



LEGE - Usługi Doradcze

Zasada konkurencji wymusza racjonalność i efektywność wydawania środków publicznych

Oława, 12.06.2019 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa
(budynek ADGAR PLAZA)

ZAMAWIAJĄCY : **Związek Gmin Zagłębia Miedziowego**
ul. Mała 1, 59-100 Polkowice

ODWOŁUJĄCY : **Remondis Legnica Sp. z o.o.**
ul. Legnicka 14, 59-216 Kunice
reprezentowane przez:

1. Radcę prawnego Tomasza Bajsarowicza

prowadzącego kancelarię radcy prawnego

ul. Brzeska 26/2, 55-200 Oława

adres e-mail: codextb@wp.pl

tel. 71 303 28 31, faks: 71 303 28 50

2. Krzysztofa Petrykiewicza

prowadzącego działalność pod firmą LEGE – Usługi Doradcze z/s

ul. Słowiańska 14, 55-200 Oława

adres e-mail: zamowienia.lege@gmail.com

tel. 501 225 081, faks 71 303 32 72

korespondencję należy kierować na adres pełnomocnika ad. 2

Dotyczy : postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu związku gmin Zagłębia Miedziowego oraz administrowanie Centralnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych – znak sprawy AD.271.2.2019



ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm. zwaną dalej PZP) oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.), niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy PZP postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisujących przedmiot zamówienia, w tym w szczególności zobowiązania wykonawcy wylonionego w drodze postępowania przetargowego, z naruszeniem nw. przepisów ustawy PZP:
1. Art. 7 ust. 1 poprzez jego niezastosowanie i wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia (OPZ - Załącznik nr 1 do SIWZ), w Rozdziale drugim - postanowień kształtujących warunki realizacji zamówienia, w zakresie administrowania centralnym punktem selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), w sposób:
 - a. naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
 - b. realnie ograniczający krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia;
 2. Art. 7 ust. 3 poprzez jego niezastosowanie i procedowanie postępowania w oparciu o Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zawierającą wadliwe i naruszające przepisy PZP postanowienia, o których mowa w ust. 1 powyżej, co w konsekwencji prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP;
 3. Art. 29 ust. 2 poprzez jego niezastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, który utrudnia uczciwą konkurencję i ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia;
 4. Art. 139 poprzez jego niezastosowanie i wprowadzenie do projektu umowy postanowień naruszających zasady ogólne wynikające z przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny;
 5. pozostałych przepisów wskazanych w treści odwołania.
- II. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wnosi o:
1. nakazanie Zamawiającemu usunięcie wskazanych w dalszej części odwołania wadliwych postanowień SIWZ, lub
 2. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści wadliwych postanowień SIWZ, poprzez



przeniesienie na Zamawiającego wskazanych w dalszej części odwołania zobowiązań i ciężarów, do czasu załatwienia przez wykonawców niezbędnych w tym celu formalności, przy jednoczesnym określeniu wykonawcom terminu, uwzględniającego czas niezbędny do dopełnienia wszelkich procedur wynikających z obowiązujących przepisów dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów, a także mającego na względzie profesjonalizm wykonawców oraz należyłą staranność ich działania.

3. orzeczenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym poniesionych i udokumentowanych kosztów zastępstwa prawnego oraz dojazdu na rozprawę.
- III. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania Odwołujący żąda dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania (art. 186 ust. 2 PZP).
 - IV. Ogłoszenie o zamawianiu publicznym nr 2019/S 105-256338 zostało opublikowane dnia 3 czerwca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.
 - V. Wpis od odwołania uiszczono przelewem dnia 12 czerwca.2019 r. Dowód uiszczenia wpisu stanowi załącznik do odwołania (art. 187 ust. 2 PZP).
 - VI. Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 12 czerwca 2019 r. - z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 PZP. Dowód doręczenia (przesłania) kopii odwołania stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Interes Odwołującego

Interes Odwołującego wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy, nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ jest wysoce prawdopodobne, iż zostanie uznana jako oferta najkorzystniejsza.

W skarżonym stanie faktycznym, podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą zarówno przygotowania przez Zamawiającego, jak również prowadzenia postępowania, w sposób oczywiście naruszający przepisy ustawy, w tym zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w szczególności wprowadzenie do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień naruszających w sposób istotny zasady udzielania zamówień publicznych, przez niezgodne z ustawą sformułowania ograniczające możliwość ubiegania się o zamówienie Odwołującemu.



Konsekwencją utrzymania powyższego stanu jest nie przystąpienie zarówno Odwołującego jak i wielu innych wykonawców, do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania przetargowego, pomimo spełniania stawianych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Podnoszone przez Odwołującego fakty potwierdzające wskazane naruszenia, wskazują wprost na uszczerbek w jego interesie, przez realne ryzyko pozbawienia go szans na uzyskanie zamówienia.

UZASADNIENIE

Odwołujący wskazuje, iż wadliwe zapisy i postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawarto w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ.

W treści ww. dokumentu Zamawiający w Rozdziale II dotyczącym administrowania Centralnym Punktem Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (dalej: Centralny PSZOK), ukształtował warunki, których spełnienie wydaje się być niemożliwe do spełnienia w zakładanym przez Zamawiającego terminie rozpoczęcia obowiązywania umowy, tj. 01.10.2019 r., a to z uwagi na relatywnie krótki czas, jaki pozostanie do dyspozycji wykonawcy wyłonionemu w trybie w jakim przedmiotowe postępowanie jest procedowane (tj. przetarg nieograniczony o wartości szacunkowej powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Warunki, o których mowa dotyczą obowiązków nałożonych na wykonawcę, który stosownie do woli Zamawiającego, przyjmie na siebie zobowiązania posiadacza odpadów i transportującego odpady (pkt. 2.1.12 OPZ), wynikające z obowiązujących przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 ze zm.), a które zobowiązany będzie spełnić, w tym:

1. obowiązek zawarcia umowy dzierżawy nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, dla której przepisy bezwzględnie wymagają zachowania formy aktu notarialnego (art. 41b ust. 3 ustawy o odpadach);
2. obowiązek uzyskania zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów, dla którego w przypadku gdy maksymalna łączna masa wszystkich rodzajów odpadów magazynowanych w okresie roku przekracza 3000 Mg, organem właściwym do jego wydania jest marszałek województwa (art. 41 ust. 3 ustawy o odpadach);



3. obowiązek opracowania operatu przeciwpożarowego zawierającego warunki ochrony przeciwpożarowej instalacji, obiektu lub jego części lub innego miejsca magazynowania odpadów, uzgodnione z komendantem Państwowej Straży Pożarnej (stosownie do postanowień art. 42 ust. 4b ustawy o odpadach);
4. obowiązek instalacji i uruchomienia oraz prowadzenia wizyjnego systemu kontroli miejsca magazynowania lub składowania odpadów (zgodnie z art. 25 ust. 6a ustawy o odpadach).

Dowód: Opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ

Powyższe ustawowe obowiązki, w zestawieniu z trudnym do sprecyzowania, terminem wyłonienia wykonawcy oraz udzielenia mu zamówienia, z uwagi na niemożliwy obecnie do przewidzenia okres prowadzenia postępowania przetargowego, obciążają wykonawcę realnym ryzykiem, iż czas pomiędzy udzieleniem zamówienia wykonawcy, a rozpoczęciem obowiązywania postanowień umowy łączącej strony, tj. dniem 01.10.2019 roku, będzie niewystarczający do spełnienia wszystkich wskazanych wyżej warunków, co z mocy postanowień zawartej umowy (§ 10 ust. 2 pkt. 27 i dalsze projekt umowy – Załącznik nr 8 do SIWZ) skutkować będzie negatywnie dla wykonawcy.

Wielu zatem z profesjonalnych wykonawców nie podejmie świadomego ryzyka nałożenia nań przez Zamawiającego kar umownych zastrzeżonych na okoliczność nie przygotowania przez wykonawcę centralnego PSZOK zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego w OPZ – Załączniku nr 1 do SIWZ. Sytuacja taka, może również potencjalnie prowadzić do uprzywilejowania niektórych wykonawców, czego efektem będzie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, termin wykonania zamówienia powinien być realny, jednakże w miarę możliwości nieodległy w stosunku do daty zawarcia umowy, a przede wszystkim nie może on zostać określony w sposób naruszający podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy bowiem podkreślić, iż na gruncie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych określającego podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych (zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców) zakazane jest ustalanie terminu realizacji zamówienia w odniesieniu do danego



wykonawcy. Powinien on zostać tak określony, **aby każdy wykonawca, także nie posiadający niezbędnej infrastruktury, był w stanie zrealizować zamówienie**. Ponadto, termin ten powinien być adekwatny w odniesieniu do każdej technologii wykonania zamówienia dopuszczonej przez zamawiającego (tak wyrok KIO z dnia 28.01.2019 r. sygn.. akt KIO 26/19). Dalsza teza tegoż wyroku wskazuje wprost, iż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie. Konsekwencjami zbyt późnego wszczęcia postępowania zamawiający nie może obciążać wykonawców, w szczególności gdy prowadzi to do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto, przewidzenie realnych terminów wykonania zamówienia ma też z wielu powodów istotne znaczenie dla Zamawiającego, który m.in. nie powinien być zaskakiwany opóźnieniami w realizacji zamówienia i winien wcześniej przygotować podjęcie odpowiednich działań mających na celu zabezpieczenie swoich interesów.

Istotność opisu przedmiotu zamówienia jako obligatoryjnego elementu każdej specyfikacji wynika z jego wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawia się w tym, że to na podstawie jego treści wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia przygotowują oferty. W związku z tym zamawiający jako podmiot zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia powinien sporządzić go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dostrzec również należy, że przepis art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie utrudniałby uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie.

Z kolei zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych wymagają od zamawiającego, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób niedookreślony czy też niespójne zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 13.11.2018 r. (sygn. akt KIO 2177/18), niedopuszczalne są również takie zapisy, które w sposób nadmierny przerzucają ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę, poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia czy też takie jego sformułowanie, które stwarza obawy, że wykonawca nie będzie w stanie terminowo i



należycie wywiązać się z zawartej umowy i ponieść straty przy jej wykonywaniu. Tożsame stanowisko wyraziła Izba w tezie wyroku z dnia 22.10.2018 r. (sygn. akt KIO 2030/18), podkreślając, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny mieć negatywnego wpływu na konkurencję pomiędzy wykonawcami poprzez jej ograniczenie czy zakłócenie. Taka sytuacja będzie występować między innymi w przypadku obciążenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym ryzykiem kontraktowym, którego prawidłowe oszacowanie będzie bardzo trudne lub wręcz niemożliwe. Obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontraktowym nie tylko może się okazać niepożądane w odniesieniu do budżetu zamawiającego, lecz może również prowadzić do naruszenia określonej w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący domaga się zatem wprowadzenia w skarżonej części opisu przedmiotu zamówienia zapisów równoważących obowiązkowi jakie przyjmie na siebie wykonawca zamówienia i wprowadzenie zapisów wyłączających czasowo możliwość nakładania i egzekwowania przez Zamawiającego kar umownych z tytułu nie przygotowania przez wykonawcę centralnego PSZOK zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego i zastrzegających na tą okoliczność realny termin spełnienia przez wykonawcę wszelkich wymogów ustawowych.

W kontekście powyższego Odwołujący kwestionuje również postanowienia §10 ust. 4 projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, a zezwalające Zamawiającemu na potrącanie należnych mu kar umownych z faktury przedłożonej do zapłaty lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy, bez obowiązku wzywania Wykonawcy do zapłaty. Abstrahując od wynikającej z takiego zapisu oczywistej dysproporcji pomiędzy pozycją Zamawiającego i wykonawcy, należy wskazać na brak podstawy prawnej tak sformułowanego zapisu umownego.

Istotą możliwości dokonania potrącenia wynikającą z art. 498 § 1 k.c., jest wymagalność obu istniejących wierzytelności. Bezsprzecznie postanowienia załączonego do SIWZ projektu umowy nie określają terminu zapłaty naliczanych przez Zamawiającego kar umownych, dlatego też ewentualnie powstałe w tych okolicznościach roszczenie Zamawiającego z tytułu kar umownych będzie miało charakter bezterminowy. Roszczenia wynikające z takiego zobowiązania nie stają się jednak wymagalne z chwilą powstania samego zobowiązania. Nie ma sporu w doktrynie ani w orzecznictwie, że wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych należy określać przy uwzględnieniu art. 455 k.c., co oznacza, że stają się one wymagalne dopiero w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel



wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania. W kwestii tej, udzielając odpowiedzi na następujące pytanie: „Czy warunkiem koniecznym dla skutecznego potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej, której termin spełnienia nie został zastrzeżony (art. 498 § 1 k.c.) jest wcześniejsze wezwanie dłużnika do zapłaty tej kary (art. 455 k.c.)?” jednoznacznie wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 5 listopada 2014 r. wskazując, że „Wierzytelność jest wymagalna w rozumieniu art. 498 § 1 k.c. w terminie wynikającym z art. 455 k.c.”.

W tym kontekście zasadnym wydaje się przywołanie tezy wyroku KIO z dnia 11.01.2019 r. (sygn.. akt KIO 2627/18), gdzie Izba wskazuje wprost, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ KC) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 KC). Oceniając w tym kontekście projekt umowy przedstawiony przez Zamawiającego należy mieć na uwadze, iż okoliczność, że to zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Zamawiający przerzucając rozszerzoną odpowiedzialność na wykonawcę zwalnia się z obowiązku udowodnienia braku należytej staranności, nie wykazując podstawy do jej rozszerzenia np. ze szczególnych okoliczności świadczenia umownego. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów a wręcz ją narusza ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego (tak KIO w wyroku KIO z dnia 31.10.2017 r. sygn.. akt KIO 2163/17).

Z uwagi na powyższe, w ocenie Wykonawcy zasadnym jest dokonanie stosownej zmiany brzmienia zapisu § 10 ust. 4 projektu umowy, dostosowującego go do obowiązującego stanu prawnego.

Dokument podpisany
kwalifikowanym podpisem elektronicznym