustawy P.z.p. odsyłającego w zakresie nieuregulowanym ustawą P.z.p. do ustawy Kodeks cywilny.

Jednocześnie zamawiający poinformował, iż zmieni treść § 17 ust. 1 pkt 1.7 umowy, który otrzyma brzmienie: *W przypadku nie wywiązywania się przez wykonawcę z obowiązków zatrudniania osób oparciu o umowę o pracę, Zamawiający może od umowy odstąpić na zasadach określonych w § 17 ust. 6 niniejszej umowy terminie 30 dni od dowiedzenia się o tej okoliczności.*

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

Zamawiający podniósł, że zarzut jest całkowicie chybiony, albowiem wprawdzie zamówienie będzie realizowane w okresie dłuższym niż 12 miesięcy, jednakże w projekcie umowy określono sposób rozliczenia w częściach. Rozliczenie za realizację umowy następuje w okresach miesięcznych, o czym mowa w 8 ust. 8 projektu umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie wskazanym w pkt. 1 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne, za wyjątkiem zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, które podlegają umorzeniu.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący FCC jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje, co następuje:

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. dotyczący ustalenia kryteriów oceny ofert jako odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzów oraz odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa. W ocenie Izby, zamawiający jest uprawniony do tego, by uwzględniać i promować aspekt ekologiczny przy ustalaniu kryteriów i warunków udziału w postępowaniu. Izba przeprowadziła dowód ze złożonego przez zamawiającego wyliczenia efektu ekologicznego dla pojazdów-śmieciarek w zależności od położenia bazy magazynowo-transportowej i instalacji komunalnej i skonstatowała, że w sytuacji, gdy baza magazynowo-transportowa oraz instalacja komunalna znajdują się w mniejszej odległości od wyznaczonego punktu, efekt ekologiczny zostanie osiągnięty. Argumentacja odwołującego sprowadzała się do wskazywania, że zamawiający, ustalając takie kryteria, powielił kryterium cenowe, z czym Izba się nie zgadza. Przystępujący Chemeko podnosił wprawdzie, iż istnieją inne sposoby na osiągnięcie efektu ekologicznego, niemniej jednak nie przedłożył żadnych dowodów ani wyliczeń, pozwalających na stwierdzenie, że inne sposoby zapewnią lepszy efekt ekologiczny niż wskazane przez zamawiającego kryteria. Odnosząc się do kryterium dotyczącego terminu uruchomienia PSZOK, Izba wskazuje, że w jej ocenie, zamawiający – konstruując zakwestionowane kryterium oceny ofert – naruszył wskazane przez odwołującego FCC przepisy ustawy P.z.p. Jak podnosili odwołujący i przystępujący, zorganizowanie i uruchomienie PSZOK to nie tylko kwestia zakupu/wydzierżawienia nieruchomości, ale również uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych, których uzyskanie jest niemożliwe w okresie czasu gwarantującym przyznanie punktów w ramach spornego kryterium. Zamawiający do tego argumentu w ogóle się nie odniósł.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie jako kryterium oceny ofert terminu utworzenia i uruchomienia PSZOK. Izba zważyła, że uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów wymaga spełnienia warunków, które na etapie przygotowań do składania ofert nie znajdują adekwatnego

uzasadnienia w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego wyłącznie jednym z elementów jest zorganizowanie PSZOK. Zauważyć należy, że czas konieczny do uzyskania zezwolenia wynosi, zgodnie z art. 35 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego, miesiąc, a w sprawach skomplikowanych – 2 miesiące. Zgodnie z art. 41 ust. 1 i 1a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2020 roku, poz. 797 ze zm.), zezwolenie wydawane jest na podstawie postanowienia wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska oraz komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że punktowany przez zamawiającego termin zorganizowania i uruchomienia PSZOK nie jest możliwy do dotrzymania przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, za wyjątkiem aktualnego wykonawcy tej usługi, który taki PSZOK posiada. Ponadto uzyskanie zezwolenia w trybie ustawy o odpadach na zbieranie odpadów, wymaga, zgodnie z art. 42 ust. 4a pkt 4 ustawy o odpadach, załączenia tytułu prawnego do nieruchomości. Aby uzyskać zezwolenie, wykonawca musi zatem poczynić znaczne nakłady organizacyjne i finansowe aby uzyskać wymagany dokument. W ocenie Izby ustanowienie kryterium oceny w taki sposób, który powoduje, że dotychczasowy wykonawca już w chwili przystąpienia do postępowania to kryterium spełnia w najwyższy sposób, podczas gdy pozostali wykonawcy nie mają szans na dotrzymanie nawet najdłuższego wymaganego terminu, jest naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

Izba zgadza się z zamawiającym co do tego, że może on ustanowić wymogi zamówienia w taki sposób, który będzie jak najszerzej odpowiadał jego potrzebom. Jednakże w przypadku wskazanego kryterium zamawiający nie wykazał, że zorganizowanie PSZOK w możliwie jak najkrótszym okresie czasu, a najlepiej – w dniu zawarcia umowy, jest niezbędnie konieczne. Sam wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że przewidział i przygotował się na sytuacje, w których uruchomienie PSZOK nawet w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy nie będzie możliwe. Oznacza to, że zamawiający jest w stanie udzielić zamówienia i realizować obowiązek odbioru i zagospodarowania odpadów bez zorganizowanego przez wykonawcę PSZOK przez dłuższy czas. Tym samym zamawiający nie wykazał, że ustanowienie takiego kryterium jest uzasadnione jego niekwestionowanymi potrzebami.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. w zw. z 353 [1] K.c, w zw. 139 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, w sposób niezrozumiały i niedokładny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim zamawiający:

a) W treści OPZ:

- w punktach 4.4.8. OPZ, 4.5.23. OPZ, 4.8 OPZ, 10.1.5 OPZ zastrzega, że wykonawca w zakresie odbioru odpadów z nieruchomości mających utrudniony dostęp do posesji poprzez zamykanie podwórka „na klucz” obowiązany jest do wystąpienia we własnym zakresie do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp., celem realizacji niniejszej umowy oraz ponosi odpowiedzialność za przekazane klucze, kody lub piloty do bram, furtek i drzwi, w przypadku zgubienia lub uszkodzenia kluczy lub pilotów, pomimo tego, że na podstawie obowiązującego prawa, wykonawca nie ma żadnej podstawy do żądania wydania kluczy, pilotów oraz kodów stanowiących zabezpieczenie nieruchomości prywatnych, z których odpady mają być odbierane;

- w punkcie 2 OPZ określił, że wykonawca ponosi całkowite koszty związane z realizacją zamówienia pomimo, że nie wskazał tychże kosztów precyzyjnie, a w szeregu dalszych postanowień OPZ (w szczególności w 4.2.5 OPZ, 4.2.12. OPZ 4.3.1.11 OPZ 4.3.1.12 OPZ, 4.3.1.14 OPZ 4.3.1.15 OPZ), wskazywał na szacunkowe, przybliżone ilości materiałów oraz częstotliwości realizowania czynności, ze wskazaniem na możliwość ich zwiększenia, a także nałożył na wykonawcę odbiór nieograniczonej ilości odpadów od mieszkańców, bez względu na worek, w jakim odpady są przekazywane, z zastrzeżeniem niemożności zwiększenia przez wykonawcę ceny umownej w przypadku żądania wykonania przedmiotu zamówienia publicznego w większym, niż oznaczony w s.i.w.z. zakres, co uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny ofertowej, z uwzględnieniem ryzyka wzrostu kosztów, a także może wprowadzić do przekroczenia dobowych i tygodniowych standardów emisyjnych z instalacji.

W ocenie Izby, zakwestionowane postanowienia s.i.w.z. dotyczące wystąpienia do właścicieli nieruchomości o udostępnienie kluczy do bram, pilotów, kodów, itp., nie naruszają wskazanych przez odwołującego FCC przepisów. Zamawiający jest uprawniony do wymagania określonego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Jedyнным argumentem podnoszonym tu przez odwołującego FCC był fakt, że tego rodzaju żądanie nie ma podstawy prawnej. Izba wskazuje, że brak podstawy prawnej nie oznacza tu wymagania niezgodnego z prawem. Podkreślić przy tym należy, że wymóg zamawiającego w tym zakresie nie jest ani niezrozumiały, ani niedokładny, ani też niejednoznaczny. Co więcej, zapis ten jest obowiązujący wobec każdego wykonawcy, który uzyska zamówienie. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, iż wymóg narusza zasady równej konkurencji czy równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu dot. punktu 2 OPZ, Izba wskazuje, że podana w specyfikacji szacunkowa ilość worków wymaganych do realizacji zamówienia, ustalona na

podstawie faktycznych danych uzyskanych w związku z realizacją analogicznych zamówień w poprzednich latach, jest wystarczająca do sporządzenia kalkulacji ceny oferty i oszacowania ryzyk. Oczywistym jest, że zamawiający – ze względu na specyfikę zamówienia – nie jest w stanie podać dokładnej ilości worków. Ilość worków jest bowiem ściśle uzależniona od ilości odpadów, a te zmieniają się w zależności od różnych czynników. Oszacowanie ilości worków z uwzględnieniem szacunków dokonanych przez zamawiającego nie powinno stanowić problemu do doświadczonego wykonawcy. Wykonawca winien być świadom także i tego, że ilość i rodzaj odpadów zmieniają się w zależności od pory roku i kalendarza (w tym świąt i innych okresów wolnych od pracy). Istotny dla rozstrzygnięcia zarzutu jest również zapis § 8 ust. 4 umowy, zgodnie z którym, w przypadku wyczerpania łącznej ilości odebranych z terenu miasta oraz przyjętych w punkcie PSZOK odpadów komunalnych wskazanej w ust. 3 przed upływem terminu realizacji umowy (czyli przed 31.12.2021 r.), umowa wygasa.

Odnosnie treści § 1 ust. 5 wzoru umowy, Izba wskazuje, iż wykonywanie przedmiotu umowy w sposób niepowodujący niepotrzebnych przeszkód oraz ograniczając niedogodności dla mieszkańców, nie powinno stanowić problemu dla profesjonalnego podmiotu. Trudno oczekiwać od zamawiającego, by określał wszystkie sytuacje, które mogą wpływać na bezproblemowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca realizujący zamówienia, winien dostosować się do wskazanego wymogu, biorąc pod uwagę przede wszystkim doświadczenie życiowe oraz nabyte przy wykonywaniu analogicznych zamówień.

W odniesieniu do treści § 8 ust. 7 wzoru umowy, Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż zarzut jest bezpodstawny, gdyż zamawiający wskazał, do jakiej ilości odpadów stanowiących podstawę wyliczenia oferty może dokonać przesunięć. Wykonawca, kalkulując ofertę, wycenia całkowite ilości odpadów, tym bardziej, że zamawiający wskazał ilości, w ramach których dopuszczalne jest dokonywanie przesunięć.

Podkreślić należy, iż sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy P.z.p. I tak, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p.).

Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. A zatem, nie można przyznać wykonawcom uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii*, przygotowując własną s.i.w.z. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający, zgodnie z własnymi interesami, zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto, przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2014 r., o sygnaturze KIO 1655/14, KIO 1657/14, rolą zamawiającego nie jest poszukiwanie rozwiązań, które mają zapewnić komfort realizacji zamówienia przez wykonawcę i zminimalizowanie ryzyk grożących wykonawcy, a przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w celu zaspokojenia potrzeb zamawiającego i zabezpieczenia jego interesów.

Izba stoi na stanowisku, iż w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353¹ K.c.) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy P.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego (np. wyrok KIO 283/14). Na gruncie ustawy P.z.p. dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne, przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy we

Wrocławiu, który w wyroku o sygn. akt X Ga 67/08 uznał, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Dodatkowo Izba orzekła, że wszyscy wykonawcy, którzy mogą się ubiegać o konkretne zamówienie znajdują się w takiej samej sytuacji i dlatego nie można twierdzić, że postanowienia umowy - takie same dla wszystkich - mogą ich dyskryminować (np. wyrok KIO 283/14).

Izba oddaliła pozostałe zarzuty odnoszące się do zapisów umownych.

W zakresie zarzutu dotyczącego § 8 ust. 8 oraz 9 wzoru umowy Izba podziela stanowisko zamawiającego. Zamawiający w sposób prawidłowy sformułował zapisy umowy dotyczące sposobu określenia rozliczeń za realizację przedmiotu umowy, w tym w sposób prawidłowy określił termin do wystawienia faktury VAT, albowiem z art. 106i ust. 3 pkt 4 ustawy o podatku od towarów i usług wynika, iż faktura może być wystawiona nie później niż z upływem terminu płatności w przypadku, o którym mowa w art. 19a ust. 5 pkt 4. Zgodnie z art. 19 a ust. 5 pkt 4 lit. b tiret drugie ustawy, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wystawienia faktury z tytułu świadczenia usług wymienionych w poz. 24–37, 50 i 51 załącznika nr 3 do ustawy. W poz. 27 i 28 zał. nr 3 do ustawy znajdują się usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, nadających się do recyklingu oraz usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, nienadających się do recyklingu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 484 § 2 K.c. w zw. z art. 139 ustawy P.z.p. poprzez zastrzeżenie w § 11 ust. 2.1.11 oraz 2.1.12 wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych za każdy dzień opóźnienia w podstawieniu pojemników. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 483 § 1 K.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przewidziana w tym przepisie kara umowna jest swego rodzaju odszkodowaniem służącym naprawieniu szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego.

Na to, jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jeżeli strony zastrzegłyby kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że kara umowna przysługuje także w takim przypadku gdy zamawiający nie poniósł żadnej szkody z powodu nienależytego wykonania umowy, mimo że przepis mówi o prawie do kary „bez względu na wysokość poniesionej szkody” (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 lutego 2015 r., I ACa 967/14). Jeśli uchybienie wykonawcy polega na niedotrzymaniu terminu wykonania zamówienia publicznego, kara umowna, w razie jej zastrzeżenia, typowo należna jest za opóźnienie albo za zwłokę wykonawcy.

Nie ma przeszkód prawnych, aby wykonawca, na podstawie art. 473 § 1 K.c. przyjął w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu okoliczności niezawinionych. Możliwość rozszerzenia (zaostrzenia) zakresu odpowiedzialności wykonawcy jest nieograniczona, ponieważ art. 473 § 1 K.c. w tym zakresie nie określa żadnych granic. Strony w umowie mogą więc przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Za dopuszczalną należy uznać także możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać zamawiającemu, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie wykonawcy. Jeżeli postanowienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego określają rozszerzony zakresu odpowiedzialności w stosunku do uregulowanej ustawowo i zastrzegają karę umowę z tytułu opóźnienia w wykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy, to bez znaczenia są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez wykonawcę terminu wykonania przedmiotu umowy i ocena czy opóźnienie ma formę kwalifikowaną, zależną od winy.

Wskazać również należy na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 roku sygn. akt I CSK 331/12, LEX nr 1293724, z którego wynika, że brak jest podstawy do nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej karę umowną za opóźnienie, dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika.

Izba wskazuje ponadto, że przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może

formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich nawet dotkliwymi karami umownym, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ K.c. (por. wyrok z dnia 31 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1706/13).

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący § 8 ust. 8 oraz 9 wzoru umowy. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż w sposób prawidłowy sformułował on zapisy umowy dotyczące sposobu określenia rozliczeń za realizację przedmiotu umowy, w tym w sposób prawidłowy określił termin do wystawienia faktury VAT, albowiem z art. 106i ust. 3 pkt 4 ustawy o podatku od towarów i usług wynika, iż faktura może być wystawiona nie później niż z upływem terminu płatności w przypadku, o którym mowa w art. 19a ust. 5 pkt 4. Zgodnie z art. 19 a ust. 5 pkt 4 lit. b *tiret* drugiej ustawy, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wystawienia faktury z tytułu świadczenia usług wymienionych w poz. 24–37, 50 i 51 załącznika nr 3 do ustawy. W poz. 27 i 28 zał. nr 3 do ustawy znajdują się usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, nadających się do recyklingu oraz usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, nienadających się do recyklingu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzutu dot. § 16 ust. 1 pkt 1.1 projektu umowy. Z treści wskazanego postanowienia wyraźnie wynika, iż zmiana realizacji przedmiotu umowy w następstwie zmiany stanu prawnego, który będzie wnosił nowe wymagania co do sposobu realizacji jakiegokolwiek tematu ujętego przedmiotem zamówienia, jest dopuszczalna wyłącznie wówczas, gdy nie będzie to związane ze zmianą zakresu i wartości przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem zmian w zakresie wymaganych poziomów. Z kolei pkt 1.2 dotyczy zmian w zakresie instalacji bądź dodania nowej instalacji, w sytuacji, gdy brak jest możliwości zwiększenia ceny jednostkowej za tonę odpadów.

Argumentacja odwołującego w zakresie powyższego zarzutu opiera się w szczególności na podnoszeniu, iż wskazane wyżej postanowienia umowne stanowią 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.

Argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Z treści wskazanych postanowień wynika, że zmiany umowy nie będą powodować zmian zakresu przedmiotu zamówienia. Tym samym postanowienia te nie mają wpływu na kalkulację ceny ofertowej. Z kolei zmiany w zakresie instalacji nie mogą powodować zmiany ceny jednostkowej za tonę odpadów. Okoliczności te nie powodują zatem żadnych perturbacji w zakresie kalkulacji oferty.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dot. § 16 punkt 2.2 projektu umowy. Zgodnie z art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy 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: wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Z treści wskazanego wyżej przepisu *in finito* wynika, że obowiązek wprowadzenia postanowienia o zmianach musi być zrealizowany jedynie w sytuacji, gdy zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zamawiający uprawniony jest zatem do wskazania mechanizmu, za pomocą którego będzie weryfikował, czy warunek ten został spełniony.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dot. §16 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy. Odwołujący nie wskazał, dlaczego – w jego przekonaniu – zarzut nie odpowiada wytycznym określonym w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Odwołujący ograniczył się do podania treści artykułu oraz stwierdzenia, że zakwestionowany zapis umowny nie odpowiada wymogom wskazanym w tym przepisie. W ocenie Izby, przewidziany przez zamawiającego zakres zmiany nie narusza wskazanej przez odwołującego regulacji.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty dot. § 17 ust. 1 projektu umowy. Zgodnie z art. 395 § 1 K.c., można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Z powszechnie obowiązujących przepisów prawa nie wynika zakaz zastosowania wskazanego przepisu do umów zlecenia.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzutu dot. punktu XXV s.i.w.z. W projekcie umowy określono sposób rozliczenia w częściach. Rozliczenie za realizację umowy następuje w okresach miesięcznych, o czym mowa w 8 ust. 8 projektu umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

KIO 2073/20

Odwołujący PTS ALBA Sp. z o.o. w Chorzowie (dalej: odwołujący ALBA) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz treści s.i.w.z., w tym w szczególności na zapisy w :

- i. Cz. III pkt 4 i 9 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. w części dotyczącej określenia szacunkowej ilość odpadów i pojemników;
- ix. „Umowie nr” stanowiącej załącznik nr 6 do s.i.w.z. 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 odpadów⁵⁵ 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.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

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

w tym w szczególności:

a. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy P.z.p. 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. s.i.w.z.);

b. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 s.i.w.z.);

c. art. 29 ust.1 i 2 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 w zw. z art. 34 ust. 5 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 s.i.w.z.);

e. art. 29 ust. 1 i 2 w z w. z art.7 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 s.i.w.z.);

f. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na sprzecznym ujęciu tej samej materii dotyczącej terminu zapoznania się z treścią harmonogramów pomiędzy s.i.w.z. a umową, (§3 ust.2 ppkt.2.1.1 Umowy, cz. III ppkt.9.1. s.i.w.z.);

oraz inne przepisy wymienione lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz s.i.w.z. w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy P.z.p., 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 czystość 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 s.i.w.z. a umową.

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

Odwołujący ALBA wskazał, że w cz. III s.i.w.z. zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe przygotowanie i wycenę oferty. I tak w cz. III pkt.9 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. Ogólne zasady odbioru poszczególnych rodzajów odpadów przewidujących inne przypadki, kiedy zamawiający może zlecić objęcie kolejnych pojemników harmonogramowym odbiorem selektywnym (ppkt4.4.3.) oraz możliwą zmianę częstotliwość opróżniania dla konkretnych pojemników do segregacji w stosunku do tej wskazanej w cz.III ppkt.4.4.2. s.i.w.z. (ppkt.4.4.4,) świadczy o braku wyczerpującego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art.29 ust. 1, 2 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący ALBA zaznaczył, że każda zmiana harmonogramu ma bezpośrednie przełożenie na koszt realizacji usługi, który nie może być oszacowany w sytuacji, gdy wykonawca nie zna precyzyjnego zakresu tej zmiany. W związku z powyższym, celowym jest doprecyzowanie wskazanych zapisów s.i.w.z. 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 s.i.w.z., naruszenie harmonogramów obwarowane jest karami umownymi w wysokości 200,00 zł 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 s.i.w.z. 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, celowym jest również wprowadzenie możliwości jednostronnej zmiany harmonogramów przez wykonawcę w uzasadnionych sytuacjach.

Następnie w cz. III pkt 10 s.i.w.z. Opis Przedmiotu Zamówienia zamawiający wprowadził w ppkt. 10.2.10 wymóg odbierania odpadów w okresie pandemii zgodnie z wytycznymi odpowiednich organów bez sprecyzowania, jak zaistnienie tych zmian będzie wpływało na wynagrodzenie wykonawcy. Odwołujący ALBA zaznaczył, 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 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący ALBA zaznaczył, 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.

Odwołujący ALBA wskazał, że został naruszony art.29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 34 ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. 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. Opisanie w art. 34 ust. 5 ustawy P.z.p. 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 s.i.w.z., 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 ocenie odwołującego ALBA, naruszenie przepisów art. 29 ust.1 i 2 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy P.z.p. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia ma również miejsce w przypadku ilości odpadów podanych w Załącznik nr 1A Formularzy cenowy do s.i.w.z. 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” W ocenie odwołującego ALBA, powyższy sposób określenia przedmiotu zamówienia stanowi bezsprzecznie naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Wobec powyższego zmiana słowa „szacowane” na „gwarantowane” zapotrzebowanie zamawiającego na pojemniki w cz. III ppkt. 13.7.1. i 13.7.2 s.i.w.z., wykreślenie w cz. III s.i.w.z. 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 1s4 Formularz cenowy stanowią gwarantowane ilości odpadów i pojemników, które zostaną rozliczone w ramach zamówienia (oraz odpowiednia do zmiany s.i.w.z. zmiana § 8 ust.3 umowy) jest uzasadnione i konieczne.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 października 2020 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i przyznanie mu od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający odwołał się do wcześniejszej umowy łączącej odwołującego z zamawiającym, a która to umowa została przez odwołującego wypowiedziana. Zamawiający był zmuszony diametralnie przebudować gminny system gospodarowania odpadami komunalnymi. Główną zmianą było zaprzestanie odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, co oznacza, że w systemie u zamawiającego pozostały nieruchomości zamieszkałe oraz mieszane.

Ponieważ gminnym systemie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nadal pozostają nieruchomości mieszane, a zamawiający dopuszcza odbiór odpadów w godzinach od 6:00 do 22:00, należy zatem wskazać godziny odbioru odpadów z tych nieruchomości, jeżeli z uwagi na charakter ich pracy będzie to wymagane.

Zamawiający wskazał, że począwszy od lipca 2013 r. do chwili obecnej nie wskazywał poprzednim wykonawcom umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Chorzowa czasu odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych. Nie przeszkadzało to wykonawcom, w tym odwołującemu ALBA, skutecznie realizować umowy zawierane z zamawiającym. Odwołujący ALBA realizował umowy, które oparte były na zapisach s.i.w.z., o tej samej treści w tym zakresie i nie wnosił do tego żadnych

zastrzeżeń i uwag. Zamawiający dla wyjaśnienia skali problemów, w jakim odwołujący ALBA wnosi swój zarzut, poinformował, że od początku 2019 roku do maja 2020 były 3 (trzy) wskazania ze strony zamawiającego konkretnych godzin odbioru odpadów. Odwołujący ALBA oczywiście ma tę wiedzę, bo przecież realizował i realizuje umowy z Miastem. Zamawiający precyzyjnie określił w s.i.w.z. okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia, żeby nie było to zaskoczeniem dla wykonawcy. Okoliczności, które zamawiający opisał w s.i.w.z. są wynikiem doświadczenia z realizacji od wielu lat odbioru odpadów z terenu miasta oraz specyfiki miasta i specyfiki realizacji usług w mieście.

Zamawiający stwierdził, że wskazanie dodatkowych nieruchomości do odbioru odpadów jest zależne od woli właścicieli nieruchomości położonych na terenie Chorzowa, na co zamawiający nie ma wpływu. Wynika to z art. 6i ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020r., poz. 1439; dalej „ucpg”) oraz uchwały nr XIX/323/20 Rady Miasta Chorzów z dnia 27 lutego 2020 r., stanowiącej akt prawa miejscowego, która wskazuje, że właściciel nieruchomości: w ciągu 14 dni od zamieszkania lub od momentu rozpoczęcia powstawania odpadów komunalnych ma obowiązek złożenia w Urzędzie Miasta Chorzów deklaracji w przypadku zmiany danych będących podstawą ustalenia wysokości należnej opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi lub określonej w deklaracji ilości odpadów komunalnych powstających na danej nieruchomości ma obowiązek złożyć nową deklarację do Prezydenta Miasta Chorzów w terminie do 10 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiła zmiana.

Zamawiający wskazał, że określił w Rozdziale III. pkt 4.4..2 minimalną częstotliwość, z jaką konieczne jest opróżnienie zestawów do segregacji odpadów. Dokładne dane zostały przedstawione przez zamawiającego w załączniku A.3 do s.i.w.z., z którego odwołujący, jak i każdy inny wykonawca może powziąć informacje dotyczące częstotliwości opróżniania różnych zestawów, które obecnie są ustawione na terenie Miasta Chorzów. Łatwo można zatem zauważyć, że ze sporej liczby zestawów odbiory realizowane są częściej niż raz w tygodniu. Prawidłowość ta dotyczy przede wszystkim pojemników w kolorach żółtym i niebieskim. Zamawiający zwrócił także uwagę, że w odniesieniu do wielu zestawów wskazano, iż mają one być opróżniane rzadziej niż wskazano w rozdziale III pkt 4.4.2 s.i.w.z. co wyraźnie wskazuje na uśrednioną wartość poszczególnych odbiorów surowców.

Zamawiający stwierdził, że przedstawił w załączniku nr A.3 — Harmonogramie odbioru selektywnej zbiórki w pojemnikach aktualny na dzień zamieszczenia ogłoszenia o przedmiotowym postępowaniu komplet danych dotyczących:

- adresów ustawienia zestawów do segregacji,
- wielkości pojemników na każdym adresie,
- częstotliwości odbioru poszczególnych frakcji odpadów.

Na tej podstawie każdy wykonawca powinien samodzielnie przeanalizować

udostępniony arkusz i wedle swojego uznania oraz zapotrzebowania przefiltrować dane, które go interesują.

Zamawiający stwierdził, że nie jest w stanie oszacować, jak zwiększy bądź zmniejszy się zakres odbiorów odpadów, dlatego też przyjął pewne założenia, które w sposób jak najbardziej przejrzysty ujął w dokumentacji przetargowej. Zwiększenie lub zmniejszenie częstotliwości opróżniania danego pojemnika, niezależnie od gromadzonej wewnątrz niego frakcji, jest zupełnie inną kwestią niż brak opróżnienia zgodnie ze zmienionym harmonogramem.

Zamawiający wskazał na treść Rozdziału III pkt 4.4.4, s.i.w.z., gdzie podany został sposób kontaktowania się z wykonawcą w zakresie zmian częstotliwości opróżniania pojemników do segregacji, W tym samym punkcie została także określona graniczna liczba zmian — 100 zmian częstotliwości w ramach umowy objętej niniejszym zamówieniem. Mając powyższe na uwadze, w ocenie zamawiającego, nie sposób zgodzić się z zarzutami odwołującego ALBA dotyczącymi braku precyzyjnego określenia zakresu oraz zasad zmian.

Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 5 października 2020 roku odwołujący cofnął odwołanie w zakresie punktów określonych jako iii, iv, v, vi i ix. W pozostałym zakresie podtrzymał odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że zakwestionowanym postanowieniom s.i.w.z. zamawiający nadał następujące brzmienie:

- w cz. III pkt. 9.4 - Zamawiający może wskazać nieruchomości, z których odpady muszą być odbierane we wskazanych godzinach.,

- w cz. III pkt 9.8 9.8. Zamawiający zastrzega, iż w każdym momencie realizacji umowy może wskazać do obsługi dodatkowe nieruchomości,

- w cz. III pkt 4.4.2. Wykonawca będzie odbierał surowce wtórne gromadzone w pojemnikach do segregacji z następującymi częstotliwościami:

4.4.2.1. pojemniki żółte/siatkowe (przeznaczone na tworzywa sztuczne, odpady opakowaniowe wielomateriałowe i metale) – co najmniej raz w tygodniu,

4.4.2.2. pojemniki niebieskie (przeznaczone na papiery) – co najmniej raz w tygodniu,

4.4.2.3. pojemniki zielone (zielono-białe) - przeznaczone na szkło kolorowe i białe – co najmniej raz na dwa tygodnie.

- w cz. III pkt 4.4.3. Wszystkie nieruchomości zamieszkałe powinny zostać wyposażone w pojemniki do segregowania odpadów komunalnych. Obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemniki leży po stronie Wykonawcy.

Zamawiający zastrzega, iż na terenie miasta są i mogą nadal powstawać podziemne lub półpodziemne pojemniki do segregacji odpadów. W przypadku zgłoszenia takiego faktu Zamawiającemu przez właściciela nieruchomości, Zamawiający zleci Wykonawcy objęcie takich pojemników harmonogramowym odbiorem selektywnej zbiórki.

- w cz. III pkt 10.2.10 10.2.10. 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,

- w cz. III pkt 13.7. Szacowane zapotrzebowanie na pojemniki dla nieruchomości na terenie Miasta.

13.7.1. 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 m3)	284	1100 l	710
Pojemnik na tworzywa sztuczne 360 litrów	[szt.]	360 l	1069	Bez zmian	
Pojemnik na tworzywa sztuczne 240 litrów	[szt.]	240 l	208		
Pojemnik na tworzywa sztuczne 1100 litrów	[szt.]	1100 l	538		
Pojemnik na odpady bioodpady 240 litrów	[szt.]	240 l	931		
worki na odpady bioodpady 120 litrów	[szt.]	120 l	400 000		
worki na papier 120 litrów	[szt.]	120 l	100 000		
worki na tworzywa sztuczne 120 litrów	[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.

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

- w cz. III pkt 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,

- w cz. III pkt 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,

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne w zakresie zarzutów podtrzymanych przez odwołującego ALBA.

Izba stwierdziła, że odwołujący ALBA jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu dot. braku jasnych zasad dokonywania zmiany harmonogramów oraz skutków tych zmian na koszty wykonywania zamówienia, Izba wskazuje, że wymóg realizacji przedmiotu zamówienia według sporządzonych przez zamawiającego harmonogramów jest wymogiem uzasadnionym realną potrzebą zamawiającego, który według tej potrzeby przygotowuje opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku wprowadzenia nowej nieruchomości do harmonogramu wykonawca będzie obowiązany do odbioru odpadów z tej nieruchomości w terminie zgodnym z dniami odbioru odpadów z nieruchomości na tej samej ulicy. Tym samym wykonawca będzie mógł nadal wykonywać przedmiot zamówienia zgodnie z harmonogramem.

Izba wskazuje, że harmonogramy zostały przez zamawiającego udostępnione wykonawcom jako załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ich założenia są zatem znane wykonawcom. Jednocześnie zamawiający określił w s.i.w.z. przewidywalny wzrost ilości nieruchomości do obsługi w zakresie odbioru odpadów oraz wskazał szacunkową ilość możliwych zmian harmonogramu (ok. 100). Informacje te są w ocenie Izby wystarczające do dokonania wyceny przedmiotu zamówienia w ofercie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący ppkt. 10.2.10cz. III pkt 10. s.i.w.z. Opis Przedmiotu Zamówienia. We wskazanym punkcie zamawiający wskazał, 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.

Izba wskazuje, że od dnia 20 marca 2020 roku na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszony został stan epidemii. Stan epidemii został ogłoszony rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U., poz. 491). Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest zatem w warunkach stanu epidemii, który – jak dotąd – nie został odwołany.

Jednocześnie Główny Inspektorat Sanitarny we współpracy z Ministerstwem Klimatu przygotował wytyczne ws. postępowania z odpadami wytwarzanymi w czasie występowania zakażeń koronawirusem SARS-CoV-2 i zachorowań na wywoływaną przez niego chorobę COVID-19. Wytyczne dostępne są na stronie internetowej Ministerstwa Klimatu i Środowiska: <https://www.gov.pl/web/klimat/jak-postepowac-z-odpadami-w-czasie-epidemii-koronawirusa>.

Z powyższego wynika, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają już w tej chwili wiedzę, co do tego, w jaki sposób należy realizować przedmiot zamówienia w warunkach stanu epidemii, i muszą podane wytyczne uwzględnić przy realizacji tego zamówienia. Oznacza to, że kalkulując cenę oferty, już teraz muszą wziąć pod uwagę koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów w trakcie obowiązującego stanu epidemii. Tym samym zarzut odwołującego, jakoby wprowadzenie stanu epidemii pociągało za sobą dodatkowe koszty, co wobec postanowień s.i.w.z. uniemożliwia wycenę oferty, nie znajduje podstaw.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący rozdziału III pkt 13,15 i 13.16 s.i.w.z.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji lub wznowienia zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia (art. 5 ust. 1 dyrektywy).

Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy w odniesieniu do instytucji prawa opcji, również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia, wskazując w art. 34 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), że „jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji”.

Wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający w cz. III pkt 13.16 określił, w jakim przypadku będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji. Zamawiający skorzysta z prawa opcji w sytuacji, gdy liczba zestawów do segregacji odpadów wskazana przez zamawiającego w s.i.w.z. okaże się niewystarczająca. Tym samym zamawiający określił zakres zamówienia, który będzie musiał być zrealizowany, aby zamawiający mógł skorzystać z prawa opcji.

Izba ponownie podkreśla, że specyfika przedmiotu zamówienia uzasadnia stanowisko, że nie jest możliwe precyzyjne określenie minimalnej i maksymalnej ilości odpadów. Określenie ilości odbieranych odpadów musi zatem opierać się na pewnych szacunkach. Na podstawie tych szacunków wykonawca jest w stanie określić, w jakiej sytuacji zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji. W ocenie Izby, informacja ta jest wystarczająca i pozwala na uwzględnienie jej w wycenie oferty.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty dotyczące szacunkowej ilości worków i pojemników. W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko i argumentację wyrażoną przy rozpoznawaniu analogicznych zarzutów podniesionych w odwołaniu wniesionym przez odwołującego FCC.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

KIO 2077/20

Odwołujący Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (dalej: odwołujący Chemeko) wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu:

1) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie terminów realizacji zamówienia, w szczególności poprzez:

- a) niemożliwe do dochowania określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi,
- b) określenie zbyt krótkiego terminu na zrealizowanie obowiązku podstawienia pojemników na odpady;

2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję poprzez postawienie wymogu, aby Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) został przez wykonawcę zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że Wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował skrócenie tego terminu, to w tym czasie) w sytuacji, gdy utworzenie PSZOK wymaga nie tylko wykonania szeregu czynności faktycznych, ale i p02yskania stosownych decyzji administracyjnych, przez co wymóg uruchomienia PSZOK najpóźniej w terminie 60 dni od podpisania umowy jest wymogiem niemożliwym do spełnienia dla wykonawców innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie Zamawiającego, co dodatkowo świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert - czasu niezbędnego do utworzenia i uruchomienia

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

4) naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert - odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa z pominięciem innych kryteriów środowiskowych istotnych i kluczowych z punktu widzenia przedmiotu niniejszego zamówienia, co czyni je kryterium niereprezentatywnym i prowadzącym do uprzywilejowania jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców, co z kolei jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5) naruszenie art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert odległości bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa w sytuacji, gdy odległość ta nie ma wpływu na „jakość” świadczenia usług, a samo kryterium zostało wprowadzone w celu uprzywilejowania niektórych z wykonawców, co z kolei jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

6) naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób mogący naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez ocenę doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w sposób zawężający, nieadekwatny do celu, uwzględniający tylko określony system odbioru odpadów z pominięciem innych;

7) naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;

8) naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:

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

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący Chemeko wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji s.i.w.z. poprzez:

- 1) zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i mieszanych na terenie Chorzowa na termin 30 dni od dnia zawarcia umowy, z tym zastrzeżeniem, że termin na podstawienie pojemników będzie wynosił 60 dni liczonych od dnia zawarcia umowy;
- 2) zmianę terminu na podstawienie przez wykonawcę pojemników na odpady poprzez wydłużenie tego terminu do 60 dni liczonych od dnia zawarcia umowy;
- 3) zmianę terminu na zorganizowanie i uruchomienie PSZOK w ten sposób, że w określonym przez Zamawiającego 60-dniowym terminie od podpisania umowy wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia wszelkich niezbędnych działań faktycznych (leżących po jego stronie) w celu organizacji PSZOK, a także do wystąpienia do właściwych organów administracji publicznej z wnioskiem o wydanie niezbędnych decyzji, pozwoleń i innych wymaganych aktów administracyjnych, bez konieczności ujmowania w tym terminie czasu niezbędnego na wydanie stosownych rozstrzygnięć przez właściwe organy administracji publicznej;
- 4) wykreślenie z s.i.w.z. pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XVI pkt 1.2. s.i.w.z. (Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;
- 5) wykreślenie z s.i.w.z. pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XVI pkt 1.4. s.i.w.z. (Odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, do której Wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Chorzów) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;
- 6) wykreślenie z s.i.w.z. pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XVI pkt 1.3 SIWZ (Odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji

zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;

7) zmianę warunków udziału w postępowaniu dotyczących badania i oceny doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie (rozdział V pkt 1.2.3.1 ppkt 1 lit. b s.i.w.z.) poprzez wskazanie, że wykonawca winien dysponować następującym doświadczeniem:

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał (lub wykonuje) jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, obejmującą wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w ilości 4000 Mg odpadów typu tworzywa sztuczne, szkło i papier z wykorzystaniem pojemników na odpady selektywne, w tym pojemników typu dzwon.

8) uzupełnienie przewidzianych dotychczas przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o podstawę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp;

9) wskazanie w s.i.w.z. minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia;

10) zmianę § 16 wzoru umowy poprzez jednoznaczne zagwarantowanie możliwości jednostronnej zmiany przez wykonawcę lub zmiany w drodze aneksu do umowy posiadanych przez zamawiającego harmonogramów wywozu odpadów w sytuacji, gdy zmiana tych harmonogramów będzie konieczna dla należytego wykonania umowy, a będzie skutkiem okoliczności od wykonawcy niezależnych (np. zwiększenie ilości wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości odpadów, zwiększenie ilości obsługiwanych nieruchomości, zmiany rodzaju lub wielkości pojemników) lub będzie wynikała ze zmian w sposobie realizacji zamówienia dokonanych przez zamawiającego (np. zmian w zakresie częstotliwości odbioru odpadów), przy czym każdorazowa zmiana harmonogramów (zaistniała z przyczyn od wykonawcy niezależnych) lub odmowa zmiany harmonogramów; przez Zamawiającego mimo zaistnienia takiej sytuacji, skutkująca koniecznością zwiększenia przez wykonawcę ilości pojazdów i/lub osób realizujących zamówienie, winna skutkować możliwością równoczesnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (w szczególności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy o wysokość dodatkowych kosztów ponoszonych na skutek konieczności odbioru odpadów według innych harmonogramów niż te, na podstawie których nastąpiła wycena oferty lub zapewnienia dodatkowych pojazdów i/lub osób przy braku zmiany harmonogramów), co Zamawiający winien przewidzieć jako jedną z podstaw do zmiany umowy.

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

Odnosząc się do zarzutu dot. termin rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, odwołujący Chemeko zwrócił uwagę na niemożliwy do dochowania termin rozpoczęcia przez wykonawcę świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Chorzów.

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

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

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

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

Odwołujący Chemeko wniósł o odstąpienie przez zamawiającego od określenia terminu początkowego realizacji zamówienia datą kalendarzową, zwłaszcza ustaloną w taki sposób, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi z góry jest niemożliwy do dochowania.

W to miejsce, zgodnie z wytycznymi płynącymi z orzecznictwa Izby, odwołujący Chemeko wniósł o określenie początkowej daty świadczenia jako 60-ty dzień od dnia

zawarcia umowy z zamawiającym (względnie jako 30-ty dzień liczony od zawarcia umowy z zamawiającym z zastrzeżeniem, że pojemniki na odpady mogą zostać podstawione w terminach, o których mowa poniżej).

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

Odwołujący Chemeko podkreślił, że poza przygotowaniem pojemników niezbędnych do realizacji zamówienia, wykonawcy, którzy będą realizowali niniejsze zamówienie, muszą podjąć szereg dodatkowych-czynności przygotowawczych. Do realizacji takiego zamówienia należy przygotować odpowiednią: liczbę pojazdów, co wiąże się z koniecznością zapewnienia odpowiedniej liczby pracowników do ich obsługi i ich przeszkoleniem. Podkreślił, że nawet w sytuacji, gdy w niniejszym postępowaniu ofertę złoży duży podmiot, posiadający liczne samochody i personel, logistyki realizacji takiej usługi nie da się opracować i wdrożyć „z dnia na dzień”. Do realizacji zamówienia należy przygotować się także poprzez organizację PSZOK, systemu obsługi mieszkańców, systemu raportowania itp. Czynności takie każdemu wykonawcy działającemu na rynku (być może poza tym, który uprzednio realizował to zamówienie) zajmą co najmniej kilka tygodni. Odwołujący Chemeko podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winno być prowadzone w sposób konkurencyjny, co oznacza, że nie można opisu przedmiotu zamówienia dokonywać w taki sposób i przy takim założeniu, jakby wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa jedynie kontynuował działalność na rzecz zamawiającego. Z tego względu, odwołujący wniósł o określenie terminu na rozpoczęcie realizacji zamówienia co najmniej jako 30 dni od dnia zawarcia umowy z zamawiającym, z zastrzeżeniem dotyczącym terminu podstawienia pojemników.

Odnosząc się do terminów na podstawienie pojemników, w kontekście terminu rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów - odwołujący zwrócił uwagę na niemożność dochowania pewnych terminów przez wykonawcę, w szczególności przewidzianych przez zamawiającego terminów na podstawienie pojemników na odpady. Zgodnie z postanowieniami Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ): Wykonawca ponosi całkowite koszty związane z transportem, odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, w tym koszty przyjęcia odpadów na instalacje komunalne

oraz wszelkie pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia, w szczególności koszty dostawy pojemników i worków, koszty wydruku kalendarzy z harmonogramami oraz koszty ich dostarczenia do właścicieli nieruchomości.

Określając termin dostawy pojemników zamawiający wskazał w rozdziale V SIWZ, że: od dnia zawarcia umowy wynikającej z niniejszej s.i.w.z wykonawca ma obowiązek m.in.:

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

6. do 14 dni od dnia podpisania umowy lub w innym terminie pisemnie uzgodnionym z zamawiającym jednak nie później niż na 1 dzień przed rozpoczęciem świadczenia usługi — podstawić pojemniki do segregacji odpadów.

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

Odnosząc się do terminu na podstawie pojemników, odwołujący Chemeko wyjaśnił, że chcąc rozstawić tak dużą ilość wymaganych pojemników, wykonawca musi wcześniej dokonać ich zakupu. Wykonawca, który nie realizował uprzednio tego zamówienia, nie ma pojemników niezbędnych do realizacji zamówienia „na składzie”. Biorąc pod uwagę koszty zakupu i magazynowania pojemników oraz okoliczność, że pojemniki ulegają dużemu zużyciu w czasie realizacji zamówienia, nie jest praktykowane na rynku dokonywanie zakupów pojemników z wyprzedzeniem i ich magazynowanie, a pojemniki wykorzystywane do realizacji innych zamówień, po ich zakończeniu, jedynie w części mogą posłużyć do realizacji zamówień kolejnych. Konieczność zakupu pojemników niezbędnych do realizacji tego zamówienia wiąże się z oczekiwaniem na realizację zamówienia. Odwołujący Chemeko stwierdził, że należy mieć na uwadze, że w kraju nadal ogłoszony jest stan epidemii, co wpływa na działalność dostawców i producentów pojemników na odpady. Odwołujący przeprowadził w tym zakresie analizę rynku i według jego wiedzy nie jest możliwy zakup pojemników w tak krótkim czasie. Trudno oczekiwać, przy szacowanej ilości wymaganych pojemników, by wykonawca pojemnikami w takiej ilości dysponował przed zawarciem umowy (np. miał je jako zapasy magazynowe). Także podjęcie działań w celu odkupienia od innego wykonawcy pojemników używanych i dostosowania ich do wymogów s.i.w.z. jest czynnością czasochłonną, wykraczająca poza ten czas. Oczywistym jest również to, że nie jest możliwe

fizyczne rozstawienie wszystkich pojemników w ciągu jednego czy nawet kilku dni, co tym bardziej uzasadnia zarzut. Odwołujący Chemeko zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisami rozdziału II s.i.w.z. pkt 4.8. wykonawca jest dodatkowo zobowiązany do wystąpienia (we własnym zakresie) do właścicieli nieruchomości o dostarczenie kluczy do bram, pilotów, kodów itp. w celu możliwości realizacji przedmiotowej umowy, jeżeli wystawienie pojemników do godz. 6:00 rano w dniu harmonogramowego odbioru odpadów nie jest możliwe ze względu na specyfikę zwartej zabudowy, przy czym zamawiający przekaze wykonawcy w dniu podpisania umowy pełną listę nieruchomości objętych harmonogramami, wraz zdanymi kontrahentów, którzy zarządzają poszczególnymi nieruchomościami. Dopiero więc od tego momentu wykonawca będzie mógł rozpocząć działania mające na celu realizację przedmiotowego obowiązku.

Odnosząc się do zarzutu dot. zasad organizacji PSZOK, odwołujący Chemeko wskazał, że spełniający wszystkie wymogi określone w rozdziale II ust. 5 OPZ PSZOK powinien zostać zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował skrócenie tego terminu, to w tym czasie), przy czym jak podkreśla zamawiający: w termin ten należy wliczyć uzyskanie wszelkich zgłoszeń, pozwoleń, decyzji zezwalających na prowadzenie punktu, w tym również zawarcie umowy dzierżawy terenu w przypadku korzystania z terenu wskazanego przez zamawiającego w rozdz. III pkt. 5.2 s.i.w.z. (rozdział II pkt 5.2. s.i.w.z.). Etap obejmuje również oznakowanie PSZOK zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z.. Uruchomienie i oznakowanie PSZOK zostanie potwierdzone sporządzeniem protokołu odbioru etapu podpisanego przez umocowanych przedstawicieli stron. Za niespełnienie powyższego wymogu w § 11 ust. 2.1.27 zamawiający przewidział dla wykonawcy dotkliwą karę umowną: w wysokości 50 000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w utworzeniu i uruchomieniu Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych PSZOK w stosunku do terminu określonego w formularzu ofertowym wykonawcy. Kara będzie naliczana za każdy dzień opóźnienia od dnia zadeklarowanego w formularzu ofertowym do faktycznego uruchomienia PSZOK.

W ocenie odwołującego Chemeko, tak określone wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia, w szczególności termin realizacji tego obowiązku, naruszają przepisy ustawy P.z.p. Gminy, w tym zamawiający, są zobowiązane do utworzenia PSZOK na mocy art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 r. j.t. ze zm.), dalej jako „u.p.c.g.”. W przepisach u.p.c.g. wskazano na następujące warunki, jakie spełniać musi PSZOK:

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

2) łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy;

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

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że PSZOK musi spełniać standardy sanitarne, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650 ze zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. z 2009 r., nr 104, poz. 868). PSZOK musi także spełniać szereg wymagań technicznych. W szczególności, jak wskazuje sam zamawiający, powinien być on usytuowany na terenie utwardzonym, ogrodzonym, oświetlonym oraz dozorowanym. Ponadto, w miejscach, gdzie może nastąpić wyciek substancji niebezpiecznych wymagane jest odpowiednie zabezpieczenie środowiska gruntowo-wodnego. Miejsca magazynowania odpadów powinny być odpowiednio oznakowane, podobnie jak poszczególne obiekty i instalacje znajdujące się na terenie PSZOK. Wskazuje się przy tym, że specjalne zabezpieczenia mogą wynikać z wymagań dotyczących magazynowania odpadów niebezpiecznych (część magazynowa odpadów obiektu przeznaczona do składowania substancji żrących powinna być wykończona wykładziną odporną na działanie kwasów i zasad, pomieszczenia winny być wyposażone w nieprzepuszczalne utwardzone podłogi umożliwiające w przypadku rozlania płynów ich grawitacyjne zebranie oraz późniejsze wychwycenie oraz sprawną wentylację). Wymagania te znalazły wyraz w postanowieniach OPZ, przy czym zamawiający stawiając je, zdaje się zapominać, że ze względu na ww. wymagania, budowa i oddanie PSZOK do eksploatacji odbywa się w kilku etapach i wymaga czasu. Pierwszym z takich etapów jest określenie lokalizacji PSZOK, założeń technicznych i przeprowadzenie formalnej części koncepcyjnej lub projektowej oraz uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych. Etap ten uważany jest za kluczowy dla powodzenia

przedsięwzięcia. Po wyborze lokalizacji należy przystąpić do opracowania koncepcji programowo- przestrzennej, a następnie niezbędnych pozwoleń (pozwolenie wodno-prawne, warunki przyłączenia do mediów itd.) Po wybudowaniu PSZOK, należy uzyskać wszystkie niezbędne decyzje na użytkowanie obiektu oraz zezwolenia na zbieranie w tym miejscu odpadów komunalnych, co z kolei wymaga dodatkowo uzyskania operatu przeciwpożarowego. Stąd w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że okres realizacji inwestycji wynosi minimum kilka miesięcy. Z powyższych względów możliwość zorganizowania PSZOK w formie oczekiwanej przez zamawiającego (w tym z „czynnymi” zezwoleniem na zbieranie odpadów, które mają być zbierane w PSZOK) w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy jest niewykonalna dla wykonawcy innego niż ten, aktualnie świadczący usługę na terenie Miasta Chorzów. Powyższe wynika z konieczności podjęcia szeregu działań technicznych i administracyjno- prawnych, przy czym czas realizacji tych ostatnich jest całkowicie niezależny od wykonawcy. Podkreślić przy tym należy ponownie, że zamawiający, za niedochowanie terminu na uruchomienie PSZOK przewidział karę umowną w wysokości 50 000 zł za każdy dzień opóźnienia (czyli także za okoliczności niezależne od wykonawcy). W ocenie odwołującego Chemeko, jedynym podmiotem, który będzie w stanie spełnić ten wymóg jest wykonawca, który aktualnie świadczy usługę na terenie Miasta Chorzów. Oznacza to, że pozycja jednego przedsiębiorca będzie dalece uprzywilejowana względem pozostałych wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu dot. czasu niezbędnego do utworzenia i uruchomienia PSZOK jako kryterium oceny ofert, odwołujący Chemeko wskazał, że jego stanowisko odnoszące się do niemożliwych do dochowania terminów na organizację i uruchomienie PSZOK należy także odnieść do jednego z pozacenowych kryteriów oceny ofert. W rozdziale XVI pkt 2.2. s.i.w.z. zamawiający przewidział bowiem jako kryterium oceny ofert - Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK, któremu zamawiający przyznał wagę aż 20%. Zgodnie z zapisami s.i.w.z.:

— 20 %, waga punktowa 20 pkt

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

— 10%, waga punktowa 10 pkt

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

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

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

Odnosząc się do zarzutu dot. odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, odwołujący Chemeko wskazał, że jego wątpliwości budzi także kolejne, pozacenowe kryterium oceny ofert, jakie wprowadził zamawiający, tj. kryterium odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, do której wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Chorzów, gdzie zamawiający przewiduje:

2.4. 1 10%, waga punktowa 10 pkt, jeśli wykonawca wykaże, że położenie instalacji komunalnej mieści się w granicach administracyjnych miasta Chorzów.

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

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

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

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

W ocenie odwołującego Chemeko, podobnie jak w przypadku kryterium czasu na utworzenie i uruchomienie PSZOK kryterium odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia granic administracyjnych miasta Chorzowa jest kryterium pozornym, sztucznie ograniczającym konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący Chemeko wyjaśnił, że ustawodawca przyjmując przepisy ustawy z dnia 19 lipca 2019r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw zrezygnował z tzw. regionalizacji, tj. podziału kraju na regiony gospodarki odpadami i przypisywania do tych regionów instalacji dopuszczonych do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych. Obecnie zmieszane odpady komunalne mogą być w sposób zgodny z prawem przetwarzane w każdej instalacji mającej status instalacji komunalnej, niezależnie od tego, gdzie instalacja ta się znajduje i gdzie odpady zostały wytworzone. Krok ten był uzasadniany koniecznością rozbicia monopolu instalacji regionalnych i otwarcia rynku na konkurencję, co miało doprowadzić do spadku cen za zagospodarowanie tych odpadów. Rezygnując z zasady regionalizacji, ustawodawca przyjął tym samym, że otwarcie rynku na konkurencję jest istotniejsze niż realizacja wąsko rozumianej zasady bliskości (zagospodarowywania odpadów w miejscu najbliższym ich wytworzenia), zwłaszcza w sytuacji, gdy każda instalacja komunalna musi spełniać te same wymagania, tj. każda instalacja komunalna musi spełniać wymagania najlepszej dostępnej techniki (BAT) i jednocześnie w porównywalnym stopniu spełnia wymagania wynikające z zasady hierarchii sposobów postępowania z odpadami.

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

Odwołujący Chemeko wskazał, że o jedynie pozornym wpływie tego kryterium na jakość realizacji zamówienia świadczy także i ta okoliczność, że zamawiający przewidział 10 pkt za realizację zamówienia przy wykorzystaniu instalacji komunalnej, która mieści się w

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

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

Odnosząc się do zarzutu dot. odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, odwołujący Chemeko podtrzymał argumentację wskazaną w pkt IV powyżej dodatkowo wyjaśniając, że zgodnie z przepisami wykonawca zainteresowany odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z danej gminy musi, w celu uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, dysponować bazą magazynowo - transportową spełniająca określone wymagania położoną nie dalej niż 60 km od granic gminy. Ustawodawca, przyjmując taką odległość, uznał, że jest ona odpowiednia do zapewnienia właściwej obsługi gminy, a jednocześnie, że przejazdy pojazdów do bazy oddalonej na taką odległość nie będą wiązały się z nadmierną uciążliwością. Trudno więc stwierdzić, jakie względy miałyby przemawiać za premiowaniem (poprzez przyznanie dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert) wykonawców, którzy będą mieli zorganizowane bazy magazynowo — transportowe w odległości mniejszej niż wynikająca z przepisów prawa, w tym wykonawców, którzy mają takie bazy na terenie gminy. Niezależnie bowiem od tego, w jakiej odległości od miasta Chorzowa wykonawca zorganizuje sobie bazę magazynowo-transportową, na wykonawcy ciążyć będą takie same obowiązki umowne. Jeśli więc wykonawca zdecyduje się na bazę

bardziej oddaloną od miasta Chorzów,, będzie musiał w taki sposób zorganizować logistkę odbioru odpadów by ta odległość nie wpływała na terminowość realizacji zamówienia.

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

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

W ocenie odwołującego ilość pojemników, z jakiej wykonawca odbierał odpady pozostaje bez znaczenia dla oceny jego zdolności do realizacji zamówienia i pozostaje bez wpływu na ocenę doświadczenia danego wykonawcy. Z punktu widzenia zamawiającego istotne jest bowiem zweryfikowanie, czy wykonawca posiada niezbędne doświadczenie i będzie w stanie odbierać odpady zbierane w sposób selektywny, w tym także przy użyciu dźwigu samochodowego wykorzystywanego do odbioru pojemników typu dzwon. Sama ilość pojemników jest przy tym całkowicie nieistotna. Istotna może być już jednak ilość odpadów odbieranych przez danego wykonawcę, bowiem właśnie ta informacja potwierdza zdolności logistyczne, osobowe, techniczne wykonawcy do realizacji bardziej złożonych zamówień. To ilość odbieranych odpadów (a nie ilość pojemników) determinuje ilość pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz sposób ukształtowania logistyki odbioru odpadów, co z kolei przekłada się na doświadczenie wykonawcy. Również okoliczność, że w okresie kolejnych 10 miesięcy wykonawca odbierze odpady ze 100 czy też 700 pojemników typu dzwon nie wpływa na ocenę jego umiejętności w odbiorze odpadów gromadzonych w takich

pojemnikach. W obu przypadkach, wykonawca ma doświadczenie i ma już praktyczną wiedzę dotyczącą odbioru odpadów zgromadzonych w takich pojemnikach. Wiedza ta nie staje się „większa”, tylko z tego względu, że wykonawca odbierze odpady z większej ilości pojemników. Proces odbioru jest taki sam - odpady są odbierane z pojedynczych pojemników a nie na przykład z trzech pojemników jednocześnie. Co więcej, już sam zamawiający wskazuje wprost, że zamierza odchodzić od zbiórki odpadów w pojemnikach typu „dzwon” z uwagi przede wszystkim na krytyczne uwagi mieszkańców dotyczące tego typu odbioru odpadów, co tym bardziej potwierdza, że odbiór odpadów z narzuconej przez Zamawiającego ilości pojemników typu dzwon nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia realizacji zamówienia.

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

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

Z tego względu odwołujący Chemeko wniósł o zmianę s.i.w.z. i uzupełnienie przewidzianych dotychczas przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o dotychczas nieprzewidzianą przez zamawiającego podstawę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4, bowiem wykonawca który:

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

może nie dawać rękami rzetelnego i należytego wykonania przedmiotu umowy.

Odnosząc się do zarzutu dot. pojemników i worków, odwołujący Chemeko wskazał, że dostarczenie właścicielom nieruchomości pojemników na odpady segregowane stanowi również, na co wskazano powyżej, obowiązek wykonawcy. Zamawiający nie podaje jednak w s.i.w.z., jaka będzie ostatecznie liczba pojemników o danej pojemności (danego rodzaju) koniecznych do podstawienia przez wykonawcę. W rozdziale II pkt 13.7 s.i.w.z. podane są wyłącznie ilości szacunkowe pojemników i worków, przy czym w kolejnym pkt 13.8 zamawiający wskazuje, że nie zapewnia realizacji zamówienia we wskazanych ilościach pojemników. Zgodnie natomiast z rozdziałem II pkt 13.16 s.i.w.z., w przypadku, gdy liczba zestawów do segregacji odpadów wskazana przez zamawiającego w s.i.w.z. okaże się niewystarczająca zamawiający skorzysta z prawa opcji w tym zakresie i zwiększy liczbę zestawów, którą wykonawca ustawi we wskazanych lokalizacjach. Zamawiający może skorzystać z tej opcji, jednak nie musi, w zależności od potrzeb.

Wobec uwag podniesionych powyżej nie jest przy tym w istocie wiadomo, kiedy prawo opcji będzie mogło być uruchomione, skoro zapisy s.i.w.z. dot. ilości pojemników na odpady segregowane opierają się na ilościach szacunkowych, a więc niepewnych. Przy pojemnikach na odpady zmieszane nie ma jednak nawet takiego rozwiązania, co nie pozwala na uznanie, by ilości wskazane w s.i.w.z. miały wyznaczać górną granicę zobowiązania wykonawcy. Odwołujący Chemeko zaznaczył, że sam zamawiający wielokrotnie podkreśla w s.i.w.z., że w toku realizacji zamówienia zmianie może ulec zarówno ilość odbieranych odpadów, rodzaje odbieranych odpadów (co upoważnia go do przesunięć w założonych wolumenach odpadów), jak i ilość obsługiwanych nieruchomości, co oczywiście będzie przekładać się na ilość niezbędnych do realizacji zamówienia pojemników i worków. Powyższe pokazuje, jak wiele zmiennych odnoszących się do ilości wymaganych pojemników i worków może pojawić się w toku wykonywania zamówienia — zmiennych, których wystąpienia wykonawca nie może przewidzieć, a które przy takich zapisach s.i.w.z. jak obecnie będą mieć wpływ na zakres świadczenia wykonawcy bez prawa do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia.

Odwołujący Chemeko podkreślił, że także sam zamawiający nie ma wiedzy, w jaki sposób będzie zmieniało się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki i worki. Brak wiedzy, a raczej pewności co do tego, jak będzie kształtować się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki i worki, nie może jednak stanowić przyzwolenia na przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy ze względu na wielkość gminy, mowa jest tu o bardzo dużych kosztach i ryzyku. Zamawiający nie przewiduje w s.i.w.z. osobnego rozliczenia z

wykonawcą za dostawę pojemników w zakresie podstawowym - koszty związane z wykonaniem tego zakresu zamówienia, wykonawca musi ująć w kosztorysowych cenach jednostkowych za odbiór odpadów poszczególnych frakcji, które mają obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami. Zamawiający nie przewiduje przy tym możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady. Co potwierdza tezę, że ryzyko gospodarcze, o którym jest tu mowa, w całości zostało przerzucone na wykonawcę, co jest rozwiązaniem niedopuszczalnym. W tej sytuacji, czyniąc zadość wymaganiom art. 29 ustawy P.z.p., obowiązkiem zamawiającego było wskazanie w s.i.w.z. maksymalnej (a nie jedynie przewidywalnej) ilości pojemników poszczególnych rodzajów i worków, których dostawa leży w zakresie obowiązków wykonawcy: tylko wprowadzenie takiej informacji do opisu przedmiotu zamówienia, pozwoli na jednoznaczne ustalenie przez wykonawców zakresu ryzyka, jakie w związku z umową przyjmują na siebie, a w konsekwencji na złożenie przez nich porównywalnych ofert. Brak wskazania w s.i.w.z., jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy w zakresie dostawy pojemników, prowadzić będzie do pełnej dowolności wykonawców przy ustaleniu ryzyka i kosztów związanych z dostawą pojemników, a więc będzie skutkowało złożeniem przez wykonawców ofert nieporównywalnych.

Odnosząc się do zarzutu dot. harmonogramów, odwołujący Chemeko podniósł, że zamawiający narzuca więc wykonawcom harmonogram, według którego ma następować odbiór odpadów.

Odwołujący Chemeko wskazał, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie harmonogramów wywozu odpadów jest sprzeczny z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz wskazanymi w petitum odwołania przepisami Kodeksu cywilnego z tego względu, że zamawiający, dokonując tego opisu, nie uwzględnił wszystkich istotnych dla sporządzenia oferty okoliczności. Z opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny wynika, że podstawowe elementy charakteryzujące usługę odbioru odpadów i zarazem determinujące sposób wykonywania usługi i jej koszty — takie jak: ilość i rodzaj odbieranych odpadów, ilość obsługiwanych nieruchomości, ilość i rodzaj pojemników, w których pojemniki będą zbierane - nie są stałe. Dane podawane przez Zamawiającego w tym zakresie są „szacunkowe”, „orientacyjne”, podawane z dopiskiem „około” lub podawane tylko w celu złożenia porównywalnych ofert. Zamawiający wskazuje także w s.i.w.z. na potencjalne utrudnienia w realizacji zamówienia, jednak dane do wyceny tego ryzyka określa w s.i.w.z. bardzo ogólnie, np. zamawiający zastrzega, iż co najmniej 40% nieruchomości stanowiących ścisłą zabudowę miejską ma utrudniony dostęp do posesji poprzez zamykanie podwórka „na klucz”. Zadaniem wykonawcy jest zweryfikowanie we własnym zakresie utrudnień w

ewentualnym odbiorze odpadów, (rozdział II pkt 4.4.8 s.i.w.z.). Zmiana ilości odpadów, pojemników czy obsługiwanych nieruchomości, czy nawet zmiana w uwarunkowaniach wykonywania usługi na danej nieruchomości (np. konieczność każdorazowego otwierania podwórka przed odbiorem odpadów) ma wpływ na czas realizacji usługi. Zmiana czasu, jaki jest potrzebny do wykonania usługi będzie zaś determinowała to, czy wykonawca będzie w stanie dochować narzucony mu przez zamawiającego harmonogram wykonywania usługi. Zamawiający nie może przy tym oczekiwać, że wykonawca wszystkie powyższe okoliczności obejmie swoim ryzykiem kontraktowym i w zaoferowanej cenie, w razie zaistnienia takich sytuacji, zapewni np. dodatkowy sprzęt (pojazdy) lub personel. Ryzyko wystąpienia okoliczności, które będą miały wpływ na czas realizacji poszczególnych usług, jest całkowicie nieprzewidywalne i jako takie nie może być objęte ofertą wykonawcy.

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

Odwołujący Chemeko wskazał, że zgodnie z § 11 ust. 2.1.13 wzoru umowy wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną: w wysokości 200,00 zł za każdy dzień opóźnienia w odbieraniu odpadów z nieruchomości objętej obowiązkiem odbierania odpadów, w stosunku do terminów określonych w harmonogramach, o których mowa w rozdz. III pkt 9 s.i.w.z.. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 200,00 zł, ilości nieruchomości, na których nastąpiło opóźnienia oraz ilości dni opóźnienia w stosunku do danego harmonogramu. Kara, o której mowa, nie dość, że naliczana jest za opóźnienie, a nie za zwłokę wykonawcy, to nadto jest nad wyraz wygórowana. Wartość kary za 1 dzień opóźnienia w odbiorze odpadów przekracza kilkakrotnie wysokość opłaty, jaką właściciel nieruchomości uiszcza za odbiór odpadów ze swojej nieruchomości za miesiąc świadczenia usługi i pozostaje bez żadnego związku z ewentualną szkodą, jaka zamawiający mógłby ponieść w związku z naruszeniem obowiązków przez wykonawcę. W tej sytuacji, wykonawca musi mieć zapewnioną możliwość dokonania zmiany harmonogramów — czy to zmiany jednostronnej, czy też dokonywanej za zgodą zamawiającego, niezależnie czy zgoda ta wymagałby zawarcia aneksu do umowy — w sytuacji, gdy zaistnieje po jego stronie obiektywny brak możliwości dochowania terminów wynikających z harmonogramów, a stanie się to np. na skutek wzrostu ilości odbieranych odpadów, czy ilości obsługiwanych nieruchomości. Zmiana harmonogramów, w sytuacjach, o których mowa, w większości przypadków będzie przy tym wiązała się ze zmianą wysokości kosztów ponoszonych przez

wykonawcę zamówienia, co z kolei winno skutkować zmianą umówionego przez strony wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał przy tym, że w sytuacji, gdy priorytetem zamawiającego jest zachowanie dotychczas funkcjonujących harmonogramów, pewną alternatywą dla zmiany harmonogramów wywozu odpadów jest wprowadzenie możliwości - w przypadku zaistnienia sytuacji, o których mowa powyżej, które winny obiektywnie upoważniać wykonawcę do zmiany harmonogramów — poprzestania jedynie na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy tak, by umożliwić wykonawcy pokrycie kosztów np. dodatkowych pojazdów. Co przy tym istotne, poza danymi podawanymi w sposób powyżej wskazany w s.i.w.z. wskazano także wprost na sytuacje, w których zmieniają się uwarunkowania wykonywania usługi i harmonogramy. Mowa tu w szczególności o rozdziałem II pkt 4.4.4 s.i.w.z.:

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

Odwołujący Chemeko zwrócił uwagę na zapis znajdujący się we wstępnej części s.i.w.z. (str. 4), zgodnie z którym: Zamawiający zastrzega, iż w trakcie trwania umowy może dokonać sukcesywnej wymiany pojemników na papier, szkło i tworzywa sztuczne typu dzwon na pojemniki 1100 l. Biorąc pod uwagę różnicę w pojemności pojemników typu dzwon (2,5 m³ lub 3,2 m³) i 1100 l wykonawca zobowiązany będzie do dostosowania ilości pojemników do rzeczywistych potrzeb lub/i częstszych odbiorów odpadów z pojemników o pojemności 1100 l w porównaniu do przyjętych harmonogramów dla pojemników typu dzwon.

Także w tych przypadkach zamawiający nie przewiduje możliwości podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy, mimo iż zakłada, że wykonawca będzie wykonywał usługę wg inny harmonogramów niż te podlegające wycenieniu. Warto przy tym podkreślić, że wykonawca nie może określić w ofercie kosztów (wycenić ryzyka) związanego ze zmianą harmonogramów, o której mowa, w tym zapisie s.i.w.z. Informacja, że zamawiający w czasie

trwania umowy wprowadzi maksymalnie 100 zmian częstotliwości nie jest wystarczająca do ustalenia kosztów, o których mowa, zwłaszcza jeśli uwzględni się, że zamawiający mówi tu o pewnych „szacunkach”, a więc zmian może równie dobrze być 20, jak i 200. Nie wiadomo również, jakiej zmianie ulegnie częstotliwość (w miesiącu dojdzie jeden czy kilka dodatkowych odbiorów zestawów?). Wreszcie nie sposób ustalić, jakiej lokalizacji będą dotyczyły te zmiany i jak te zmiany wpłyną na dany harmonogram. Możliwości przewidzenia, w jakim tempie będzie dokonywana wymiana pojemników, z uwagi na preferencje mieszkańców, jest jeszcze mniejsza.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 października 2020 roku oświadczył, że uznaje w części zarzuty odwołującego, tj. zarzut wskazany w:

- pkt 1 lit. a odwołania — naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie terminów realizacji zamówienia poprzez niemożliwe do dochowania określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi.

W związku z powyższym zamawiający oświadczył, że zmodyfikuje zapisy s.i.w.z. w następujący sposób:

1 . INFORMACJA O ZAMÓWIENIU - str. 5 termin świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w terminie po upływie 14 dni od dnia zawarcia umowy do 31 grudnia 2021 r.

2. FORMULARZ OFERTY 7 (punkt 1) zamówienia publicznego na Świadczenie usług odbioru i odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Chorzów „okres realizacji zamówienia. w tym świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych - po upływie 14 od dnia zawarcia umowy do 31 grudnia 2021 r.”

3. ROZDZIAŁ IV s.i.w.z.-str. 72 (punkt IV)

IV. Termin realizacji zamówienia, w tym świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych - po upływie 14 dni od dnia zawarcia 11 umowy do 31 grudnia 2021 r.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołującego dotyczących treści s.i.w.z. oraz projektu umowy zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania

2. przyznanie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

Zamawiający oświadczył, że uwzględni w zarzut sformułowany w punkcie I lit a odwołania modyfikacji treści s.i.w.z. w zakresie wskazanym w petitum odpowiedzi na odwołanie. W związku z powyższym, zamawiający zrealizuje częściowo postulat sformułowany przez odwołującego w punkcie I str. 4 odwołania, nie zgadza się jednak z przedłużeniem terminu podstawienia pojemników na odpady, z powodów przedstawionych poniżej.

Zamawiający wskazał, że termin podstawienia pojemników na odpady jest jedną z kluczowych kwestii w niniejszym postępowaniu. Zamawiający podniósł, iż brak pojemników czy opóźnienia w realizowaniu ramowych odbiorów jest nieakceptowalne społecznie. Zamawiający ma tego pełną świadomość, dlatego też nie może dopuścić do sytuacji, w której mieszkańcy zostaliby pozbawieni pojemników do gromadzenia odpadów. Jest to szczególnie ważne w obecnej sytuacji stanu epidemii i zbliżającego się — zgodnie z przewidywaniami Ministerstwa Zdrowia — okresu nasilenia zachorowań na Sars-Cov-2. Utrzymanie porządku i niedopuszczenie do powstania zagrożenia epidemiologicznego jest w chwili obecnej priorytetem zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że nie posiada jeszcze własnego PSZOK i realizuje nałożone na niego przez ustawę obowiązki zamawiając usługę u wykonawcy w drodze postępowania przetargowego. W Chorzowie ilość odpadów zbierana w PSZOK jest bardzo duża. PSZOK wśród mieszkańców jest bardzo popularny, dużo ludzi z niego korzysta na co wskazują tworzące się w miejscu lokalizacji PSZOK kolejki. Zamawiający kształtując treść s.i.w.z. w szczególności brał pod uwagę potrzeby mieszkańców, którzy licznie odwiedzają PSZOK.

Zamawiający wskazał, iż w s.i.w.z. został wskazany teren, którym dysponuje Miasto Chorzów — nadający się do utworzenia PSZOK -- o ile wykonawca nie będzie dysponował własnym terenem w obrębie granic administracyjnych miasta. Zamawiający podnosi, iż żaden z potencjalnych wykonawców, w tym żaden z odwołujących nic wystąpił do Urzędu Miasta Chorzów z zapytaniem o możliwość wydzierżawienia tej działki pod PSZOK. Zamawiający, poza wskazaną w s.i.w.z. nieruchomością — posiada w swoich zasobach również inne działki, nadające się do utworzenia na nich PSZOK. O możliwość wydzierżawienia tych działek pod PSZOK również nikt nie zapytał. Co więcej, z rozeznania dokonanego przez zamawiającego dot. dostępnych do dzierżawy/zakupu nieruchomości położonych w granicach administracyjnych Miasta Chorzów wynika, iż dostępnych „od zaraz” jest szereg nieruchomości komercyjnych, na których PSZOK mógłby zostać zorganizowany, Działki te są już urządzone, utwardzone, ogrodzone i często oświetlone, które również pod

taki punkt można byłoby wykorzystać. Wykorzystanie takiej nieruchomości umożliwia utworzenie PSZOK w bardzo krótkim czasie.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że na terenie Miasta Chorzów funkcjonuje wiele skupów surowców wtórnych, które są w taki sposób przygotowane, że mogą stanowić podwaliny pod utworzenie PSZOK. Tylko od woli oferenta i jego zdolności organizacyjnotechnicznych zależy, na ile przygotowuje się on przed złożeniem oferty biorąc pod uwagę determinację do świadczenia usług.

Zamawiający dodatkowo zwrócił uwagę, że w przypadku działek już urządzonych, kosztem koniecznym do poniesienia przez wykonawcę do utworzenia PSZOK będzie koszt uzyskania zezwolenia, który kształtuje się na poziomie 616,00 zł, koszt sporządzenia operatu p.poż., który jest wymagany (wg wiedzy Zamawiającego to przedział od 3000 zł do 8000zł) oraz koszt dzierżawy nieruchomości. Biorąc pod uwagę, że odwołujący zamierza świadczyć usługi na danym obszarze i profesjonalnie przygotowuje się do realizacji zamówienia, które wyceniane na kilkadziesiąt milionów złotych. Poniesienie takich kosztów jest nieporównywalne do wynagrodzenia, jakie otrzymywałby w przypadku uzyskania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią Rozdziału III pkt 5.1.7.1 s.i.w.z. PSZOK musi funkcjonować przez cały okres obowiązywania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W celu umożliwienia szerokiego dostępu wykonawców do przedmiotowego zamówienia, zamawiający przewidział możliwość uruchomienia punktu PSZOK w okresie do 60 dni od dnia zawarcia umowy. Czas niezbędny na uruchomienie PSZOK uwzględniając podjęcie czynności przygotowawczych jeszcze na etapie poprzedzającym rozstrzygnięcie postępowania, w ocenie zamawiającego należy uznać za całkowicie wystarczający dla profesjonalnego wykonawcy. Wydłużenie terminu na zorganizowanie i udostępnienie punktu nie znajduje uzasadnienia mając na względzie uzasadnione potrzeby zamawiającego i mieszkańców Miasta Chorzów. Niemniej jednak, zamawiający przewidział również sytuację, gdy uruchomienie PSZOK w terminie 60 dni od daty zawarcia umowy na realizację zamówienia z przyczyn o charakterze obiektywnym będzie niemożliwe, zamieszczając stosowne zapisy w Rozdziale XXIV pkt 1.6 s.i.w.z.

Zamawiający stwierdził, że całkowicie nie zgadza się z zarzutem jakoby treść s.i.w.z. świadczyła o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców, gdyż zapisy s.i.w.z. były tworzone wyłącznie z kontekście należytej realizacji przez zamawiającego obowiązków wynikających z ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach oraz biorąc pod uwagę dobro obywateli Miasta Chorzów, a nade wszystko ich bezpieczeństwo sanitarne. Co więcej, przy tworzeniu treści s.i.w.z., zamawiający uwzględnił

wszystkie czynniki, które jego zdaniem wykonawca zainteresowany złożeniem oferty jest w stanie spełnić przygotowując się do postępowania o tak dużym wolumenie. Każdy z zainteresowanych wykonawców uczestniczący w niniejszym postępowaniu w charakterze odwołującego i/lub przystępującego, w tym oczywiście odwołujący — jest profesjonalistą, który realizuje tego typu usługi również w innych miejscach, gdzie rozmiar usługi, biorąc pod uwagę np. liczbę mieszkańców jest większy. To oznacza, iż odwołujący ma pełną świadomość odpowiedzialności zamawiającego za takie zorganizowanie procesu gromadzenia odpadów i ich odbioru, aby odbywało się to bez uszczerbku dla mieszkańców.

Zamawiający wskazał, że nie może nie wziąć również pod uwagę doniesień prasowych z różnych gmin zlokalizowanych na terytorium Polski, a dotyczących występujących tam problemów w związku z brakiem wyposażenia nieruchomości w pojemniki.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego, sformułowanych do tej części s.i.w.z., zastanawiające dla zamawiającego jest również jakie usługi od momentu zawarcia umów zamierza świadczyć odwołujący wnosząc o określenie początkowej daty świadczenia usługi jako 30 dni od zawarcia umowy z zastrzeżeniem, że pojemniki na odpady mają być podstawione w terminie do 60 dni liczonych od dnia zawarcia umowy. Możliwe jest oczywiście składowanie przez mieszkańców/właścicieli nieruchomości odpadów workach, a nie pojemnikach, ale czas ich załadunku na śmieciarki jest niewspółmiernie dłuższy od czasu, który zajmuje załadowanie odpadów zgromadzonych w pojemnikach.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie jako kryterium oceny oferty czasu niezbędnego do utworzenia i uruchomienia PSZOK, podczas gdy z uwagi na konieczność wykonania szeregu obowiązków administracyjno-prawnych nie jest to obiektywnie możliwe we wskazanym przez zamawiającego terminie, zamawiający wskazał, że w całości podtrzymuje wskazaną wyżej argumentację. Odwołujący nie wykazał podniesionego zarzutu, tj. że utworzenie i uruchomienie PSZOK we wskazanym i punktowanym przez zamawiającego terminie jest niemożliwe. By to wykazać, odwołujący powinien przedstawić dowody na wykazanie, iż przed wniesieniem odwołania podjął on czynności zmierzające do utworzenia i uruchomienia PSZOK oraz że w toku realizacji tych czynności napotkał przeszkody uniemożliwiające mu zrealizowanie w terminie postawionego przez zamawiającego wymogu. Odwołujący nie przedstawił dowodów na żadne z powyżej przedstawionych okoliczności. W związku tym uzasadnieni tego zarzutu odwołania ma charakter hipotetyczny, a nie konkretny,

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert odległości instalacji komunalnej

wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, zamawiający stwierdził, że nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego wskazując, iż odległość do instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych danego miasta ma ogromne znaczenie w aspekcie ekologii. Nie jest to również kwestionowane w orzecznictwie KIO (np. wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2285/16). Zamawiający stwierdził, że dążył do uzyskania następujących celów:

- ekologicznego — związanego ze zmniejszeniem ilości spalin emitowanych przez pojazdy przy krótszych przejazdach;
- mniejszego zużycia dróg;
- krótszego czasu na zapewnienie pojazdy zastępczego w razie awarii.

Zamawiający wskazał, że odpady w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania (art. 20 ust 1 u.o.o.). Co więcej odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2020r., poz. 121 9, dalej „u.p.o.ś.”), lub technologię, o której mowa w art. 143 lei ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Wskazał, że zgodnie z art. 6f ust. 1a pkt 5 ucpg, umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa (a zatem musi określać) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne (w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady). Oznacza to, iż każdy pojazd/śmieciarka odbierający zmieszane odpady komunalne po zapełnieniu swojej dopuszczalnej pojemności zobowiązany jest do przekazania odpadów do instalacji komunalnej. Zamawiający wskazał, iż biorąc pod uwagę liczbę mieszkańców Chorzowa (96 tys.), miesięcznie generowane jest ok. 1 500 Mg zmieszanych odpadów co wedle rozeznania Zamawiającego - dla śmieciarki o pojemności 17 m³ generuje przeszło 1 tys. kursów. Dla śmieciarki o pojemności 22 m³ tych kursów byłoby 793.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie jako kryterium oceny oferty odległości bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa, zamawiający wskazał, że w orzecznictwie KIO jest ugruntowane, że kryterium odległości bazy magazynowo-transportowej jest dopuszczalnym i szeroko stosowanym kryterium

środowiskowym. W wyrokach wydawanych w sprawach o podobnych do niniejszego postępowaniach podkreśla się, iż fakt postawienia wymogu zorganizowania bazy magazynowo-transportowej w odległości dozwolonej przepisami pozwalają na sprawniejszą realizację przedmiotu zamówienia a także iż zamawiający ma prawo dążyć od zminimalizowania zanieczyszczenia powietrza przez zoptymalizowanie tras dojazdu, do czego w sposób oczywisty prowadzi możliwe skrócenie tej (rasy. (tak wyrok z dnia 23 kwietnia 2013 roku sygn. akt KIO 81 8/13 i in.)

Z powołaniem się na argumentację KIO powołaną powyżej, zamawiający oświadczył, że nie zgadza się z przedstawionym przez odwołującego celem uzasadnienia tego zarzutu stanowiskiem uznając je za niezasadne. Uzasadnienie dla wprowadzenia kryterium odległości bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia — jako kryterium środowiskowego - jest zasadniczo tożsame z argumentacją wskazaną wyżej.

Zamawiający podniósł, że odnosząc się do obu pozacenowych kryteriów środowiskowych oceny ofert: kryterium odległości bazy magazynowo-sprzętowej oraz instalacji, zwrócić należy uwagę, że zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy P.z.p. zamawiający zwolniony jest obowiązku postawienia pozacenowych wyboru oferty (lub określenia ich o wadze poniżej 40%) jedynie w przypadku, jeżeli określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykaże w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. W związku z powyższym, decyzją ustawodawcy zasadą jest, że zamawiający powinien postawić, poza ceną, również i inne kryteria wyboru oferty. Realizując wymóg ustawy, zamawiający wybrał wskazane kryteria „odległości”, które w ocenie zamawiającego — jednoznacznie uznane „jako kryteria „środowiskowe”. Oczywiście, zamawiający w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert mógł poprzestać jedynie na wprowadzonym kryterium utworzenia i uruchomienia PSZOK, jednak zamawiający stoi stanowisku, że postawienie trzech kryteriów wbrew twierdzeniom podniesionym przez odwołującego — wręcz sprzyja zwiększeniu konkurencji. ponieważ promuje różne sfery działania potencjalnych wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ocenę doświadczenia wykonawcy w sposób nieadekwatny do celu, uwzględniając tylko określony system odbioru odpadów z pominięciem innych, zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z zarzutem i poczynioną na jego uzasadnienie argumentacją odwołującego, ponieważ to zdolność wykonawcy w obsłudze ilości pojemników, a nie ilości odebranych odpadów ma większe dla zamawiającego z punktu widzenia oceny przygotowania wykonawcy do realizacji zamówienia znaczenie. Miasto Chorzów ma w przeważającej ilości

zwartą zabudowę, co stawia wykonawcę w sytuacji wymagającej od niego wykazania się umiejętnościami logistycznymi oraz organizacyjnymi, aby określoną ilość pojemników móc opróżnić. Zamawiający wskazał, iż odwołujący jest profesjonalnym podmiotem, mającym duże doświadczenie w realizacji analogicznych usług na terenach charakteryzujących się podobnymi warunkami realizacji umowy (zabudowa, ilość mieszkańców ergo ilość pojemników), stąd z pewnością znane mu są z własnego doświadczenia wszelkie problemy związane z obsługą pojemników w obszarach zwartej zabudowy miejskiej. Zamawiający jest przekonany, że z doświadczenia tego w sposób niezbity wynika, iż, w przypadku obszaru takiego jak u zamawiającego, pierwszorzędne znaczenie ma właśnie zdolność obsłużenia określonej ilości pojemników.

Zamawiający wskazał, iż. warunek jest w pełni uzasadniony i adekwatny, gdyż na terenie miasta Chorzów są obsługiwane pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów dzwon i będą one również obsługiwane w ramach umowy, która zostanie zawarta w postępowaniu. Dlatego też dla zamawiającego istotne jest upewnienie się, że wykonawca wyłoniony w ramach postępowania posiada niezbędne doświadczenie nie tylko w odbiorze odpadów z określonej ilości pojemników, ale również z pojemników określonego rodzaju (obsługiwanych przy użyciu HDS). Odnoszenie się do wagi surowców wtórnych nie da zamawiającemu zabezpieczenia przed wykonawcami, którzy ze względu na sytuację podmiotową i stopień skomplikowania zamówienia nie dadzą ręką jego należytego wykonania. Waga surowców wtórnych zgromadzonych w pojemnikach w żaden sposób nie pozwoli ocenić zdolności technicznej wykonawców, gdyż pojemniki niekoniecznie muszą być zapewnione w 100% a ich odbiór musi się odbyć zgodnie z ustalonym harmonogramem przy użyciu HDS. Zamawiający wskazał, że waga odpadów będzie niewielka, a ilość odbiorów pojemników nie ulegnie zmianie. Wykonawca musi objechać określoną ilość pojemników, co nie przekłada się w żaden sposób odpadów zebranych. Gdyby przyjąć argumenty odwołującego zamawiający nie mógłby zweryfikować zdolności technicznych i organizacyjnych wykonawcy, gdyż ilość odpadów, którą proponuje Odwołujący może nie mieć żadnego związku z ilością opróżnionych pojemników, a może wynikać z prowadzenia selektywnej zbiórki w systemie workowym. W przypadku zamawiającego, selekcja workowa stanowi zaledwie 0,56% ilości odpadów z ich całkowitej masy zbieranych z terenu Miasta. Z uwagi na specyfikę miasta 99,44% stanowi zbiórka w systemie pojemnikowym. Tak więc referencja jest adekwatna i proporcjonalna do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez określenie podstaw do włączenia wykonawcy z postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i zachowania konkurencji, zamawiający wskazał, że nie zgadza się z tym zarzutem, uznając go za całkowicie

bezzasadny. Zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy P.z.p., zamawiający może wykluczyć wykonawcę, a zatem jest to przesłanka fakultatywna. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obowiązku stosowania wskazanego przepisu w pełnym zakresie, np. w zależności od rodzaju lub kwoty prowadzonego postępowania. Tym samym to od zamawiającego zależy, z których przesłanek z przywołanego ust. 5 w art. 24 ustawy P.z.p. skorzysta w celu możliwości włączenia wykonawców. Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie, przesłanki, które znajdują się w treści s.i.w.z. są wystarczające do wyboru wykonawcy, który będzie mógł należycie wykonać zamówienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia poprzez brak wskazania minimalnej i maksymalnej ilości worków oraz zasad dokonywania zmian harmonogramów, zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z zarzutami odwołującego Chemeko, iż nie wskazał minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia. Ilość pojemników i worków została wskazana w informacji o zamówieniu str. 4 s.i.w.z., Rozdział III pkt 13.7.2 s.i.w.z. oraz w załącznikach stanowiących integralną część przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że wskazał, iż zgodnie postanowieniami Rozdziału III pkt 13.7.2 oraz 4.2.21 s.i.w.z., przewiduje wzrost ilości nieruchomości zaliczanych do zabudowy jednorodzinnej do obsługi selektywnej zbiórki w systemie workowym do 3% w czasie trwania umowy) ilość zapotrzebowania na worki została podana.

Zamawiający podniósł, że wskazał w Rozdziale III pkt 4.3.1.4. s.i.w.z. ilość worków, jaką wykonawca zostawi odbierając z nieruchomości worki z bioodpadami:

4.3.1.4.1 s.i.w.z. w okresie od 1 grudnia 2020 do 31 marca 2021 r. oraz w grudniu 2021 r. – po jednym pustym worku bez względu na ich odebraną ilość,

4.3.1.4.2. s.i.w.z. w okresie od 1 października 2020 r. do 30 listopada 2020 r. oraz od 1 kwietnia 2021 r. do 30 listopada 2021 r, — po 5 sztuk pustych worków bez względu na ich odebraną ilość.

W związku z tym, iż załączniku A.5 wykazane jest 1253 posesji, wykonanie rachunku minimalnego zapotrzebowania na worki nie powinno stanowić problemu dla doświadczonego wykonawcy, a wykonawcą z dużym doświadczeniem w świadczeniu usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z pewnością jest Odwołujący.

Zamawiający wskazał, że w s.i.w.z. precyzyjnie określił, jaki przewiduje się wzrost ilości nieruchomości zaliczanych do zabudowy jednorodzinnej do obsługi zbiórki odpadów w

systemie workowym w czasie trwania umowy oraz precyzyjnie określił, jaką przewiduje konieczność zabezpieczenia wzrostu ilości worków do selektywnej zbiórki odpadów w systemie workowym w ciągu trwania umowy. W ocenie zamawiającego, profesjonalny wykonawca, a takim z pewnością jest odwołujący, po analizie całości materiału przetargowego nie powinien mieć wątpliwości co do oczekiwań zamawiającego i wymogów koniecznych do złożenia oferty.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż, zgodnie z 4.2.14, i 4.3.1.16. s.i.w.z., wykonawca ma obowiązek odbierać kolorowe worki z surowcami wtórnymi ze wszystkich nieruchomości. gdzie takie worki zostały wystawione i przekazać w zamian puste worki. Zamawiający przekazuje wykonawcy wykaz nazw ulic, na których w zabudowie jednorodzinnej mogą być wystawione kolorowe worki. Zamawiający będzie przekazywał wykonawcy na bieżąco (w ciągu 1 dnia roboczego od chwili powzięcia takiej informacji) wykaz nowych nieruchomości objętych segregacją w systemie workowym. Przekazanie informacji nastąpi pisemnie — drogą mailową (w tabeli zgłoszeń) lub faksem. Wykonawca będzie zobowiązany do obsługi nowych nieruchomości z chwilą przekazania danych przez zamawiającego, przy czym pierwszy odbiór odpadów z tych nieruchomości przypada na najbliższy termin zgodnie z przyjętym harmonogramem stanowiącym załącznik A.2 do s.i.w.z.

Zamawiający przekazuje wykonawcy wykaz nieruchomości jednorodzinnych, z których należy odbierać bioodpady, wykonawca jest zobowiązany do obsługi nowych nieruchomości z chwilą przekazania danych adresowych przez zamawiającego, przy czym pierwszy odbiór odpadów z tych nieruchomości przypada na najbliższy termin zgodnie z przyjętym harmonogramem stanowiącym załącznik A.5 do s.i.w.z.

Zamawiający wprowadzając nową nieruchomość do harmonogramu wskazał, iż, oczekuje od wykonawcy, aby dzień odbioru poszczególnych odpadów był zgodny z dniami odbioru odpadów z pozostałych nieruchomości znajdujących się na danej ulicy. Zgodnie z zapisem Rozdziału III pkt 4.2.14 i 4.3.1.16 s.i.w.z. wykonawca będzie zobowiązany do obsługi nowych nieruchomości z chwilą przekazania danych przez zamawiającego, przy czym pierwszy odbiór odpadów z tych nieruchomości przypada na najbliższy termin zgodnie z przyjętym harmonogramem. Oznacza to, że wykonawca nie musi dla jednej posesji podjeżdżać po odbiór odpadów, tylko ten odbiór odpadów przypada na najbliższy termin zgodny z harmonogramem pozostałych nieruchomości danej ulicy. Zgodnie z art. 6f ust. 3 i 4 upcg, usługa jest rozliczana wg tony. Mając świadomość iż w cenie tej należy uwzględnić również koszty transportu, dla zamawiającego niezrozumiale jest twierdzenie odwołującego, doświadczonego na „rynku odpadowym”, który w wielu polskich gminach świadczy usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, iż zamawiający przerzuca na

wykonawców ryzyko gospodarcze związane ze zmianami w sposobie realizacji zamówienia skutkujących koniecznością zmiany harmonogramów wywozu odpadów,

Izba ustaliła, co następuje:

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

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

Rozdział III ust. 5 Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) określa zasady organizacji PSZOK. W myśl pkt 5.1.: Wykonawca jest zobowiązany do organizacji i prowadzenia PSZOK zgodnie z poniższymi wytycznymi.

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

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

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

5.1.4. (...)

5.1.5. (...)

5.1.6. Minimalne wyposażenie Punktu:

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

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

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

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

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

5.1.7. Czas działania Punktu:

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

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

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

(...)

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

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

5.2.2. Powierzchnia terenu: 3057 m².

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

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

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

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

Zgodnie z pkt XVI ppkt 1.3 s.i.w.z., kolejnym kryterium oceny ofert jest odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa:

2.4. 1 10%, waga punktowa 10 pkt, jeśli wykonawca wykaże, że położenie instalacji komunalnej mieści się w granicach administracyjnych miasta Chorzów.

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

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

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

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

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

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

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

Zgodnie z zapisami rozdziału V pkt 1.2.3.1.b s.i.w.z., wykonawca powinien wykazać się realizacją usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. wykazać m.in. że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał (lub wykonuje) jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, obejmującą wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w systemie pojemnikowym z minimum 1050 sztuk pojemników przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów w tym 700 pojemników typu dzwon o pojemności od 2,5 m³ do 3,2 m³, tj.: pojemników opróżnianych przy pomocy hydraulicznego dźwigu samochodowego w czasie świadczenia nie krótszym niż 10 kolejnych miesięcy (musi być

zachowana ciągłość usługi) wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Zgodnie z rozdziałem II pkt 4.2.12 i 4.2.13. SIWZ:

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

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

Z kolei zgodnie z rozdziałem III pkt 6.1.1A pkt 6.1.4 s.i.w.z.:

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

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

Zgodnie z rozdziałem III pkt 9 s.i.w.z.:

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

9.2. UWAGA!!! Ponieważ mieszkańcy Chorzowa mają odbierane odpady komunalne od ponad siedmiu lat na podstawie harmonogramów odbioru odpadów, o których mowa w rozdz. III pkt 9.1 SIWZ, nie jest wskazane ich zmienianie. Wielu właścicieli nieruchomości otwiera zamknięte bramy posesji, czy podwórek, gdzie ustawiane są pojemniki do zbierania

odpadów komunalnych, udostępniając je do odbioru według harmonogramu, który jest im znany. Zmiana harmonogramu poważnie zaburzy uregulowany w tej chwili odbiór odpadów. Zmiana danego harmonogramu jest możliwa wyłącznie po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję poprzez postawienie wymogu, aby Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) został przez wykonawcę zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował skrócenie tego terminu, to w tym czasie),
- naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert - Termin utworzenia i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) - 20%.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

Izba stwierdziła, że odwołujący Chemeko jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do uwzględnionych zarzutów, Izba podtrzymuje argumentację wyrażoną wyżej, przy rozstrzygnięciu, w postępowaniu wywołanym odwołaniem wniesionym przez wykonawcę FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (sygn. akt: KIO 2041/20), zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert - Termin utworzenia i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) - 20%.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie terminów realizacji zamówienia, w szczególności poprzez:

- a) niemożliwe do dochowania określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi,
- b) określenie zbyt krótkiego terminu na zrealizowanie obowiązku podstawienia pojemników na odpady.

Izba wskazuje, że zamawiający uwzględnił wskazany wyżej zarzut i oświadczył, że zrealizuje częściowo postulat sformułowany przez odwołującego poprzez zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i mieszanych na terenie Chorzowa. Zamawiający nie zgodził się z żądaniem odwołującego Chemeko dot. zmiany terminu rozpoczęcia usług na 30 dni od dnia zawarcia umowy, z tym zastrzeżeniem, że termin na podstawienie pojemników będzie wynosił 60 dni liczonych od dnia zawarcia umowy oraz dot. zmiany terminu na podstawienie przez wykonawcę pojemników na odpady poprzez wydłużenie tego terminu do 60 dni liczonych od dnia zawarcia umowy. Zamawiający wyznaczył termin rozpoczęcia umowy po upływie 14 od dnia zawarcia umowy do 31 grudnia 2021 r. Z tą propozycją z kolei nie zgodził się odwołujący Chemeko.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niemożliwego do dochowania terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, Izba wskazuje, że uzasadnienie tego zarzutu zostało przez odwołującego Chemeko sformułowane w sposób bardzo ogólny, niepoparty konkretnymi argumentami i dowodami. Odwołujący Chemeko wskazał jedynie, że wykonawca, przystępując do realizacji zamówienia, musi przygotować odpowiednią liczbę pojazdów, co wiąże się z koniecznością zapewnienia odpowiedniej liczby pracowników do ich obsługi i ich przeszkoleniem. Podkreślić należy, że nawet w sytuacji gdy w niniejszym postępowaniu ofertę złoży duży podmiot, posiadający liczne samochody i personel, logistyki realizacji takiej usługi nie da się opracować i wdrożyć „z dnia na dzień”. Do realizacji zamówienia należy przygotować się także poprzez organizację PSZOK, systemu obsługi mieszkańców, systemu raportowania itp. Czynności takie każdemu wykonawcy działającemu na rynku (być może poza tym, który uprzednio realizował to zamówienie) zajmą co najmniej kilka tygodni.

Odwołujący Chemeko nie podał szczegółowego zakresu koniecznych przygotowań, jak również ich czasochłonności (poza organizacją PSZOK, który to zarzut został przez Izbę uwzględniony), ograniczając się jedynie do ich wymienienia. Nie sposób zatem ocenić, w jakim czasie przygotowania te są możliwe do zrealizowania. Niezrozumiałe jest również sformułowanie „z dnia na dzień”, sugerujące konieczność realizacji usługi niezwłocznie po zawarciu umowy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego określenia zbyt krótkiego terminu na zrealizowanie obowiązku podstawienia pojemników na odpady, Izba wskazuje, że jest to wymóg wynikający z rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający, dokonując opisu

przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której realizacji przedmiotu zamówienia nie może podjąć się dany wykonawca z branży, z uwagi na to, że nie dysponuje odpowiednimi zasobami niezbędnymi przy wykonywaniu danego zamówienia lub zasoby te posiada, lecz są one zaangażowane przy realizacji innych zamówień tego rodzaju.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-602/00 oraz wyrok KIO z 30 lipca 2012 roku sygn. akt KIO 1516/12, zgodnie z którymi wskazanie w s.i.w.z. wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

W celu udowodnienia powyższego zarzutu odwołujący Chemeko złożył dowód w postaci oferty Ekoawal Sp. z o.o. w Bładzikowie, na okoliczność wykazania terminu dostawy pojemników (30 dni). Odnosząc się do powyższego, Izba wskazuje, że warunki dostawy przez jednego z dostawców na rynku nie uzasadniają wniosku, iż wszyscy dostawcy tego rodzaju asortymentu realizują dostawy w takich samych terminach. Ponadto, jak słusznie zauważył zamawiający, w postępowaniu nie jest wymagane podstawienie pojemników fabrycznie nowych, lecz możliwe jest również wykorzystanie pojemników używanych.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie, jako kryterium oceny ofert, odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa oraz odległości bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Chorzowa. W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację wskazaną w uzasadnieniu rozstrzygnięcia analogicznych

zarzutów podniesionych przez wykonawcę FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (sygn. akt: KIO 2041/20).

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób mogący naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez ocenę doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w sposób zawężający, nieadekwatny do celu, uwzględniający tylko określony system odbioru odpadów z pominięciem innych.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z ust. 1a, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Po myśli ust. 1b pkt 3, warunki mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Ze wskazanymi przepisami koreluje przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), zgodnie z którym, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że

przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku zamawiający wykazał, że ustanowienie zakwestionowanego warunku jest dla niego istotne i nie narusza art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., jak również zasady proporcjonalności i zasady zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający zasadnie zwrócił uwagę na specyfikę miasta, które ma w przeważającej części zwartą zabudowę, przy której istotne jest posiadanie doświadczenia w logistyce i opróżnianiu pojemników, w tym pojemników określonego rodzaju. Izba wskazuje, że warunek odnoszący się do ilości odpadów, zamiast ilości pojemników, w rozpoznawanej sprawie nie przełoży się na zdolność techniczną wykonawcy. Skoro przedmiot zamówienia w przeważającej mierze polega na opróżnianiu pojemników w warunkach zwartej zabudowy, oczywistym jest, że zamawiający wymaga posiadania doświadczenia w wykonywaniu tego rodzaju usług i w adekwatnych warunkach. Izba nie podziela przy tym stanowiska odwołującego Chemeko, iż doświadczenie przy opróżnianiu pojemników nabywa się poprzez opróżnienie ich dowolnej ilości. Zasady logiki życiowej i doświadczenia życiowego wskazują, że im większa ilość wykonanych czynności, tym większe doświadczenie wykonawcy w tym zakresie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez określenie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców ! zachowania uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a ustawy P.z.p., specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5.

W myśl art. 24 ust. 5 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

1) w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2017 r. poz. 1508 oraz z 2018 r. poz. 149, 398, 1544 i 1629) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 2344 oraz z 2018 r. poz. 398, 685, 1544, 1629 i 2491);

2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

3) jeżeli wykonawca lub osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 14, uprawnione do reprezentowania wykonawcy pozostają w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2–4 z:

- a) zamawiającym,
- b) osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego,
- c) członkami komisji przetargowej,
- d) osobami, które złożyły oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2a

– chyba że jest możliwe zapewnienie bezstronności po stronie zamawiającego w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Stosownie zaś do art. 24 ust. 6 ustawy P.z.p., jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Analiza wskazanych wyżej norm prawnych wskazuje, że decyzja o możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy P.z.p. należy do zamawiającego, który manifestuje swą wolę w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu, s.i.w.z. lub zaproszeniu do negocjacji. Ustawodawca posłużył się tu bowiem sformułowaniem „zamawiający może wykluczyć wykonawcę”, zatem skorzystanie z podstaw wykluczenia wykonawcy jest w tym przypadku uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem zamawiającego.

Wykonawca nie jest uprawniony do domagania się, by zamawiający ustanowił przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 5 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w' zakresie:

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

Odnosząc się do zarzutu dot. braku wskazania ilości pojemników i worków, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozstrzygnięciu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. w zw. z 353 [1] K.c, w zw. z art. 139 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na szacunkowe ilości materiałów oraz częstotliwości realizowania czynności, podniesionego przez wykonawcę FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (KIO 2041/20).

Odnosząc się do zarzutu dot. braku jasnych zasad dokonywania zmiany harmonogramów oraz skutków tych zmian na koszty wykonywania zamówienia, Izba wskazuje, że wymóg realizacji przedmiotu zamówienia według sporządzonych przez zamawiającego harmonogramów jest wymogiem uzasadnionym realną potrzebą zamawiającego, który według tej potrzeby przygotowuje opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że w przypadku wprowadzenia nowej nieruchomości do harmonogramu wykonawca będzie obowiązany do odbioru odpadów z tej nieruchomości w terminie zgodnym z dniami odbioru odpadów z nieruchomości na tej samej ulicy. Tym samym wykonawca będzie mógł nadal wykonywać przedmiot zamówienia zgodnie z harmonogramem.

Izba wskazuje, że harmonogramy zostały przez zamawiającego udostępnione wykonawcom jako załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ich założenia są zatem znane wykonawcom. Jednocześnie zamawiający określił w s.i.w.z. przewidywalny wzrost ilości nieruchomości do obsługi w zakresie odbioru odpadów oraz wskazał szacunkową ilość możliwych zmian harmonogramu (ok. 100). Informacje te są w ocenie Izby wystarczające do dokonania wyceny przedmiotu zamówienia w ofercie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego we wszystkich trzech postępowaniach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....