

Sygn. akt KIO 551/23

Sygn. akt: KIO 551/23

WYROK

z dnia 20 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2023 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez odwołującego: Remondis Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Portowa 7, 55-200 Oława w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Oława Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28, 55-200 Oława

przy udziale:

- A. przystępującego FBService Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskie zgłaszającego się po stronie odwołującego.
- B. przystępującego PHU Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław zgłaszającego się do postępowania po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian specyfikacji warunków zamówienia oraz przesunięcie terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, w związku z wniesionymi zarzutami odwołania:

a. naruszenie przez zamawiającego ustawy Pzp przez opisanie niejednoznaczny, nieprecyzyjny składanych ofert, a tym samym wręcz ją utrudniający, a także wykonawców, a to poprzez

art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 przedmiotu zamówienia w sposób

i niezapewniający porównywalności zachowania uczciwej konkurencji, czy niezapewniający równego traktowania ustanowienie w drodze udzielonych

wyjaśnień, w Rozdziale 6 ust. 2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Część II SWZ – dalej OPZ), uprawnienia zamawiającego do ważenia pojazdów „na żądanie Zamawiającego” przed i po wyjeździe pojazdów odbierających odpady w rejon świadczenia usług, a tym samym uniemożliwiając wykonawcom dokonanie rzetelnej wyceny składanych ofert.

b. naruszenie przez zamawiającego art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przez ustanowienie w drodze udzielonych wyjaśnień, warunków utrudniających uczciwą konkurencję, prowadzących do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców, a to przez dopuszczenie dodatkowo możliwości ważenia pojazdów na terenie należącym do ZGO Gać sp. z o.o. pod adresem Wąwolnica 20 na stacji przeładunkowej, premiując tym samym w sposób niezgodny z ww. przepisami wykonawców, których pojazdy zlokalizowane są bliżej punktów ważenia.

c. naruszenie przez zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący

uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to przez zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ryzyka konieczności podstawienia dodatkowych pojemników w przypadku ich uszkodzenia w trakcie odbierania odpadów, bez wskazania minimalnych parametrów pojemników jakie powinny zostać wycenione przez wykonawców, a zatem w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający rzetelną kalkulację cen.

d. naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący

uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to przez zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ilości odbieranych odpadów na podstawie budzących wątpliwości danych przedstawionych przez Zamawiającego w SWZ i jej załącznikach, a także przeniesienie z naruszeniem ww. przepisów ryzyka nieprawidłowej

kalkulacji ceny oferty na wykonawców.

- e. przez Zamawiającego art. 433 pkt. 1) ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w nowym brzmieniu § 8 ust. 3 lit. e) - CZĘŚĆ III SWZ – WZÓR (PROJEKT) UMOWY, odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na uzasadnione okolicznościami lub zakres

zamówienia – co pozostaje w sprzeczności z unormowaniem wynikającym z przywołanego przepisu

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Oława Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28, 55-200 Oława i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Remondis Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Portowa 7, 55-200 Oława tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Gminę Oława Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28, 55200 Oława na rzecz odwołującego Remondis Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Portowa 7, 55200 Oława kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami)) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Oława do instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w Gać” - ZNAK SPRAWY – RG.271.2.2023.ZP

Ogłoszenie o zamówieniu w niniejszej sprawie, zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 27.01.2023 r. pod numerem 2023/S 020-057209

Odwołanie dotyczy treści dokumentów zamówienia.

Działając w imieniu REMONDIS Dolny Śląsk Sp. z o.o., na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, które załączono w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym Mocodawcy, w oparciu o art. 513 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j. z późn. zm., zwaną dalej również Pzp.), wniesiono odwołanie wobec dokumentów zamówienia, tj. Wyjaśnień Zamawiającego, doręczonych Odwołującemu i opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 16.02.2023 r. na stronie prowadzonego postępowania, których treść ukształtowała aktualny opis przedmiotu i warunków zamówienia w sposób niezgodny z ustawą Pzp. Wskazany wyżej wyjaśnieniom zarzucam:

1. naruszenie przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i niezapewniający porównywalności składanych ofert, a tym samym zachowania uczciwej konkurencji, czy wręcz ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców, a to poprzez ustanowienie w drodze udzielonych wyjaśnień, w Rozdziale 6 ust. 2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Część II SWZ – dalej OPZ), uprawnienia Zamawiającego do ważenia pojazdów „na żądanie Zamawiającego” przed i po wyjeździe pojazdów odbierających odpady w rejon świadczenia usług, a tym samym uniemożliwiający wykonawcom dokonanie rzetelnej wyceny składanych ofert.
2. naruszenie przez zamawiającego art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przez ustanowienie w drodze udzielonych wyjaśnień, warunków utrudniających uczciwą konkurencję, prowadzących do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców, a to poprzez dopuszczenie dodatkowo możliwości ważenia pojazdów na terenie należącym do ZGO Gać sp. z o.o. pod adresem Wąwolnica 20 na stacji

przeładunkowej, premiując tym samym w sposób niezgodny z ww. przepisami wykonawców, których pojazdy zlokalizowane są bliżej punktów ważenia.

3. naruszenie przez zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to poprzez zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ryzyka konieczności podstawienia dodatkowych pojemników w przypadku ich uszkodzenia w trakcie odbierania odpadów, bez wskazania minimalnych parametrów pojemników jakie powinny zostać wycenione przez wykonawców, a zatem w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający rzetelną kalkulację cen.
4. naruszenie przez zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to poprzez zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ilości odbieranych odpadów na podstawie budzących uzasadnione

wątpliwości danych przedstawionych przez zamawiającego w swz i jej załącznikach, a także przeniesienie z naruszeniem ww. przepisów ryzyka nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty na wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz dokumentów zamówienia, w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z wskazanymi wyżej przepisami art.16 i 99 Pzp,
3. nakazanie zamawiającemu niezwłocznego przekazania wszystkim wykonawcom zmiany swz za pośrednictwem strony internetowej postępowania, na której swz jest udostępniana,
4. nakazanie zamawiającemu przesunięcia terminu składania ofert, stosownie do treści art. 137 ust. 6, o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą swz i przygotowanie oferty Nadto, wnoszę o:
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
6. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia dokumentacji postępowania w tym dokumentacji stanowiącej podstawę oszacowania zakresu rzeczowego nabywanych usług odbioru odpadów (strumienia odpadów).
7. zobowiązanie zamawiającego do złożenia oświadczenia, czy teren stacji przeładunkowej w Wąwolnicy stanowi obecnie w całości lub części przedmiot ograniczonego prawa rzeczowego (najmu, dzierżawy) na rzecz podmiotu mogącego potencjalnie brać udział w postępowaniu po odbiór i transport odpadów komunalnych, którego niniejsze odwołanie dotyczy.
8. orzeczenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę, określonych na podstawie rachunków, który zostaną przedłożone do akt sprawy,

Termin na wniesienie odwołania

Zaskarżone wyjaśnienia zostały doręczone Odwołującemu oraz opublikowane przez Zamawiającego w dniu 16.02.2023 r. W związku z powyższym, 10 - dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp. - z uwzględnieniem faktu, że ostatni dzień upływu terminu wypada w niedzielę - zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 27.02.2023 r.

Interes we wniesieniu odwołania

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą sklasyfikowaną w Polskiej Klasyfikacji Działalności jako (38) – tj. działalność związaną ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów; odzysk surowców. Ponadto odwołujący planuje wziąć udział w postępowaniu, w przedmiocie którego składa odwołanie. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO biorąc pod uwagę brzmienie art. 505 ust. 1 Pzp., chodzi tu o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale również interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (tak wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., KIO 93/11,) (A. Bazan, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. II, Komentarze LEX 2015). Przesłanką legitymacji do wniesienia odwołania jest również możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Istotnym jest, że odwołujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi ponieść określony wysiłek, angażując przy tym czas pracy i umiejętności swoich pracowników odpowiedzialnych za przygotowanie jej w sposób umożliwiający uznanie jej przez

zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, narażając się przy tym na możliwość poniesienia szkody wynikającej z niemożności składania ofert w innych postępowaniach tudzież podejmowania zleceń od podmiotów prywatnych.

Jednocześnie w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy szkoda po stronie odwołującego może polegać na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty zgodnej ze wszystkimi postanowieniami swz. W rezultacie odwołujący nie będzie mógł uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku.

W związku z powyższym uznać należy, że odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania.

Pozostałe kwestie formalne

1. Wpis od odwołania uiszczono przelewem dnia 24.02.2023 r. Dowód uiszczenia wpisu stanowi załącznik do odwołania.

2. Odwołanie zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 27.02.2023 r. Dowód

doręczenia odwołania stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Uzasadnienie odwołania

W efekcie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Gminę Oława oraz publikacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania SWZ oraz pozostałych dokumentów zamówienia, Odwołujący po zapoznaniu się z ich treścią powziął wątpliwości, które wyartykułował Zamawiającemu w piśmie z dnia 08.02.2023 r. stanowiącym wniosek o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający w dniu 16.02.2023 r. udzielił na ww. pytania odpowiedzi, które obecnie stanowią podstawę faktyczną wnoszonego odwołania.

W odniesieniu do sformułowanych zarzutów, Odwołujący wskazuje jak niżej:

Ad. 1

Zamawiający w Rozdziale 6 ust. 2 OPZ, pierwotnie zastrzegł sobie prawo do każdorazowego ważenia wszystkich pojazdów przed ich odbiorem na wadze, w zakładzie Gospodarowania Odpadami Komunalnymi w miejscowości Gać (instalacja komunalna), wskazując jednocześnie, że wykonawca będzie zobligowany do wykonania ważenia przed rozpoczęciem zbiórki (pusty pojazd). Następnie w odpowiedzi na pytanie nr 9 Odwołującego, z dnia 08.02.2023 r., zmienił w dniu 16.02.2023 r. powyższy wymóg wskazując, iż ważenie pojazdów będzie się odbywało na żądanie Zamawiającego, doprecyzowując jednocześnie, iż koszty dojazdu do miejsca ważenia pokrywa wykonawca.

Dowód:

- 1) Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (Część II SWZ)
- 2) wniosek o wyjaśnienie zapisów SWZ Odwołującego z dnia 08.02.2023 r.
- 3) wyjaśnienia (odpowiedzi) Zamawiającego z dnia 16.02.2023 r.

Istotną zmianę warunków zamówienia stanowi tu określenie częstotliwości ważenia, za czym przemawiają użyte przez zamawiającego określenia.

"Každorazowo" oznacza bowiem, że coś będzie wykonywane lub będzie się powtarzało za każdym razem, gdy zajdzie określona okoliczność lub zdarzenie. Innymi słowy, oznacza to regularność, cykliczność i powtarzalność danej czynności.

Z kolei "na żądanie" oznacza, że coś zostanie wykonane lub dostarczone tylko wtedy, gdy zostanie wyraźnie zażądane. Innymi słowy, oznacza to brak regularności i wykonywanie danej czynności tylko wtedy, gdy jest to wymagane.

Powyższe stanowi istotną zmianę w odniesieniu do warunku pierwotnego, całkowicie uniemożliwiającą skalkulowanie dodatkowych kosztów dojazdu do miejsca ważenia, które to koszty stanowią istotny element kalkulacji ceny oferty. W ocenie Odwołującego różnica może stanowić łącznie nawet 800 do 1000 km miesięcznie, przyjmując jako podstawę obliczenia ww. kosztów, koszt dojazdu pojedynczego pojazdu, maksymalnie w ciągu 21 dni w miesiącu, na odcinku 15 km – przy czym odległość ta, w rzeczywistości będzie dla każdego z wykonawców inna. W obecnym stanie faktycznym, przy braku możliwości dookreślenia ilości dni przyjętych w kalkulacji, rzetelne wyliczenie tego kosztu, jest nie możliwe.

Ad. 2

Zamawiający w odpowiedziach na pytania nr 12 i 13 Odwołującego, jednoznacznie dopuścił jako alternatywę, możliwość ważenia pojazdów na terenie stacji przeładunkowej należącej do ZGO Gać sp. z o.o. pod adresem Wąwolnica 20, co analogicznie jak w przypadku ad. 1, w konsekwencji doprowadza również do uprzywilejowania wykonawców, których pojazdy znajdują się najbliżej punktów ważenia.

Nie ulega wątpliwości, iż zwłaszcza obecnie, koszty dojazdu do miejsca ważenia przez pojazdy odbierające odpady mają niebagatelny wpływ na kalkulację cen ofert składanych przez wykonawców w przetargu. Dzieje się to na kilka sposobów. Przede wszystkim, koszty te wpływają na ogólną cenę oferty, ponieważ będą stanowić jeden z istotnych kosztów wykonania usługi. Jeśli zatem koszty dojazdu do miejsca ważenia są wysokie, to wykonawca będzie zmuszony do zawyżenia ceny oferty, aby pokryć te koszty i zachować odpowiednią z punktu widzenia przedsiębiorcy marżę zysku. Jednocześnie, jeśli koszty dojazdu będą

niższe, to wykonawca może zaoferować niższą cenę usługi, co znacznie zwiększy jego szanse na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zaznacza przy tym, iż nie ma również wiedzy, czy teren stacji przeładunkowej w Wąwolnicy nie jest obecnie dzierżawiony przez któryś z podmiotów mogących brać udział w niniejszym postępowaniu jako wykonawca, a co za tym idzie złożyć ofertę z pozycji podmiotu uprzywilejowanego.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż stacja przeładunkowa w Wąwolnicy znajduje się poza obszarem administracyjnym Zamawiającego (miejscowość Wąwolnica to obszar Gminy Strzelin), zatem zezwolenie na dokonywanie ważenia również w tej lokalizacji, poza oczywiście negatywnym wpływem na rzetelność kalkulacji cen ofert,

wydaje się być również nieracjonalna z punktu widzenia samego przedmiotu zamówienia, ponieważ powoduje wywóz odpadów poza teren Gminy Olawa, której dotyczy odbiór odpadów.

Odwołujący wskazuje również, iż ustawodawca dopuszcza pośrednictwo stacji przeładunkowej, przy przekazywaniu do instalacji (tu ZGO Gać), wyłącznie odpadów zmieszanych (art. 9e ust. 1c Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w brzmieniu obowiązującym), zatem analogiczne postępowanie w przypadku odpadów segregowanych, stanowiłoby oczywiste naruszenie ww. przepisu.

Nadto Odwołujący podkreśla zbyt szeroki charakter zgody Zamawiającego, albowiem dopuszczenie do ważenia stacji przeładunkowych bez żadnego ograniczenia, powoduje możliwość dokonywania ważenia odpadów w lokalizacjach, nad którymi Zamawiający nie posiada żadnej kontroli, co może prowadzić do potencjalnych nadużyć i nieprawidłowości.

Podkreślić należy, iż tego typu praktyki stanowią oczywiste złamanie zasad uczciwej konkurencji, którym Odwołujący sprzeciwia się z całą mocą.

W konsekwencji, koszty dojazdu do miejsc ważenia będą miały istotny, a być może i ostatecznie decydujący wpływ na wybór wykonawcy przez Zamawiającego, ponieważ z oczywistych względów Zamawiający wybierze wykonawcę, który ma siedzibę lub bazę w pobliżu miejsca ważenia, gdyż ten zaoferuje niższą cenę świadczenia usług. Odwołujący zaznacza w tym miejscu, iż przyjęte przez Zamawiającego poza cenowe kryterium oceny ofert, nie będzie miało żadnego wpływu na ostateczną ocenę ofert, ponieważ każdy z podmiotów potencjalnie przystępujących dziś do przetargów na odbiór odpadów komunalnych w gminach, dysponuje pojazdami spełniającymi normę w zakresie emisji spalin EURO 5, w ilościach znacznie przewyższających wymagania stawiane przez Zamawiającego.

Dowód:

- 1) wniosek o wyjaśnienie zapisów SWZ Odwołującego z dnia 08.02.2023 r.
- 2) wyjaśnienia (odpowiedzi) Zamawiającego z dnia 16.02.2023 r.

Wskazać w tym miejscu należy na tezę sformułowaną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. (KIO 126/22), w której Izba stwierdza, iż zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad, która obowiązuje na rynku europejskim. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może zatem prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie.

Z kolei w wyroku z dnia 14 lutego 2022 r. (KIO 248/22), Izba stwierdza równie dobitnie, iż skonkretyzowane, obiektywne potrzeby zamawiającego mogą wprawdzie usprawiedliwić utrudnienie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, ale nie może to prowadzić do sytuacji, gdy następuje to w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale wyłącznie w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom.

Ad. 3

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 7 Odwołującego, podtrzymał sformułowane w ppkt. 14 OPZ zobowiązanie wykonawców do wymiany pojemnika uszkodzonego podczas odbioru odpadów na inny, ograniczając się wyłącznie do zdawkowego określenia „o tym samym litrażu”. Abstrahując od bezrefleksyjnego sędowania na wykonawców odpowiedzialności za ewentualne szkody, bez uwzględnienia stopnia przyczynienia się wykonawców do ich powstania, Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach nie sprecyzował konkretnych parametrów, które będą miały oczywisty wpływ na kalkulację kosztu nabycia i podstawienia takiego pojemnika.

Dowód:

- 1) wniosek o wyjaśnienie zapisów SWZ Odwołującego z dnia 08.02.2023 r.
- 2) wyjaśnienia (odpowiedzi) Zamawiającego z dnia 16.02.2023 r.

Nie ulega bowiem wątpliwości, iż koszt nabycia przez wykonawcę „zastępczego” pojemnika na odpady, poza jego pojemnością (litrażem), będzie uzależniony również od innych czynników, takich jak:

- Materiał i jakość pojemnika - Pojemniki na odpady są dostępne w różnych materiałach i jakościach, od tańszych pojemników wykonanych z tworzywa sztucznego po droższe pojemniki z metalu. Koszt pojemnika jest w dużej mierze uzależniony od jakości użytego materiału i od wytrzymałości pojemnika na warunki atmosferyczne, uszkodzenia mechaniczne czy korozję.
- Rodzaj odpadów - Cena pojemnika może być uzależniona od rodzaju odpadów, które będą w nim przechowywane. Na przykład, pojemnik na odpady medyczne będzie kosztował więcej niż pojemnik na odpady komunalne (przykład skrajny, ale obrazujący istotę problemu).
- Producent i dystrybutor - Koszt pojemnika może być również uzależniony od producenta lub dystrybutora, od którego zostanie zakupiony. Ceny mogą się różnić w zależności od marki i jakości oferowanego produktu.

- Dostawa i montaż - Koszt pojemnika może być również kształtowany przez koszt jego dostawy. Jeśli pojemnik będzie musiał być dostarczony z daleka, to koszt transportu może znacznie wpłynąć na końcową cenę produktu.
- Certyfikacja i standardy jakości - W niektórych przypadkach, od pojemników na odpady może być wymagana określona certyfikacja i spełnienie standardów jakości, które również mogą wpłynąć na ich koszt.

Podsumowując, koszt podstawienia pojemnika na odpady zależy od wielu czynników, a brak ich sprecyzowania przez Zamawiającego, stanowi istotną przeszkodę dla rzetelnego skalkulowania ceny oferty, a nadto może w przyszłości stać się powodem powstania sporu pomiędzy stronami, a także właścicielem nieruchomości, na której doszło do uszkodzenia pojemnika.

Nie może zatem Zamawiający wprowadzać do treści SWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia postanowienia sankcjonującego wykonawcę za braki lub niedokładności popełnione przez samego Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 1 lutego 2022 r., KIO 66/22).

Co więcej - Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na

wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę (tak KIO w wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r. KIO 24/14).

Ad. 4

Odwołujący w pytaniu nr 3 zakwestionował ilości odpadów jakie Zamawiający oszacował do odebrania w czasie trwania umowy i jakie następnie wskazał w formularzu oferty. Analizując przedstawioną w SWZ ilość odpadów odebranych od ok. 15 000 mieszkańców Gminy Oława, Odwołujący na podstawie swojej wiedzy i doświadczenia oraz dostępnych źródeł informacji skonstatował, że jest ona nieprawdopodobnie duża – wynika bowiem z niej, że 1 mieszkaniec gminy Oława wytwarza ok. 620 kg rocznie, podczas gdy na terenie Polski ilość na mieszkańca wynosi około 358 kg rocznie, a zatem o połowę mniej.

W odpowiedzi, Zamawiający niezależnie od przedstawionych przez Odwołującego danych, a wręcz całkowicie ignorując przedstawione fakty i dane, zalecił wykonawcom wyłącznie dokonanie wyceny ofert poprzez skalkulowanie ryzyka odbioru odpadów w mniejszej ilości, nie precyzując jak wielkie może to być ryzyko i do czego należy je odnosić.

Skalę sygnalizowanego problemu obrazują poniższe tabele danych oraz wykresy, na które powoływał się Odwołujący.

W Gminie Oława, gdzie od maja 2018 r. odbiór odpadów realizuje PHU Komunalnik Sp. z o.o. – przy czym począwszy od stycznia 2021 r., odbywa się to nieprzerwanie w oparciu o kolejno udzielane zamówienia z wolnej ręki, w wyniku których zawarto kolejne umowy:

- 1) nr GKUC.703.1.2021.U z 4.01.2021r.
- 2) nr GKUC.703.2.2021.U z 1.03.2021r.
- 3) nr GKUC.703.3.2021.U z 01.04.2021 4) nr GKUC.703.4.2021.U z 4.05.2021r.
- 5) nr GKUC.703.7.2021.U z 14.10.2021r.
- 6) nr GKUC.703.8.2021.U z 16.11.2021r.
- 7) nr GKUC.703.1.2022.U z 29.12.2021r. 8) nr GKUC.703.2.2022.U z 28.01.2022r.

ilość odpadów od 2018 r. do 2022 r. wzrosła ponad dwukrotnie - ze średniej 350 Mg/mc w 2018 r. do 760 Mg/mc w 2022 r. (TAB. 1)

TAB. 1

GM. OŁAWA 2018

(przetarg) 2019

(z wolnej ręki)

- rok 2018 dla gm. Oława obliczony na podstawie 10 miesięcy - podzielone na 10 i pomnożone przez 12 (Odwołujący nie dysponuje ilościami za cały rok)

- rok 2022 dla gm. Oława obliczony na podstawie 9 miesięcy - podzielone na 9 i pomnożone przez 12 (Odwołujący nie dysponuje ilościami za cały rok)

W gminie Oława od 03.2020 r. nie ma już obszarów niezamieszkałych, więc ilość odpadów powinna się zmniejszyć .

W porównywanych poniżej przez Odwołującego danych, są nie tylko odpady takie jak w gminie Oława, ale są też odpady z nieruchomości niezamieszkałych jak również (w przypadku Warszawy i Wrocławia) z PSZOK, zbiórek objazdowych czy dzikich wysypisk - a i tak gmina Oława ma zdecydowanie większą ilość niż pozostali.

W Gminie Oława od 2019 r. wzrost ilości odpadów na niespotykanym w Polsce poziomie (TAB. 2)

TAB. 2

wzrost ilości odpadów rok do roku o% okresie 2018 - 2022 o %:	2019	2020	2021	2022	wzrost ilości w
GM. OŁAWA 33%	35%	15%	6%	119%	
W POLSCE 2%	3%	4%	bd		
NA TERENACH WIEJSKICH		5%	8%	6%	bd
W MIASTACH	1%	1%	5%	bd	
CIEPŁOWODY	8%	1%	2%	2%	14%
GM. CHOJNÓW	9%	-1%	-7%	-26%	-25%
GROMADKA -1%	2%	10%	-3%	8%	
KOMPRACHCICE	13%	18%	0%	-5%	26%
M. OŁAWA	6%	4%	2%	2%	15%
OLESNO	1%	1%	0%	-5%	-2%
OTMUCHÓW 3%	10%	7%	-1%	20%	
PRZEWORNO	1%	4%	8%	-2%	12%
TURAWA	2%	-1%	-27%	32%	-3%
WARSZAWA	1%	4%	4%	bd	
WROCŁAW	2%	2%	19%	bd	
WOJ. DOLNOŚLĄSKIE	bd	-1%	9%	bd	

W Gminie Oława ilość odpadów na mieszkańca (TAB. 3) jest większa iż gdziekolwiek, np.:

- od 2020 roku jest większa niż na terenach wiejskich (o 50% w 2019 r., 86% w 2020 r.

i ponad 100% więcej w 2021 r.)

- większa niż w Polsce (o 13% w 2019 r., 47% w 2020 r. i 61% więcej w 2021 r.)
- większa niż w województwie Dolnośląskim, które jest województwem z największą

ilością odpadów komunalnych w Polsce (o 26% w 2020 r. i o 33% w 2021 r.)

- większa nawet niż w mieście Warszawa (o 5% w 2020 r. i 16% w 2021 r.)

TAB. 3

ilość odpadów w kg na 1 mieszkańca	2018	2019	2020	2021	2022
GM. OŁAWA 280	374	504	578	613	
W POLSCE 325	332	344	360	bd	
NA TERENACH WIEJSKICH	239	251	271	288	bd
W MIASTACH	382	386	389	409	bd
CIEPŁOWODY	325	351	356	364	370
GM. CHOJNÓW	305	334	330	306	228
GROMADKA 277	274	281	310	300	
KOMPRACHCICE	367	414	488	488	462
M. OŁAWA 385	410	425	434	441	
OLESNO 326	330	334	336	321	
OTMUCHÓW 282	290	319	341	337	
PRZEWORNO	332	337	350	379	370
TURAWA 394	404	398	290	384	
WARSZAWA 459	462	479	499	bd	

WROCLAW 526	534	543	647	bd
WOJ. DOLNOŚLĄSKIE	bd	405	400	435 bd

Większa ilość odpadów z Gminy Oława w stosunku do innych terenów:

W POLSCE 86% 113% 147% 161%

NA TERENACH WIEJSKICH 117% 149% 186% 201%

WARSZAWA 61% 81% 105% 116%

WOJ. DOLNOŚLĄSKIE bd 92% 126% 133%

W Gminie Oława ilość odpadów bio (TAB. 4 i 5) jest dużo większa niż w innych gminach, w których odpady bio stanowią 20% - 29% strumienia odpadów; w gminie Oława odpady bio sięgają w 2022 r. 47% całego strumienia.

Od 2020 r. ilość odpadów bio na 1 mieszkańca w gminie Oława jest o 35%-90% większa niż w tych gminach z dużą ilością bio, w 2021 roku było to ok. 80% więcej na mieszkańca w gminie Oława, a w 2022 r. ponad 100% więcej niż w innych gminach.

TAB. 4

Ilość bio na 1 mieszkańca/rok		2018	2019	2020	2021	2022
GM. OŁAWA 2	40	185	244	290		
W POLSCE 26	31	42	49	bd		
CIEPŁOWODY	36	43	56	65	77	
GM. CHOJNÓW	17	18	25	32	26	
GROMADKA 7	1	2	13	17		
KOMPRACHCICE	19	92	137	133	134	
M. OŁAWA 22	32	54	75	79		
OLESNO 50	51	51	49	55		
OTMUCHÓW 0	0	75	83	88		
PRZEWORNO	20	25	42	74	83	
TURAWA 43	48	58	66	61		

TAB. 5

udział odpadów bio w całej strumieniu odpadów komunalnych 2018 2019 2020 2021

2022

GM. OŁAWA 1%	11%	37%	42%	47%	
W POLSCE 8%	9%	12%	14%	bd	
CIEPŁOWODY	11%	12%	16%	18%	21%
GM. CHOJNÓW	5%	5%	7%	10%	11%
GROMADKA 2%	1%	1%	4%	6%	
KOMPRACHCICE	5%	22%	28%	27%	29%
M. OŁAWA 6%	8%	13%	17%	18%	
OLESNO 15%	15%	15%	15%	17%	
OTMUCHÓW 0%	0%	23%	24%	26%	
PRZEWORNO	6%	7%	12%	20%	22%
TURAWA 11%	12%	15%	23%	16%	

Jednocześnie celem wykazania rzetelnego zbadania problemu, Odwołujący wskazuje poniżej zestawienie źródeł, skąd Odwołujący pozyskał ww. dane, które w jego ocenie zasługują na wzięcie ich pod rozwagę i uwzględnienie.

Są to odpowiednio:

Gm. Oława źródło: SWZ z obecnego i poprzednich przetargów oraz informacje od gminy udostępnione w trybie informacji publicznej

Terytorium Polski źródło: analizy statystyczne GUS - Gospodarka mieszkaniowa i

infrastruktura komunalna (za lata 2018-2021)

Tereny wiejskie źródło: analizy statystyczne GUS - Gospodarka mieszkaniowa i

infrastruktura komunalna (za lata 2018-2021)

Miasta źródło: analizy statystyczne GUS - Gospodarka mieszkaniowa i infrastruktura komunalna (za lata 2018-2021)

Porównawczo - WARSZAWA źródło: analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi

dla miasta Warszawa

Porównawczo - WROCŁAW źródło: analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi dla miasta Wrocław

Teren pozostałych Gmin źródło: sprawozdania podmiotów odbierających odpady

komunalne (na podst. Art. 9n UCPG).

Lawinowy wzrost ilości odpadów nastąpił właśnie w tym okresie, przy czym warto podkreślić także, iż dotyczy on szczególnie frakcji, które są bardzo wysoko opłacane przez Zamawiającego, który jak się wydaje niemal oddał kontrolę nad system odbioru odpadów temu właśnie Wykonawcy. Odwołujący usiłuje ustalić, kto korzysta ze stacji przeładunkowej w Wąwolnicy, której dotyczy pytanie i podkreśla także, że dla zachowania równowagi i uczciwej konkurencji - jeśli podmiotem tym jest spółka Komunalnik Sp. z o.o., każdy z Wykonawców winien mieć zgodę na dokonywanie ważenia pojazdów przy wykorzystaniu swoich wag.

Nie do końca wiadomym jest, jak się to ma do interesu Zamawiającego, ale Odwołujący liczy, że Zamawiający wyjaśni tę kwestię precyzyjnie w odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący podkreśla w tym miejscu, iż powyższy problem wskazywał Zamawiającemu jeszcze przed wszczęciem niniejszego postępowania.

Dowód:

1) Materiały źródłowe – publikacje Głównego Urzędu Statystycznego 2) Pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 07.12.2022 r.

Reasumując, jak Odwołujący wykazał w niniejszym odwołaniu, w skarżonym dokumencie – zwłaszcza w wykreowanym opisie przedmiotu i warunków zamówienia, znajduje się szereg niejednoznaczności i mało precyzyjnych zapisów, które mogą prowadzić do nieuczciwej konkurencji i naruszania zasad udzielania zamówień publicznych. Konsekwencje takiego postępowania mogą być poważne i wpłynąć na wiele aspektów procesu udzielania zamówień publicznych, do jego unieważnienia włącznie. Warto w tym miejscu przywołać tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. (KIO 909/22), gdzie Izba stwierdza wprost, iż dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 Pzp. w związku z art. 16 pkt 1 Pzp. stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W

związku z powyższym zachodzą przesłanki określone w art. 255 ust. 6 Pzp. i Zamawiający w tych okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić.

Taki stan rzeczy może wpłynąć również na krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez ograniczenie liczby podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu. Może to prowadzić do sytuacji, w której zamówienie będzie mogło zostać udzielone tylko jednemu wykonawcy, co narusza zasadę konkurencji i uczciwego traktowania wykonawców.

Niejednoznaczność i brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia mogą także prowadzić do niespójności w dokumentacji przetargowej, co może spowodować problemy z interpretacją ofert i oceną ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego. W rezultacie, zamówienie może zostać udzielone wykonawcy, który nie spełnia stawianych wymagań, co z kolei narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Za słusznością twierdzeń Odwołującego przemawia liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. wyrok z dnia 1 lutego 2022 r. (KIO 66/22), gdzie Izba sformułowała tezę, iż Zamawiający nie może wprowadzić do opisu przedmiotu zamówienia treści zwalniającej go ze sporządzenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zamawiający nie może opierać się na mało przejrzystych i nieproporcjonalnych wymaganiach, których egzekucja może prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia danego wykonawcy, który inaczej zrozumiął treść SIWZ z powodu wadliwego postępowania Zamawiającego.

Podkreślić należy również, iż dyspozycja art. 99 Pzp. determinuje aby opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji (tak KIO w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r. - KIO 3718/21). Dalej, w wyroku z dnia 27 maja 2022 r. (KIO 1262/22) Izba konstatuje, iż Zamawiający jest zobowiązany do ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że przedmiot zamówienia

opisuje się sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem to na zamawiającym spoczywa ciężar sformułowania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez ustawodawcę, tak aby możliwe było jednoznaczne zidentyfikowanie z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i

niezbędne do jego prawidłowej realizacji. Treść dokumentacji postępowania winna więc być podstawą do umożliwienia wykonawcy pełnego i rzetelnego oszacowania zakresu zamówienia, a tym samym złożenia oferty zapewniającej właściwe wykonanie przedmiotu umowy.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych zasady, nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych.

W przypadku oceny stanu faktycznego opisanego w niniejszym odwołaniu, jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczność wykazania wystąpienia tego naruszenia.

Z uwagi na powyższe odwołujący wnosi jak na petitum odwołania.

W dniu 9 marca 2023r. odwołujący rozszerzył argumentację odwołania o zarzut podstawy naliczania kar umownych z tytułu opóźnienia przez ukształtowanie w nowym brzmieniu § 8 ust. 3 lit. e) - CZĘŚĆ III SWZ - WZÓR (PROJEKT) UMOWY, odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia - co pozostaje w sprzeczności z unormowaniem wynikającym z przywołanego przepisu.

i tak:

rozszerzam zakres zarzutów odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. - a to, wobec dokumentów zamówienia, tj. Wyjaśnień Zamawiającego, doręczonych Odwołującemu i opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 07.03.2023 r. na stronie prowadzonego postępowania, których treść ukształtowała aktualny opis przedmiotu i warunków zamówienia w sposób niezgodny z ustawą Pzp. Wskazanym wyżej wyjaśnieniom zarzucam:

1. naruszenie przez Zamawiającego art. 433 pkt. 1) ustawy Pzp przez ukształtowanie w nowym brzmieniu § 8 ust. 3 lit. e) - CZĘŚĆ III SWZ - WZÓR (PROJEKT) UMOWY,

odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na

uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia - co pozostaje w sprzeczności z unormowaniem wynikającym z przywołanego przepisu.

Wskazując na powyższe, wnoszę o:

1. uwzględnienie zarzutów odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. w brzmieniu

obejmującym również zarzut sformułowany w niniejszym piśmie.

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz dokumentów zamówienia, w

sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z wskazanymi w odwołaniu przepisami art. 16, 99 oraz 433 pkt. 1) Pzp,

W pozostałym zakresie treść odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. pozostaje w brzmieniu niezmiennym.

Zasada konkurencji wymusza racjonalność i efektywność wydawania środków publicznych Termin na wniesienie odwołania

Zaskarżone wyjaśnienia zostały doręczone Odwołującemu oraz opublikowane przez Zamawiającego w dniu 07.03.2023 r. W związku z powyższym, 10 - dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp. zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 17.03.2023 r.

Pozostałe kwestie formalne

1. Niniejsze pismo zostało doręczone Zamawiającemu oraz Uczestnikom w dniu 09.03.2023 r. Dowód doręczenia stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Uzasadnienie do rozszerzonego zarzutu

W treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 07.03.2023 r. w pkt. 1 — Zamawiający zmienił treść zapisu § 8 ust. 3 lit. e/ wzoru umowy, który z dniem 07.03.2023 r. przyjął brzmienie: „e) Za niewywiązanie się z obowiązku Zamawiającego zatrudnienia na

podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, lub za nieprzedłożenie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopii umów zawartych przez Wykonawcę lub Podwykonawcę z pracownikami, lub dokumentów o których mowa w § 2 ust. 2 umowy, w wysokości 100 zł za każdy dzień opóźnienia”.

Dowód:

1) wyjaśnienia (odpowiedzi) Zamawiającego z dnia 07.03.2023 r.

Przepis art. 433 pkt. 1) ustawy Pzp — jako pierwsza z niedozwolonych klauzul umownych, odnosi się do zakazu ustanawiania odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, za wyjątkiem przypadków, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia). Regulacja powyższa nawiązuje do tradycyjnego w cywilistyce wyróżnienia zwłoki i opóźnienia.

Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zwłoka jest zatem kwalifikowaną postacią nieterminowego wykonania zobowiązania w tym znaczeniu, że jest następstwem zdarzeń, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Sama z kolei odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie zobowiązania jest powiązana z winą dłużnika.

Na gruncie Kodeksu cywilnego możliwa jest modyfikacja ustawowej zasady odpowiedzialności opartej na winie, ponieważ art. 473 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jednak powyższa modyfikacja zasady odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy) za niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania, jest co do zasady niedopuszczalna w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a zamawiającemu nie wolno kształtować umowy w taki sposób, że wykonawca będzie odpowiedzialny za zwykłe opóźnienie, niezawinione przez siebie. Zakaz ten dotyczy wszelkich postanowień umownych, wiążących jakąkolwiek postać odpowiedzialności wykonawcy z opóźnieniem.

Zasada konkurencji wymusza racjonalność i efektywność wydawania środków publicznych

Art. 433 pkt 1 Pzp zakazuje zatem również ustanawiania kar umownych za opóźnienie, czy też umownych regul odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy przyznających zamawiającemu roszczenie odszkodowawcze w związku z opóźnieniem.

Co więcej, przepis ten powinien być postrzegany również jako przeszkoda w formułowaniu takich postanowień umownych, w których zwykłe opóźnienie wykonawcy (a nie zwłoka) stanowi podstawę do skorzystania przez zamawiającego z uprawnień prawokształtujących, takich jak np. uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w związku z opóźnieniem wykonawcy, czy też uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia lub zwiększenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi jak na petitum odwołania.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 13 marca 2023r.

Działając w imieniu Gminy Oława, dowód wyboru na Wójta Gminy Oława oraz pełnomocnictwo dla pełnomocnika w załączeniu, wnoszę o:

1. odrzucenie odwołania w całości, ewentualnie o:
2. oddalenie odwołania w całości,
3. w każdym przypadku o zasądzenie od odwołującego na rzecz Zamawiającego

kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Odwołujący wniósł odwołanie wobec dokumentów zamówienia, tj. Wyjaśnień Zamawiającego, opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 16.02.2023 r. na stronie prowadzonego postępowania .

Odwołujący wskazał, że doszło do naruszenia:

- 1) przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez

opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i niezapewniający porównywalności składanych ofert, a tym samym zachowania uczciwej konkurencji, czy wręcz ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców, a to poprzez ustanowienie w drodze udzielonych wyjaśnień, w Rozdziale 6 ust. 2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Część II SWZ – dalej OPZ), uprawnienia Zamawiającego do ważenia pojazdów „na żądanie Zamawiającego” przed i po wyjeździe pojazdów odbierających odpady w rejon świadczenia usług, a tym samym uniemożliwiający wykonawcom dokonanie rzetelnej wyceny składanych ofert.

- 2) przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w drodze udzielonych wyjaśnień, warunków utrudniających uczciwą konkurencję, prowadzących do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców, a to poprzez dopuszczenie dodatkowo możliwości ważenia pojazdów na terenie należącym do ZGO Gać sp. z o.o. pod adresem Wąwolnica 20 na stacji przeładunkowej, premiując tym samym w sposób niezgodny z ww. przepisami wykonawców, których pojazdy zlokalizowane są bliżej punktów ważenia.

- 3) przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to poprzez zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ryzyka konieczności podstawienia dodatkowych pojemników w przypadku ich uszkodzenia w trakcie odbierania odpadów, bez wskazania minimalnych parametrów pojemników jakie powinny zostać wycenione przez wykonawców, a zatem w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający rzetelną kalkulację cen.

- 4) przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to poprzez zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ilości odbieranych odpadów na podstawie budzących uzasadnione wątpliwości danych przedstawionych przez Zamawiającego w SWZ i jej załącznikach, a także przeniesienie z naruszeniem ww. przepisów ryzyka nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty na wykonawców,

- 5) przez Zamawiającego art. 433 pkt. 1) ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w nowym brzmieniu § 8 ust. 3 lit. e) - CZĘŚĆ III SWZ – WZÓR (PROJEKT) UMOWY, odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na uzasadnione okolicznościami lub zakres zamówienia – co pozostaje w sprzeczności z u normowaniem wynikającym z przywołanego przepisu.

W ocenie Zamawiającego odwołanie jest bezzasadne.

Zamawiający wskazuje przede wszystkim, że odwołanie nie zostało wniesione przez Remondis Dolny Śląsk Sp. z o.o., a to z tego względu, że wskazany w odwołaniu pełnomocnik nie posiada ważnego pełnomocnictwa i nie może występować w postępowaniu przed KIO. To oznacza, że odwołanie powinno być odrzucone. Pełnomocnik nie jest pełnomocnikiem zawodowym, wobec czego z mocy art. 510 PZP pełnomocnikiem może ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. Takiego zarządu majątkiem lub interesami odwołującego o charakterze stałym ani stosunku zlecenia w

zakresie zamówień publicznych (o szerszym naturalnie charakterze, niż samo działanie w postępowaniu przed KIO) pełnomocnik nie wykazał, a tym samym nie wykazał swojego odwołania. W pełnomocnictwie nawet nie powołał się na takie okoliczności, co pozwala na uznanie, że nie zachodzą one w obecnym przypadku. Odwołanie zostało przeto wniesione przez osobę nieumocowaną procesowo, nie mogącą być pełnomocnikiem, co czyni odwołanie niedopuszczalnym. Powinno ono zostać zatem odrzucone w całości.

Warto przytoczyć na poparcie tego stanowiska pogląd doktryny prawa, który określa cechy wymagane od pełnomocników nie-zawodowych, a których to cech nie wykazał podmiot podający się za pełnomocnika odwołującego się w obecnej sprawie:

„3.

Pełnomocnikiem może być także osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony. Sprawowanie zarządu majątkiem lub interesami strony może odbywać się na dowolnej podstawie prawnej. Zarządzający może więc swe uprawnienie wywodzić zarówno z umowy, jak i konkretnego przepisu prawa. Sprawowanie zarządu musi cechować się pewną stałością. Za aktualne należy w mojej opinii uznać stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku 904 w odniesieniu do stosowania art. 87 § 1 k.p.c., że sprawowanie zarządu majątkiem lub interesami strony musi cechować się stałością, nie może „polegać na podejmowaniu okazjonalnie pewnych czynności” i co ważne, przedmiot sporu musi wchodzić w zakres owego zarządu 905. Innymi słowy, przedmiot odwołania wnoszonego do Krajowej Izby Odwoławczej musi pozostawać w związku z zakresem zarządu sprawowanego przez pełnomocnika. Czyli zakres pełnomocnictwa warunkowany jest zakresem spraw objętych zarządem 906. Cechą trwałości zarządu jest fakt, iż nie został on powierzony jedynie na potrzeby tej konkretnej sprawy, do której pełnomocnik został powołany 907. Są to elementy odróżniające sprawowanie zarządu nad majątkiem lub interesami strony od alternatywnej podstawy materialnoprawnej pełnomocnictwa, jaką jest stosunek zlecenia.

4.

Niezależną od sprawowania zarządu nad majątkiem lub interesami strony podstawą udzielenia pełnomocnictwa jest pozostawienie pełnomocnika ze stroną w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. W odróżnieniu od Kodeksu postępowania cywilnego brak jest tutaj wymogu stałości owego zlecenia. Niezmienna pozostaje jednak zasada, że konieczność udzielenia pełnomocnictwa i obrony praw musi wynikać ze stosunku zlecenia. Tak więc to ze stosunku podstawowego musi wynikać konieczność reprezentacji strony przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ustawodawca w porównaniu do Kodeksu postępowania cywilnego odstąpił co prawda od wymogu stałości zlecenia, ale zachował regułę, że to treść stosunku podstawowego (zlecenia) determinuje

możliwość udzielenia pełnomocnictwa. Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana jest tym samym do zbadania, czy przedmiot sprawy wchodzi w zakres zlecenia. Samo zlecenie zaś nie może ograniczać się wyłącznie do zastępowania strony przed Krajową Izbą Odwoławczą 908, wówczas bowiem doszłoby do faktycznego zrównania takiego pełnomocnika z

pełnomocnikiem profesjonalnym. Umowa zlecenia winna zatem określać „jakie czynności prawne, faktyczne lub usługi ma dokonać przyjmujący zlecenie dla dającego zlecenie” 909. Odnosząc to do sytuacji odwołującego, za dopuszczalne należałoby uznać ustanowienie pełnomocnika na podstawie art. 510 ust. 1 in fine p.z.p., jeżeli w zakresie jego zlecenia wchodziło reprezentowanie wykonawcy wobec zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i na tle tych czynności wynika konieczność jego zastępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, ale już nie jeżeli stosunek podstawowy obejmować będzie wyłącznie reprezentację wykonawcy przed Krajową Izbą Odwoławczą lub sądami 910. W jednym z wyroków Sąd zamówień publicznych stwierdził, iż może być pełnomocnikiem przed KIO osoba świadcząca usługi obsługi prawnej strony postępowania. Sam pełnomocnik nie ma jednak obowiązku wykazywania istnienia stosunku podstawowego, choć powinien to uczynić na żądanie KIO 911.” – vide Gawrońska Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, opublikowano: LEX/el. 2023

Na wypadek, gdyby KIO uznała, że odwołanie powinno podlegać merytorycznemu rozpoznaniu, Zamawiający przedstawi dalej idące stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przede wszystkim Zamawiający wskazuje, że odwołujący nie wykazał dowodowo żadnego z zarzutów, które podniósł w odwołaniu. To na odwołującym spoczywa ciężar dowodu.

Z racji tego stanu rzeczy odwołanie jest chybione.

Poniżej Zamawiający ustosunkowuje się do zarzutów wymienionych w odwołaniu – od ad 1 do ad 5:

Ad 1

Co do zarzutu ad 1 dotyczącego ważenia wszystkich pojazdów przed ich odbiorem wskazać na wstępie należy, że Zamawiający nie zmienił w odpowiedzi na pytanie nr 9 tego wymogu. Obowiązek ważenia pojazdu od samego początku został w OPZ określony jako zależy od decyzji Zamawiającego. Odpowiedź na pytanie nr 9 niczego w tym względzie nie zmieniła. Doszło tylko do gramatycznego podkreślenia, że będzie to odbywać się na żądanie Zamawiającego. Może ono dotyczyć każdego wyjazdu, ale może dotyczyć niektórych wyjazdów. Uprawnienie Zamawiającego ma charakter kontrolny. W zakresie uprawnienia nic się nie zmieniło, bo wykonawca może nadal spodziewać się, że żądanie kontroli zostanie

zgłoszone przy każdym transporcie. Bez wątpliwości pozwala to obiektywnie skalkulować ofertę. Możliwość dokonywania kontroli w mniejszej ilości wyjazdów jest nieistotne z punktu widzenia kosztów kalkulacji wynagrodzenia ofertowego. Miejsce ważenia znajduje się w drodze na rejon (instalacja Gać) i może być zaplanowane jako element każdej przejazdu. Gdyby wyodrębnić koszty dojazdu do miejsca ważenia, to leży to po stronie wykonawcy i obejmuje dodatkowo maksymalnie kilkanaście kilometrów przejazdu jednorazowo w zakresie przejazdu, który zakłada powrót po zrzuceniu odpadów na instalację (a nie z powrotem na rejon). Różnica kosztów między jednorazowym ważeniem w ciągu miesiąca kalendarzowego a ważeniem każdorazowo każdego pojazdu w ciągu miesiąca kalendarzowego nie przekroczy kosztów transportu na odległości sumarycznej 500 km. Spalanie paliwa w trybie pracy bez obciążenia (czyli dla dojazdu) nie wyniesie więcej niż 20 l/100 km. Oznacza to, że koszt paliwa dla wykonawcy nie przekroczy 700,00 zł miesięcznie. W kontekście całej wartości zamówienia jest to koszt pomijalny i nie zaburzający konkurencyjności między wykonawcami. Rzetelne wyliczenie tego kosztu jest jak najbardziej możliwe, bowiem częstotliwość ważenia nie uległa zmianie może na nadal odbywać się każdorazowo, a wymóg taki postawiony jest przed każdym z oferentów w sposób równy i tożsamy. Tym samym oferent chcąc skalkulować ofertę powinien przyjąć maksymalną liczbę możliwych ważeń, co pozwoli mu na uwymiarzenie tej pozycji ofertowej i kosztowej. Zamawiający musi mieć zapewniony mechanizm kontrolny co do jakości wykonywanej usługi i musi mieć prawo kontroli pojazdów poprzez ich ważenie. W ten sposób będzie mógł sprawdzać, czy i ile odpadów jest wożonych przez wykonawcę i czy są to odpady z rejonu gminy Oława.

Ad 2

Umożliwienie ważenia w Wąwolnicy ma na celu umożliwienie wykonawcom ważenia pojazdów nie tylko w instalacji Gać i wobec tego ma jak najbardziej prokonkurencyjny charakter. Warto podkreślić, że odwołujący posiada bazę w Oławie i ma najbliższą do miejsca ważenia potencjalnych wykonawców, do rejonu, jak i do instalacji w Gać, co faktycznie daje mu pewną przewagę. Dopuszczenie ważenia w innym miejscu, które możliwe że będzie się znajdować bliżej innych wykonawców może jedynie doprowadzić do wyrównania szans dla innych wykonawców, ale w żadnym razie nie będzie stanowić ich uprzywilejowania. Waga w Wąwolnicy należy do instalacji Gać (której Zamawiający jest udziałowcem), więc dostęp do wagi jest powszechny i transparentny. Nie ma więc potrzeby, by ograniczać ważenie tylko do instalacji Gać, gdyż interesy Zamawiającego są również w takim przypadku zabezpieczone. Zamawiający posiada zatem możliwość kontroli, a udzielona zgoda nie jest zbyt szeroka. Położenie Wąwolnicy nie powoduje żadnych utrudnień, ze względu na

fakt, że pod względem drogowym jest to dogodne położenie i nie ma żadnych utrudnień w zakresie dojazdu, który dostępny jest drogą publiczną.

Co do zarzutu naruszenia art. 9e ust. 1c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w brzmieniu obowiązującym), wskazać należy, że odpowiedź nr 13 dobitnie wyklucza możliwość takiego naruszenia, bowiem Zamawiający wskazał, że Zamawiający dopuszcza korzystanie ze stacji przeładunkowej pod warunkiem wykonywania usługi zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności przepisami ustawy o odpadach. Tym samym wskazany przepis ma być oczywiście honorowany, co powoduje, że korzystanie ze stacji przeładunkowej może odbywać się o tyle tylko, o ile honoruje ww. przepis ustawy.

Ad 3

Proponowana zmiana zapisu przez wykonawcę, poprzez dodanie słów „jeśli uszkodzenie będzie wynikać z winy Wykonawcy”, nie mogło i nie może być przyjęte z tego względu, że stanowiłoby ono zmianę rozkładu ciężaru dowodowego w stosunku do reguły kodeksowej. Wg kodeksu cywilnego, art. 471 k.c., wykonawca odpowiada za nienależyte wykonanie zobowiązania, chyba że nie wynika to z jego winy. Tym samym ustawowe domniemanie określone kodeksem cywilnym, który znajduje zastosowanie do umów zawieranych w trybie PZP, wskazuje, że dłużnik, aby zwolnić się z odpowiedzialności, musi wykazać brak swojej winy (wykazaniu dowodowemu podlega treść od słów „chyba że...”). Propozycja i zarzut odwołującego miała prowadzić do zmiany tej reguły i rozkładu ciężaru dowodu, a tym samym ustawowego domniemania, do czego Zamawiający nie znajduje podstaw.

Co do samej wymiany pojemników, to operacyjnie następuje 1:1. Generalnie każdą nieruchomości właściciel nieruchomości zobowiązany jest wyposażyć w 5 pojemników do segregacji (bio, szkło, papier, metale i tworzywa sztuczne oraz odpady zmieszane). Z treści OPZ wykonawca wie dokładnie, ile w gminie Oława znajduje się punktów odbioru odpadów. Gmina nie prowadzi inwentaryzacji ilości oraz wielkości pojemników przy nieruchomościach ze względu na to, że w deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi uwzględnia się ilość osób zamieszkałych, na podstawie których jest naliczona opłata, a nie ilość lub wielkość pojemników.

Ponadto, zarzuty odwołującego się, iż nie wie, jaki lub które konkretnie pojemniki ulegną uszkodzeniu ani ile ich będzie, jest zupełnie niestosowny, bowiem takiej samej wiedzy odwołujący nie ma w sytuacji, gdyby przyjąć technikę zapisu odwołującego. W przypadku zawinionego uszkodzenia pojemników wykonawca nadal nie ma w chwili składania oferty wiedzy, ile i jakie pojemniki uszkodzi, a wobec tego nie wie, ile i jakich pojemników musi uwzględnić przy kalkulacji oferty. Słusznie zatem Zamawiający wskazał, że jest to ryzyko wykonawcy, który musi wziąć pod uwagę możliwość wystąpienia takich okoliczności.

Ad 4

Co do zarzutu odnoszącego się do danych o strumieniu odpadów oparte są na dokumentach urzędowych zindywidualizowanych dla Zamawiającego, których wiarygodności nie podważono w żaden sposób i nie czyni tego również odwołujący (raporty z usługi, sprawozdania, pomiary na instalacji w Gać). Poza tym odwołujący prawdopodobnie myli gminy, a mianowicie gminę miejską Oława z gminą miejską Oława, bowiem na terenie gminy wiejskiej Oława znajdują się nadal obszary niezamieszkałe i ulegają one powiększeniu. Zamawiającym jest gmina wiejska Oława, a nie gmina Miasto Oława.

Odnoszenie się do danych innych gmin bądź ich uogólnianie jest niewłaściwe, gdyż stanowisko odwołującego się sprowadza się do przypuszczeń, a nie dowodzenia. Każda gmina ma inny, specyficzny tylko dla niej charakter, co skutkuje brakiem porównywalności publicznych systemów tworzonych przez te gminy. Sposób wytwarzania odpadów w danej gminie determinuje wiele okoliczności, choćby takich jak rodzaj zabudowy rozproszenia/zagęszczenie miejsc wytwarzania odpadów, proporcja wytwórców „domowych” do „przemysłowych”, fluktuacje osób zamieszkujących teren gminy, powiązania społeczno gospodarcze z terenami innych gmin/miast. Innymi słowy, strumień odpadów (jego charakterystyka) jest cechą indywidualną dla danej gminy, a Zamawiający z należytą starannością w oparciu o dane z poprzednich lat ustalił zakres przedmiotu zamówienia.

Ad 5

Kwestia kary umownej za opóźnienie, a nie zwłokę, była przedstawiona w tym zakresie również w poprzednim kształcie zapisu, wobec czego odwołanie w tym zakresie jest spóźnione. W tym zakresie odpowiedź z 07.03.2023r. niczego nie zmieniała, wobec czego odwołanie jest spóźnione. Odpowiedź precyzowała przypadki, za które kara umowna może być naliczona, ale względem tych zapisów odwołujący nie podnosi zarzutów. Tym samym odwołanie złożone dnia 09.03.2023r. względem testu umowy opublikowanego w tym skarżonym obecnie zakresie już w lutym 2023r., względem czego (tj. kary umownej za opóźnienie) odwołujący nie wnosił zastrzeżeń (bo wnosił tylko względem rodzaju uchybień sankcjonowanych karą umowną), jest odwołaniem spóźnionym.

Na pełnym marginesie Zamawiający wskazuje, że w przypadku akurat tej kary istnieje podstawa do naliczenia jej za opóźnienie, a nie tylko zwłokę, bowiem celem tej kary jest ochrona pracowników i zasad prawa pracy. Zamawiający w sposób szczególny chroni interesy pracowników, dbając o to, by wykonawca zatrudniał w oparciu o przepisy prawa pracy, a nie w oparciu o umowy zlecenia lub dzieło, w sytuacji, gdy wykonywanie

zamówienia prowadzi do uznania, że wykonawca musi zatrudniać w oparciu o umowę o pracę. Tym samym istnieje ważna racja społeczno – gospodarcza, by naruszenie tego obowiązku zawarować karą umowną za opóźnienie, bowiem w ten sposób stworzona zostaje dodatkowa gwarancja zapewnienia ochrony praw pracowników. W tym wypadku kara lub jej brak są zależne wyłącznie od woli współdziałania ze strony wykonawcy. Tylko od niego, a nie od osób trzecich,

zależy wykonanie obowiązków wskazanych w zapisie umownym. Tym samym wykonawca nie jest narażony na odpowiedzialność za karę umowną z tytułu uchybień osób trzecich, a wyłącznie z tytułu własnych uchybień. Ponadto, zapis umowy nie przyznaje Zamawiającemu innych nierównych uprawnień względem wykonawcy.

Z powyższych względów Gmina Oława wnosi, jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Rozpoznawana sprawa dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Oława do instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w Gać” - ZNAK SPRAWY – RG.271.2.2023.ZP.

Jak wynika z samego tytułu postępowania, zamówienie obejmuje odbiór i transport odpadów komunalnych od mieszkańców gminy i ich transport do stacji przetwarzania odpadów w miejscowości Gać.

Ogłoszenie o zamówieniu w niniejszej sprawie, zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 27.01.2023 r. pod numerem 2023/S 020-057209.

Izba badając czy w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania wniesionego w dniu 27 lutego 2023r. stypizowane w art. 628 ustawy Pzp i dokonując pod tym kątem oceny wniesionego odwołania nie stwierdziła na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników spełnienia przesłanek rzutujących na zasadność odrzucenia odwołania, ani stawający nie zgłosili takiego wniosku. Tak więc termin na wniesienie odwołania został dotrzymany. Bowiem zaskarżone wyjaśnienia zostały doręczone odwołującemu oraz opublikowane przez zamawiającego w dniu 16.02.2023 roku. W związku z powyższym, 10 -dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. - z uwzględnieniem, że ostatni dzień upływu terminu wypadł w niedzielę - został dochowany w związku z jego złożeniem w dniu 27.02.2023 r.

Co do wniosku zamawiającego braku należytej reprezentacji odwołującego - na posiedzeniu Pełnomocnik odwołującego - powołuje się na pełnomocnictwo załączone do odwołania, które

wpłynęło 27 lutego 2023 r. okazuje dowód osobisty w formie elektronicznej do wglądu nr DAF 840938. Z treści pełnomocnictwa wynika, że jest upoważniony do reprezentowania odwołującego przed KIO, załączono odpis z KRS z 27 lutego 2023 r. W związku z podniesionym zarzutem w odpowiedzi na odwołanie, że pełnomocnik nie przedstawił odpowiedniego umocowania zgodnie z art. 510 Pzp do reprezentowania. Przedkłada umowę zlecenia z 30 stycznia 2023 r. Odczytano par. 1 postanowienia wstępne umowy zlecenia, która upoważnia pełnomocnika do reprezentowania i prowadzenia sprawy, w tym przed KIO.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła braku należytej reprezentacji pełnomocnika odwołującego, co wynika z pełnomocnictwa oraz umowy zlecenia.

Co do interesu we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. środki ochrony prawnej przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą sklasyfikowaną w Polskiej Klasyfikacji Działalności jako (38) – tj. działalność związaną ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów; odzysk surowców. Poza tym odwołujący złożył w odwołaniu wyczerpującą argumentację wskazującą na posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia i grożącą jemu szkodę w przypadku braku możliwości złożenia oferty zwłaszcza oferty konkurencyjnej w stosunku do innych wykonawców, również zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem.

Izba odwołanie po merytorycznym rozpoznaniu z uwzględnieniem przeprowadzonego postępowania dowodowego na posiedzeniu/rozprawie uwzględniła w zakresie i zgodnie ze złożonymi zarzutami odwołania co do naruszenia przepisów obowiązujących w myśl ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec zawnioskowanego materiału dowodowego w odwołaniu i wskazanych okoliczności, na które materiał dowodowy powołano, Izba nie podziela stanowiska zamawiającego zgodnie z którym „przede wszystkim Zamawiający wskazuje, że odwołujący nie wykazał dowodowo żadnego z zarzutów, które podniósł w odwołaniu. To na odwołującym spoczywa ciężar dowodu”, a wręcz przeciwnie Izba uznaje, że wszystkie twierdzenia odwołania zostały udowodnione w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego, jak poniżej.

Na uwagę zasługuje okoliczność, że odwołanie wniesiono nie związku z ogłoszeniem o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i związanym z tym faktem dostępności postanowień specyfikacji warunków zamówień (swz), ale w związku z wniesionymi pytaniami o udzielenie wyjaśnień do swz w dniu 8 lutego 2023r. i udzielonej w

dnia 16 lutego 2023 roku odpowiedzi zamawiającego stanowiącej wyjaśnienia na zadane pytania przez odwołującego.

Reasumując odwołanie wniesiono wobec dokumentów zamówienia, ale na skutek wyjaśnień zamawiającego, doręczonych odwołującemu i opublikowanych przez zamawiającego w dniu 16.02.2023 r. na stronie prowadzonego postępowania, których to treść wyjaśnień ukształtowała aktualny opis przedmiotu i warunków zamówienia, w ocenie odwołującego w sposób niezgodny z ustawą Pzp.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym odwołujący sformułował zarzuty, których treść Izba zacytowała powyżej w uzasadnieniu wyroku, a których to argumentację formalną i prawną Izba podzieliła uwzględniając odwołanie w całości.

Uwzględnione przez Izbę zarzuty odwołujący sformułował następująco, jako:

1. naruszenie przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i niezapewniający porównywalności składanych ofert, a tym samym zachowania uczciwej konkurencji, czy wręcz ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców, a to przez ustanowienie w drodze udzielonych wyjaśnień, w Rozdziale 6 ust. 2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Część II SWZ – dalej OPZ), uprawnienia zamawiającego do ważenia pojazdów „na żądanie Zamawiającego” przed i po wyjeździe pojazdów odbierających odpady w rejon świadczenia usług, a tym samym uniemożliwiając wykonawcom dokonanie rzetelnej wyceny składanych ofert.
2. naruszenie przez zamawiającego art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przez ustanowienie w drodze udzielonych wyjaśnień, warunków utrudniających uczciwą konkurencję, prowadzących do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców, a to przez dopuszczenie dodatkowo możliwości ważenia pojazdów na terenie należącym do ZGO Gać sp. z o.o. pod adresem Wąwolnica 20 na stacji przeładunkowej, premiując tym samym w sposób niezgodny z ww. przepisami wykonawców, których pojazdy zlokalizowane są bliżej punktów ważenia.
3. naruszenie przez zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to przez zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ryzyka konieczności podstawienia dodatkowych pojemników w przypadku ich uszkodzenia w trakcie odbierania odpadów, bez wskazania minimalnych parametrów pojemników jakie powinny zostać wycenione przez wykonawców, a

zatem w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający rzetelną kalkulację cen.

4. naruszenie przez zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty, a to przez zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ilości odbieranych odpadów na podstawie budzących uzasadnione wątpliwości danych przedstawionych przez zamawiającego w SWZ i jej załącznikach, a także przeniesienie z naruszeniem ww. przepisów ryzyka nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty na wykonawców.

Co do zarzutu nr 1

Zamawiający pierwotnie zastrzegł prawo każdorazowego ważenia wszystkich pojazdów przed ich odbiorem na wadze, w zakładzie Gospodarowania Odpadami Komunalnymi w miejscowości Gać (instalacja komunalna), wskazując jednocześnie, że wykonawca będzie zobligowany do wykonania ważenia przed rozpoczęciem zbiórki (pusty pojazd). Następnie w odpowiedzi na pytanie nr 9 odwołującego, z dnia 08.02.2023 r., zmienił w dniu 16.02.2023 r. powyższy wymóg wskazując, iż ważenie pojazdów będzie się odbywało na żądanie zamawiającego, doprecyzowując jednocześnie, iż koszty dojazdu do miejsca ważenia pokrywa wykonawca.

Istotną zmianę warunków zamówienia stanowi określenie częstotliwości ważenia, z „każdorazowego” ważenia przed rozpoczęciem usługi odbioru odpadów, według pierwotnie ustalonych zasad na „na żądanie” co oznacza, gdy zostanie wyraźnie zażądane przez zamawiającego. Powyższe oznacza brak regularności i wykonywanie danej czynności tylko wtedy, gdy jest to wymagane na podstawie wyrażonej woli zamawiającego.

Stanowi to zmianę do warunku pierwotnego, uniemożliwiającą skalkulowanie dodatkowych kosztów dojazdu do miejsca ważenia, które to koszty stanowią, w aktualnej sytuacji gospodarczej istotny element kalkulacji ceny oferty, co zresztą odwołujący wykazał w złożonym odwołaniu („W ocenie Odwołującego różnica może stanowić łącznie nawet 800 do 1000 km miesięcznie, przyjmując jako podstawę obliczenia ww. kosztów, koszt dojazdu pojedynczego pojazdu, maksymalnie w ciągu 21 dni w miesiącu, na odcinku 15 km – przy czym odległość ta, w rzeczywistości będzie dla każdego z wykonawców inna. W obecnym stanie faktycznym, przy braku możliwości dookreślenia ilości dni przyjętych w kalkulacji, rzetelne wyliczenie tego kosztu, jest nie możliwe”).

Izba, mając na uwadze argumentację zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, to choć przyznaje on, że w wyniku odpowiedzi na pytania zamawiający zmienił zdanie co do częstotliwości ważenia pojazdów to jednak ta zmiana według zamawiającego ma minimalny

wpływ na wysokość ceny. Natomiast Izba mając na uwadze, że wobec dotychczasowej praktyki zlecenia zamówienia temu samemu wykonawcy i to z wolnej ręki, to w przypadku zmiany wykonawcy, może on się spotkać z maksymalnie posuniętym brakiem tolerancji, sprowadzającym się do każdorazowego wezwania do ważenia pojazdów. Powyższe może mieć wpływ na koszty ponoszenia realizacji zamówienia przez odwołującego, wobec niedookreślenia w swz częstotliwości, czy też warunków, podstaw wzywania do ważenia pojazdów, a który przed rozpoczęciem usługi i koniecznością skalkulowania ceny oferty na konkurencyjnym poziomie, ma prawo znać zasady wzywania do ważenia pojazdów.

W ocenie Izby, trudno z taką argumentacją odwołującego nie zgodzić się. Dlatego też zamawiający powinien doprecyzować zasady i częstotliwość ważenia pojazdów, określając miejsce ważenia pojazdów, przed rozpoczęciem zbierania odpadów komunalnych, co umożliwi sporządzenie rzetelnej, wiarygodnej i opłacalnej kalkulacji przez wykonawcę składającą ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Co do zarzutu nr 2

Zamawiający w odpowiedziach na pytania nr 12 i 13, jednoznacznie dopuścił jako alternatywę, możliwość ważenia pojazdów na terenie stacji przeładunkowej należącej do ZGO Gać sp. z o.o. pod adresem Wąwolnica 20, co w konsekwencji doprowadza również do uprzywilejowania wykonawców, których pojazdy znajdują się najbliższej punktów ważenia.

(„12. Czy Zamawiający dopuszcza ważenia pojazdów „na pusto” na terenie należącym do

ZGO Gać sp. z o.o. mieszczącym się pod adresem Wąwolnica 20?

Odpowiedź zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza taką możliwość. Pojazd po zważeniu musi jednak udać się bezpośrednio na rejon.

13. Czy Wykonawca może korzystać ze stacji przeładunkowej oraz dokonywać na niej ważenia pojazdów?

Odpowiedź zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza korzystanie ze stacji przeładunkowej pod warunkiem wykonywania usługi zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności przepisami ustawy o odpadach.”)

Nie ulega wątpliwości, iż zwłaszcza obecnie, koszty dojazdu do miejsca ważenia przez pojazdy odbierające odpady mają niebagatelny wpływ na kalkulację cen ofert składanych przez wykonawców w przetargu.

Odwołujący wskazuje, iż stacja przeładunkowa w Wąwolnicy znajduje się poza obszarem administracyjnym zamawiającego (miejscowość Wąwolnica to obszar Gminy Strzelin), zatem zezwolenie na dokonywanie ważenia również w tej lokalizacji, wydaje się być również nieracjonalna z punktu widzenia samego przedmiotu zamówienia, ponieważ powoduje wywóz odpadów poza teren Gminy Oława, której dotyczy odbiór odpadów.

Odwołujący wskazuje również, iż ustawodawca dopuszcza pośrednictwo stacji przeładunkowej, przy przekazywaniu do instalacji (tu ZGO Gać), wyłącznie odpadów zmieszanych (art. 9e ust. 1c Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w brzmieniu obowiązującym), zatem analogiczne postępowanie w przypadku odpadów segregowanych, stanowiłoby oczywiście naruszenie ww. przepisu.

Odwołujący podkreśla zbyt szeroki charakter zgody zamawiającego, albowiem dopuszczenie do ważenia stacji przeładunkowych bez żadnego ograniczenia, powoduje możliwość dokonywania ważenia odpadów w lokalizacjach, nad którymi zamawiający nie posiada żadnej kontroli, co może prowadzić do potencjalnych nadużyć i nieprawidłowości.

Podkreślić należy, iż tego typu praktyki stanowią oczywiście złamanie zasad uczciwej konkurencji, którym odwołujący sprzeciwia się z całą mocą.

W konsekwencji, koszty dojazdu do miejsc ważenia będą miały istotny, a być może i ostatecznie decydujący wpływ na wybór wykonawcy przez zamawiającego. Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie stwierdza, że jest rzekomo współnikiem instalacji w Gać, czym sugeruje możliwość kontroli nad instalacją. Natomiast odwołującemu nie chodzi tyle co o możliwość wpływu zamawiającego na funkcjonowanie instalacji jako współnika, ale o rzetelność i porównywalność złożonych ofert. Natomiast w ocenie Izby ustalenie jednego punktu ważenia pojazdów dla wszystkich wykonawców umożliwi wykonawcy ustalenie ceny nie tylko z uwzględnieniem jego kosztów, ale również kosztów potencjalnych konkurentów, a przez to możliwość konkurencji z innymi oraz porównania ofert pod kątem ich rzetelności i wiarygodności.

W związku z powyższą argumentacją odwołania, która w ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie, zamawiający powinien wziąć pod uwagę żądania co do ustalenia jednoznacznie określonego punktu ważenia pojazdów, nad którym to punktem również zamawiający ma kontrolę gwarantującą rzetelność pomiaru ważenia pojazdów przez wszystkich potencjalnych wykonawców.

Co do zarzutu nr 3

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 7, podtrzymał sformułowane swz o zobowiązaniu wykonawców do wymiany pojemnika uszkodzonego podczas odbioru odpadów na inny,

ograniczając się wyłącznie do zdawkowego określenia „o tym samym litrażu”. Abstrahując od bezrefleksyjnego scedowania na wykonawców odpowiedzialności za ewentualne szkody, bez uwzględnienia stopnia przyczynienia się wykonawców do ich powstania, Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach nie sprecyzował konkretnych parametrów, które będą miały oczywisty wpływ na kalkulację kosztu nabycia i podstawienia takiego pojemnika.

(„7. Zgodnie z OPZ (pkt. 14, str. 6) „jeśli podczas odbioru odpadów dojdzie do uszkodzenia pojemnika, będącego własnością właściciela nieruchomości, Wykonawca wymieni uszkodzony pojemnik na inny o tym samym litrażu.” Prosimy o wykreślenie lub modyfikację poprzez dopisanie „jeśli uszkodzenie będzie wynikać z winy Wykonawcy.” Wykonawca nie może bowiem ponosić kosztów wymiany pojemników np. już mocno wyeksploatowanych lub gdy uszkodzenie będzie wynikać z nieprzystosowanej do odbioru śmieciarką konstrukcji pojemnika czy też złej jakości materiałów użytych do produkcji pojemnika.

Odpowiedź zamawiającego:

Zamawiający podtrzymuje dotychczasową treść OPZ. Wykonawca winien w swojej ofercie skalkulować ryzyko podstawienia dodatkowych pojemników.”).

Nie ulega bowiem wątpliwości, iż koszt nabycia przez wykonawcę „zastępczego” pojemnika na odpady, poza jego pojemnością (litrażem), będzie uzależniony również od innych czynników, takich jak:

- Materiał i jakość pojemnika - Pojemniki na odpady są dostępne w różnych materiałach i jakościach, od tańszych pojemników wykonanych z tworzywa sztucznego po droższe pojemniki z metalu. Koszt pojemnika jest w dużej mierze uzależniony od jakości użytego materiału i od wytrzymałości pojemnika na warunki atmosferyczne, uszkodzenia mechaniczne czy korozję.
- Rodzaj odpadów - Cena pojemnika może być uzależniona od rodzaju odpadów, które będą w nim przechowywane. Na przykład, pojemnik na odpady medyczne będzie kosztował więcej niż pojemnik na odpady komunalne (przykład skrajny, ale obrazujący istotę problemu).
- Producent i dystrybutor - Koszt pojemnika może być również uzależniony od producenta lub dystrybutora, od którego zostanie zakupiony. Ceny mogą się różnić w zależności od marki i jakości oferowanego produktu.
- Dostawa i montaż - Koszt pojemnika może być również kształtowany przez koszt jego dostawy. Jeśli pojemnik będzie musiał być dostarczony z daleka, to koszt transportu może znacznie wpłynąć na końcową cenę produktu.
- Certyfikacja i standardy jakości - W niektórych przypadkach, od pojemników na odpady może być wymagana określona certyfikacja i spełnienie standardów jakości, które również mogą wpłynąć na ich koszt.

Podsumowując, koszt podstawienia pojemnika na odpady zależy od wielu czynników, a brak ich sprecyzowania przez zamawiającego, stanowi istotną przeszkodę dla rzetelnego skalkulowania ceny oferty, a nadto może w przyszłości stać się powodem powstania sporu pomiędzy stronami, a także właścicielem nieruchomości, na której doszło do uszkodzenia pojemnika.

Nie może zatem zamawiający wprowadzać do treści SWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia postanowienia sankcjonującego wykonawcę za braki lub niedokładności popełnione przez samego zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia

Co więcej - Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego co do braku określenia nie tylko okoliczności, w których wykonawca ma obowiązek wymienić pojemnik uszkodzony na nowy na jego koszt, ale również uzasadnione jest żądanie doprecyzowania, na jaki pojemnik należy wymienić pojemnik uszkodzony, czy na ten sam co do rodzaju, gatunku, producenta, czy odpowiadający istniejącym w tym zakresie normom, w zależności od rodzaju odpadów dla których wymieniany jest pojemnik. W ocenie Izby wykonawca nie tylko ma prawo domagać się rozstrzygnięcia zgłoszonych wątpliwości przez zamawiającego, ale również gwarancji dla wykonawcy zaangażowania służb zamawiającego w przypadku zaistnienia opisanych sytuacji, a zwłaszcza sygnalizowanych na rozprawie możliwych konfliktów z mieszkańcami, wynikłych na tle opisanych sytuacji. Zamawiający nie powinien unikać rozmów z potencjalnymi wykonawcami, poszukując wspólnie ustalenia warunków realizacji zamówienia w sposób zabezpieczający nie tylko interesy mieszkańców, ale również poszanowanie przepisów ogólnie obowiązujących jak i regulujących stosunki cywilne jak i prawne. Natomiast odpowiedź zamawiającego na odwołanie nie koresponduje z zarzutami odwołania, dotyczącymi zagadnienia obowiązku wymiany uszkodzonych pojemników. Z

treści zarzutu wynika, że odwołujący uzależnia odpowiedzialność od sytuacji zawinienia po jego stronie, a nie na zasadzie ryzyka, co potwierdza też stanowisko zamawiającego, które nacisk jednak kładzie na obowiązek ciężaru dowodowego po stronie wykonawcy, pomijając zgłoszone zagadnienia merytoryczne. Zasadniczy problem jaki podnosi w zarzucie odwołujący to nie tylko kwestia ciężaru dowodowego i ustalenia kto przyczynił się do uszkodzenia pojemnika, tylko jaką zachować procedurę postępowania z mieszkańcem, a przede wszystkim na jaki pojemnik wymienić pojemnik uszkodzony to jest czy na tożsamy, czy na odpowiadający normom. Te wszystkie zagadnienia zamawiający powinien czuć się zobowiązany nie tylko do wyjaśnienia, ale też do współpracy w przypadku wystąpienia zdarzenia konieczności wymiany pojemnika wskutek jego uszkodzenia, to jest do określenia procedury postępowania, a czego słusznie oczekuje odwołujący.

Co do zarzutu nr 4

Odwołujący w pytaniu nr 3 zakwestionował ilości odpadów jakie zamawiający oszacował do odebrania w czasie trwania umowy i jakie następnie wskazał w formularzu oferty.

(„3. Prosimy o weryfikację ilości odpadów jakie Zamawiający szacuje w czasie trwania umowy oraz jaka jest ujęta w formularzu oferty. Analizując przedstawioną w SWZ ilość odpadów odebranych od ok. 15 000 mieszkańców Gminy widać wyraźnie, że jest ona

nieprawdopodobnie duża - wynika z niej, że 1 mieszkaniec gminy Oława wytwarza ok. 620 kg rocznie, podczas gdy na terenie Polski ilość na mieszkańca wynosi około 358 kg rocznie. Dodatkowo szacunkowa ilość odpadów bio (6 593,94 ton w ciągu 18 miesięcy) stanowi prawie 50% wszystkich szacowanych odpadów (13 752,38 ton w ciągu 18 miesięcy), podczas gdy faktycznie na terenie innych gmin kształtuje się to na poziomie ok. 25%. Ponadto odpadów bio jest o 1,5 razy więcej niż odpadów zmieszanych/pozostałości z sortowania - sytuacja taka nie jest spotykana na terenie Polski, gdzie zdecydowaną większość odpadów stanowią odpady zmieszane/pozostałości z sortowania, a nie odpady bio. Porównując ilości odpadów z formularzy ofertowych z ostatniego przetargu z 08.2021 r. (termin składania ofert 08.10.2021 r., w którym szacowana ilość odpadów już była duża jak na gminę zamieszkiwaną przez ok. 15 000 osób) oraz przetargu obecnego na ten sam okres, tj. 18 miesięcy, można zauważyć:

- a) bardzo duży wzrost ilości odpadów w obecnym przetargu - o ok. 113 ton miesięcznie
- b) bardzo dużą ilość odpadów bio w obecnym przetargu - ok. 366 ton miesięcznie
- c) bardzo duży wzrost ilości odpadów bio, dla których w obecnym przetargu w stosunku

do poprzedniego oszacowano więcej o ok. 131 ton w ciągu miesiąca (czyli przy średniej

wadze śmieciarki z tymi odpadami ważącej ok. 6,5 tony, jest to około 56 śmieciarek miesięcznie - wzrost z ok. 36 śmieciarek miesięcznie):

Rodzaj odpadów Szacowana ilość odpadów w okresie wykonywania zamówienia

(ilość ton na 18 miesięcy) Różnica ilości pomiędzy przetargami na ten sam okres (18 miesięcy) Przetarg z 08.2021 Przetarg obecny z 01.2023

Odpady komunalne zmieszane, pozostałości z selektywnego zbierania odpadów (20 03 99, 20 03 01) 4 164,00 4 236,12 + 72,12

odpady ulegające biodegradacji, w tym bioodpady (15 01 03, 20 01 38, 20 01 08, 20 02 01) 4 241,12 6 593,94 + 2 352,82 (czyli więcej o 130,71 ton na miesiąc)

sztło, w tym odpady opakowaniowe ze szkła

(15 01 07, 20 01 02) 929,46 627,64 - 301,82 papier, w tym tektura, odpady opakowaniowe z papieru i tektury (15 01 01, 20 01 01)

517,98 180,80 - 337,18 zmieszane odpady opakowaniowe w tym:

tworzywa sztuczne, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych, metal, w tym odpady opakowaniowe z metali, odpady opakowaniowe wielomateriałowe

(15 01 06, 15 01 04, 15 01 02, 20 01 39) 1 864,22 2 113,88 + 249,66

Łącznie 11 716,78 13 752,38 + 2 035,60

Powyższe wskazuje na zawyżoną ilość odpadów w formularzu oferty, co będzie skutkowało nieprawidłową kalkulacją kosztów ich odbioru - inaczej bowiem kształtuje się koszt transportu większej ilości odpadów, a inaczej mniejszej ilości tym samym kursem (przy mniejszej ilości koszt transportu dla 1 tony jest wyższy).

Prosimy o zwrócenie uwagi na fakt, iż dysproporcje pomiędzy szacowanymi przez Państwa ilościami odpadów, a danymi powszechnie dostępnymi są niezwykle duże. Przy tak zawyżonych ilościach każdy wykonawca może kalkulować ofertę inaczej, a zatem oferty mogą być całkowicie nieporównywalne. Takie dysproporcje są niespotykane w skali kraju i nie powinny być przez Państwa ignorowane, bowiem prowadzi to w prosty sposób do zaburzenia zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym wnosimy o weryfikację ilości odpadów i zmianę ilości szacowanych odpadów w formularzu oferty lub o wprowadzenie do umowy następującej klauzuli:

„Jeżeli średnia miesięczna ilość odpadów zmieszanych/pozostałości z sortowania, odpadów ulegających biodegradacji lub zmieszanych odpadów opakowaniowych, obieranych w

okresie kwartalnym będzie mniejsza o 20% od założeń przyjętych przez Zamawiającego podanych w SWZ, Zamawiający będzie zobowiązany do podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy co najmniej o 10% w stosunku do wynagrodzenia ofertowego. W przypadku zmniejszenia ilości o kolejne 10%, Zamawiający zapłaci wykonawcy dodatkowe 5% wartości wynagrodzenia.”

Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający nie będzie korygował szacowanej wielkości strumienia odpadów komunalnych do odebrania w ramach przedmiotowego zamówienia. Wskazane ilości wynikają z najbardziej aktualnych danych z rzeczywistego odbioru odpadów komunalnych. Jeżeli wykonawca uważa, że w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia ilość odbieranych odpadów będzie inna, to może uwzględnić to ryzyko w swojej kalkulacji ceny ofertowej.

Analizując przedstawioną w swz ilość odpadów odebranych od ok. 15 000 mieszkańców Gminy Oława, odwołujący na podstawie swojej wiedzy i doświadczenia oraz dostępnych źródeł informacji skonstatował, że jest ona nieprawdopodobnie duża – wynika bowiem z niej, że 1 mieszkaniec gminy Oława wytwarza ok. 620 kg rocznie, podczas gdy na terenie Polski ilość na mieszkańca wynosi około 358 kg rocznie, a zatem o połowę mniej.

W odpowiedzi, zamawiający niezależnie od przedstawionych przez odwołującego danych, a wręcz całkowicie ignorując przedstawione fakty i dane, zalecił wykonawcom wyłącznie dokonanie wyceny ofert poprzez skalkulowanie ryzyka odbioru odpadów w mniejszej ilości, nie precyzując jak wielkie może to być ryzyko i do czego należy je odnosić.

Skalę sygnalizowanego problemu obrazują tabele danych oraz wykresy, na które powoływał się odwołujący w złożonym odwołaniu jak i przywołanych w nim dowodów z dokumentów.

W Gminie Oława, gdzie od maja 2018 r. odbiór odpadów realizuje PHU Komunalnik Sp. z o.o. – przy czym począwszy od stycznia 2021 r., odbywa się to nieprzerwanie w oparciu o kolejno udzielane zamówienia z wolnej ręki, w wyniku których zawarto kolejne umowy:

1) nr GKUC.703.1.2021.U z 4.01.2021r.2) nr GKUC.703.2.2021.U z 1.03.2021r.3)nr GKUC.703.3.2021.U z 01.04.2021 4) nr GKUC.703.4.2021.U z 4.05.2021r. 5)nr GKUC.703.7.2021.U z 14.10.2021r. 6)nr GKUC.703.8.2021.U z 16.11.2021r. 7)nr GKUC.703.1.2022.U z 29.12.2021r. 8) nr GKUC.703.2.2022.U z 28.01.2022r. ilość odpadów od 2018 r. do 2022 r. wzrosła ponad dwukrotnie - ze średniej 350 Mg/mc w 2018 r. do 760 Mg/mc w 2022 r. (TAB. 1)

Ponadto jak zaznaczył odwołujący w gminie Oława od 03.2020 r. nie ma już obszarów niezamieszkałych, więc ilość odpadów powinna się zmniejszyć.

W porównywanych w odwołaniu przez odwołującego danych, są nie tylko odpady takie jak w gminie Oława, ale są też odpady z nieruchomości niezamieszkałych jak również (w przypadku Warszawy i Wrocławia) z PSZOK, zbiórek objazdowych czy dzikich wysypisk - a i tak gmina Oława ma zdecydowanie większą ilość niż pozostali zamawiający.

W Gminie Oława od 2019 r. nastąpił wzrost ilości odpadów na niespotykanym w Polsce poziomie, a co przedstawiono w TAB. 20 – odwołanie.

W Gminie Oława ilość odpadów na mieszkańca (TAB. 3) jest większa niż gdziekolwiek, np.:

- od 2020 roku jest większa niż na terenach wiejskich (o 50% w 2019 r., 86% w 2020 r.

i ponad 100% więcej w 2021 r.)

- większa niż w Polsce (o 13% w 2019 r., 47% w 2020 r. i 61% więcej w 2021 r.)
- większa niż w województwie Dolnośląskim, które jest województwem z największą

ilością odpadów komunalnych w Polsce (o 26% w 2020 r. i o 33% w 2021 r.)

- większa nawet niż w mieście Warszawa (o 5% w 2020 r. i 16% w 2021 r.)

Większa ilość odpadów z Gminy Oława w stosunku do innych terenów:

W POLSCE	86%	113%	147%	161%
NA TERENACH WIEJSKICH	117%	149%	186%	201%
WARSZAWA	61%	81%	105%	116%
WOJ. DOLNOŚLĄSKIE	bd	92%	126%	133%

Ponadto w Gminie Oława ilość odpadów bio (TAB. 4 i 5 - odwołanie) jest dużo większa niż w innych gminach, w których odpady bio stanowią 20% - 29% strumienia odpadów; w gminie Oława odpady bio sięgają w 2022 r. 47% całego strumienia.

Od 2020 r. ilość odpadów bio na 1 mieszkańca w gminie Oława jest o 35%-90% większa niż w tych gminach z dużą ilością bio, w 2021 roku było to ok. 80% więcej na mieszkańca w gminie Oława, a w 2022 r. ponad 100% więcej niż w innych gminach.

Jednocześnie celem wykazania rzetelnego zbadania problemu, odwołujący wskazuje w odwołaniu zestawienie źródeł, skąd odwołujący pozyskał ww. dane, które w jego ocenie zasługują na wzięcie ich pod rozważę i uwzględnienie.

Są to odpowiednio:

Gm. Oława źródło: SWZ z obecnego i poprzednich przetargów oraz informacje od gminy udostępnione w trybie informacji publicznej

Terytorium Polski źródło: analizy statystyczne GUS - Gospodarka mieszkaniowa i infrastruktura komunalna (za lata 2018-2021)

Tereny wiejskie źródło: analizy statystyczne GUS - Gospodarka mieszkaniowa i infrastruktura komunalna (za lata 2018-2021)

Miasta źródło: analizy statystyczne GUS - Gospodarka mieszkaniowa i infrastruktura komunalna (za lata 2018-2021)

Porównawczo - WARSZAWA źródło: analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi dla miasta Warszawa

Porównawczo - WROCŁAW źródło: analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi dla miasta Wrocław

Teren pozostałych Gmin źródło: sprawozdania podmiotów odbierających odpady komunalne (na podst. Art. 9n UCPG)

Lawinowy wzrost ilości odpadów nastąpił właśnie w tym okresie, przy czym warto podkreślić także, iż dotyczy on szczególnie frakcji, które są bardzo wysoko opłacane przez zamawiającego, który jak się wydaje niemal oddał kontrolę nad system odbioru odpadów temu właśnie wykonawcy. Odwołujący usiłuje ustalić, kto korzysta ze stacji przeładunkowej w Wąwolnicy, której dotyczy pytanie i podkreśla także, że dla zachowania równowagi i uczciwej konkurencji - jeśli podmiotem tym jest spółka Komunalnik Sp. z o.o., każdy z Wykonawców winien mieć zgodę na dokonywanie ważenia pojazdów przy wykorzystaniu swoich wag.

Reasumując, jak Odwołujący wykazał w niniejszym odwołaniu, – zwłaszcza w wykreowanym opisie przedmiotu i warunków zamówienia, znajduje się szereg niejednoznaczności i mało precyzyjnych zapisów, które mogą prowadzić do nieuczciwej konkurencji i naruszania zasad udzielania zamówień publicznych.

Podsumowując tak długi i jednoznaczny co do wniosków wywód odwołania, na temat zawyżonych ilości odpadów do wyceny, Izba w pełni podziela argumentację odwołującego, a w szczególności obawy tego wykonawcy co do możliwości realnej wyceny zamówienia, w sytuacji tak znacznych różnic między ilościami odpadów na terenie Polski w tym aglomeracji wielko miejskich i braku uzasadnienia co do ilości wskazanych przez zamawiającego w formularzu ofertowym. Izba uwzględniając argumentację zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie uznaje ją za całkowicie niemierną, wobec dowodów (porównania statystyczne z lat -2019, 2020, 2021 w zakresie ochrony środowiska Głównego Urzędu Statystycznego),

jakie przedstawił w odwołaniu odwołujący. Natomiast zamawiający prowadzi rozważania hipotetyczne i teoretyczne w zakresie różnic gminy miejskiej i wiejskiej Oławy oraz możliwość specyfiki gminy, co może przekładać się na ponadnormatywne powstanie odpadów, bez wskazania na czym ta specyfika gminy polega i z czego wynika. Natomiast posługując się zdrowym rozsądkiem, Izba nie znajduje podstaw do tak wysokiego o około 100% usprawiedliwienia wzrostu ilości odpadów komunalnych w Gminie wiejskiej Oława w stosunku do ilości krajowych. Natomiast Izba zdaje sobie sprawę, że rzeczywistość z pewnością jest odmienna niż to wynika z danych przygotowanych przez zamawiającego, co ma niebagatelny wpływ na wycenę i późniejsze koszty realizacji zamówienia.

Co do zarzutu nr 5

W dniu 9 marca 2023r. odwołujący rozszerzył argumentację odwołania o zarzut podstawy naliczania kar umownych z tytułu opóźnienia przez ukształtowanie w nowym brzmieniu § 8 ust. 3 lit. e) - CZĘŚĆ III SWZ - WZÓR (PROJEKT) UMOWY, odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia - co pozostaje w sprzeczności z unormowaniem wynikającym z przywołanego przepisu.

i tak:

rozszerzono zakres zarzutów odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. - a to, wobec dokumentów zamówienia, tj. Wyjaśnień zamawiającego, doręczonych odwołującemu i opublikowanych przez zamawiającego w dniu 07.03.2023 r. na stronie prowadzonego postępowania, których treść ukształtowała aktualny opis przedmiotu i warunków zamówienia w sposób niezgodny z ustawą Pzp. Wskazanym wyżej wyjaśnieniom zarzucono:

1. naruszenie przez Zamawiającego art. 433 pkt. 1) ustawy Pzp przez ukształtowanie w nowym brzmieniu § 8 ust. 3 lit. e) - CZĘŚĆ III SWZ - WZÓR (PROJEKT) UMOWY, odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia - co pozostaje w sprzeczności z unormowaniem wynikającym z przywołanego przepisu.

Wskazując na powyższe, wniesiono o:

1. uwzględnienie zarzutów odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. w brzmieniu obejmującym również zarzut sformułowany w niniejszym piśmie.
2. nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz dokumentów zamówienia, w

sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z wskazanymi w odwołaniu przepisami art. 16, 99 oraz 433 pkt. 1) Pzp,

W pozostałym zakresie treść odwołania wniesionego w dniu 27.02.2023 r. pozostaje w brzmieniu niezmiennym.

Zasada konkurencji wymusza racjonalność i efektywność wydawania środków publicznych

Termin na wniesienie rozszerzenia odwołania

Zaskarżone wyjaśnienia zostały doręczone odwołującemu oraz opublikowane przez zamawiającego w dniu 07.03.2023 r. W związku z powyższym, 10 - dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp. zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 17.03.2023 r.

Pozostałe kwestie formalne

1. Niniejsze pismo zostało doręczone zamawiającemu oraz uczestnikom w dniu 09.03.2023 r. Dowód doręczenia stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Uzasadnienie do rozszerzonego zarzutu

W treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 07.03.2023 r. w pkt. 1 — Zamawiający zmienił treść zapisu § 8 ust. 3 lit. e/ wzoru umowy, który z dniem 07.03.2023 r. przyjął brzmienie: „e) Za niewywiązanie się z obowiązku Zamawiającego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, lub za nieprzedłożenie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopii umów zawartych przez Wykonawcę lub Podwykonawcę z pracownikami, lub dokumentów o których mowa w § 2 ust. 2 umowy, w wysokości 100 zł za każdy dzień opóźnienia”.

Przepis art. 433 pkt. 1) ustawy Pzp — jako pierwsza z niedozwolonych klauzul umownych, odnosi się do zakazu ustanawiania odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, za wyjątkiem przypadków, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia). Regulacja powyższa nawiązuje do tradycyjnego w cywilistyce wyróżnienia zwłoki i opóźnienia.

Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zwłoka jest zatem kwalifikowaną postacią nieterminowego wykonania zobowiązania w tym znaczeniu, że jest

następstwem zdarzeń, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Sama z kolei odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie zobowiązania jest powiązana z winą dłużnika.

Na gruncie Kodeksu cywilnego możliwa jest modyfikacja ustawowej zasady odpowiedzialności opartej na winie, ponieważ art. 473 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jednak powyższa modyfikacja zasady odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy) za niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania, jest co do zasady niedopuszczalna w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a zamawiającemu nie wolno kształtować umowy w taki sposób, że wykonawca będzie odpowiedzialny za zwykłe opóźnienie, niezawinione przez siebie. Zakaz ten dotyczy wszelkich postanowień umownych, wiążących jakąkolwiek postać odpowiedzialności wykonawcy z opóźnieniem.

Zasada konkurencji wymusza racjonalność i efektywność wydawania środków publicznych

Art. 433 pkt 1 Pzp zakazuje zatem również ustanawiania kar umownych za opóźnienie, czy też umownych regul odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy przyznających zamawiającemu roszczenie odszkodowawcze w związku z opóźnieniem.

Co więcej, przepis ten powinien być postrzegany również jako przeszkoda w formułowaniu takich postanowień umownych, w których zwykłe opóźnienie wykonawcy (a nie zwłoka) stanowi podstawę do skorzystania przez zamawiającego z uprawnień prawokształtujących, takich jak np. uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w związku z opóźnieniem wykonawcy, czy też uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia lub zwiększenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy.

W tym stanie rzeczy z uwagi na oczywistość naruszenia przepisów ustawy Pzp Izba podziela stanowisko odwołującego i uwzględnia zarzut w zakresie naruszenia :

przez zamawiającego art. 433 pkt. 1) ustawy Pzp przez ukształtowanie w nowym brzmieniu § 8 ust. 3 lit. e) - CZĘŚĆ III SWZ – WZÓR (PROJEKT) UMOWY, odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na uzasadnione okolicznościami lub zakres zamówienia – co pozostaje w sprzeczności z unormowaniem wynikającym z przywołanego przepisu.

Izba odnosząc się do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, w zakresie rozszerzonego zarzutu, nie podziela stanowiska zamawiającego, które w ocenie Izby nie koresponduje z

argumentacją zarzutu odwołania. Przed wszystkim w związku ze zmianą zaskarżonego postanowienia umownego zamawiający w tej czynności (07.03.23r.) nie wskazał podstaw do takiej regulacji to jest nie wskazał ani okoliczności ani zakresu zamówienia, które usprawiedliwiają regulację ponad art. 433 pkt 1 ustawy Pzp (opóźnienie a zwłoka). Izba również nie podziela poglądu zamawiającego, że zarzut jest spóźniony, ponieważ zarzut dotyczy i odnosi się krytycznie do czynności zamawiającego nie z m-c a lutego 23r. tylko z dnia 7 marca 2023 roku.

Odwołanie w podniesionych powyżej zarzutach zasługuje na uwzględnienie i Izba podziela argumentację odwołującego co do obowiązku poszanowania w prowadzonych postępowaniach przez zamawiającego zasad art. 16 ustawy Pzp co do równego traktowania i przestrzegania zasad uczciwej konkurencji jak i art. 99 ustawy Pzp co do jednoznacznego, niedyskryminacyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, które w tym postępowaniu zostały pominięte przez zamawiającego. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 roku -Prawo zamówień publicznych zasady, nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych.

W przypadku oceny stanu faktycznego opisanego w niniejszym odwołaniu, jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczność wykazania wystąpienia tego naruszenia.

W związku z powyższym na mocy art.554 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 555 ustawy Pzp., Izba uwzględniła odwołanie orzekając jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2)

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: