

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.
ul. Odległa 8
33-100 Tarnów
tel. (48) 14 626 35 40
fax (48) 14 627 59 73
karpatia@fbserwis.pl

fbserwis

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.

Warszawa, dnia 02 sierpnia 2019 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

**Gmina Miasto Rzeszów –
– Urząd Miasta Rzeszów**
Rynek 1, 35-064 Rzeszów
tel.: (17) 875 46 36
email: przetargi@rzeszow.pl

Odwołujący:

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.
ul. Odległa 8, 33-100
33-100 Tarnów

reprezentowany przez:

r.pr. Mateusza Szymczaka

adres do doręczeń:

Mateusz Szymczak
FBSerwis S.A.
ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,
tel. 571 296 925, faks: (22) 623 60 34
email: mateusz.szymczak@fbserwis.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Rzeszów*” (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Gminę Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lipca 2019 r. nr 2019/S 140-345109

ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis Karpatia sp. z o.o.** z siedzibą w Tarnowie (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, którego uwierzytelniony odpis przekazuję w załączeniu, na podstawie **art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 179 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.; dalej: „**ustawa PZP**”), wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.
Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XII Wydział Krajowego Rejestru Sądowego
KRS 000047175, NIP 873-10-14-995, REGON 850384270
Kapitał zakładowy 13 000 000,00 PLN, wpłacony w całości

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145) w zw. art. 15 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, 38 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję, a jednocześnie w sposób mający na celu obejście ustawy i sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, a nadto kreujący zobowiązanie niemożliwe do wykonania (świadczenie niemożliwe), tj. przez wskazanie w pkt 4.7. ppkt 6) Załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SOPZ”), że Wykonawca jest zobowiązany do zdobycia wszelkich informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania oferty oraz sprawdzenia i zweryfikowania materiałów przetargowych oraz do niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o ewentualnych błędach lub przeoczeniach, przy zastrzeżeniu, że Zamawiający nie będzie uwzględniał żadnych roszczeń i uwag z tytułu błędów lub ewentualnych nieścisłości SIWZ po upływie terminu na wniesienie odwołania; przy czym taki zapis:

a. jako mający na celu przeniesienie odpowiedzialności za przygotowanie rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia na wykonawcę oraz obciążenie wykonawcy skutkami ewentualnych własnych błędów bądź nieścisłości Zamawiającego:

i. jest sprzeczny z prawem, tj. z:

1. art. 7 ust. 1 oraz 15 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którymi to Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym opracowuje opis przedmiotu zamówienia,
2. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP, który wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a nadto nie naruszający uczciwej konkurencji,
3. art. 38 ust. 1 ustawy PZP – poprzez realne ograniczenie prawa wykonawców do uzyskania wyjaśnienia i poprawy niejasności bądź omyłek w treści SIWZ w terminie przewidzianym na zadawanie pytań, podczas gdy w takim przypadku ustawa PZP przewiduje po stronie Zamawiającego obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców;

lub ewentualnie ma na celu obejście przywołanych powyżej przepisów prawa,

ii. nadto jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, bowiem:

1. powoduje, że za błędy i nieścisłości dokumentu sporządzonego przez Zamawiającego, który jako „gospodarz postępowania” posiada najpełniejszą wiedzę na temat stanu faktycznego i innych okoliczności odnoszących się do przedmiotu udzielanego zamówienia, miałby odpowiadać wykonawca, który jest dopiero zainteresowany rozpoczęciem świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego i siłą rzeczy równie gruntownej wiedzy na temat warunków realizacji zamówienia, nie posiada i posiadać nie może,

2. *de facto* nakazuje Wykonawcy sprawdzenie zgodności dokumentacji postępowania (w tym SOPZ i wszystkich załączników do SIWZ) w ciągu 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co jest niewykonalne (wymagałoby zapoznania się ze wszystkimi nieruchomościami na terenie miasta Rzeszowa oraz z dokumentami, do których wykonawca nie ma zapewnionego niezwłocznego dostępu (w szczególności z deklaracjami mieszkańców itp.);
2. **art. 6 f. ust. 3 i 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach** (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454, ze zm.; dalej: „UCPG”) w brzmieniu nadanym **art. 1 pkt 10 lit. b) ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw** (dalej: „Ustawa Nowelizująca”) poprzez wskazanie w § 6 Załącznika nr 2 do SIWZ - Projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej: „Projekt Umowy”), że z tytułu realizacji usługi odbioru i zagospodarowania wykonawca będzie uprawniony do otrzymania wynagrodzenia ryczałtowego, którego wysokość będzie niezależna od ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych, podczas gdy zgodnie z powołanymi przepisami w umowie w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów stanowi stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych, zaś podstawę ustalenia wynagrodzenia za zagospodarowywanie odpadów komunalnych stanowi stawka za 1 Mg zagospodarowanych odpadów komunalnych,

przy czym ww. przepisy będą obowiązywały w dacie zawierania umowy w sprawie zamówienia udzielanego w Postępowaniu, a brak jest przepisów przejściowych, które do umów zawieranych w wyniku postępowań wszczętych przed wejściem w życie Ustawy Nowelizującej nakazywałyby stosowanie przepisów dotychczasowych;
3. **art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP** poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współzycia społecznego, tj. przez przyjęcie ryczałtowego modelu ustalania wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, w którym wysokość tego wynagrodzenia jest uniezależniona od rzeczywistych nakładów pracy oraz ilości odebranych i zagospodarowywanych odpadów komunalnych przy jednoczesnym obciążeniu wykonawcy trudnym do oszacowania ryzykiem dotyczącym:
 - a. wzrostu liczby mieszkańców i związanego z tym wzrostu ilości odpadów podlegających odbiorowi i zagospodarowaniu (prowadzącego do zwiększenia kosztów realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia), bez ustanowienia adekwatnego mechanizmu zapewniającego zmianę wynagrodzenia w przypadku zaistnienia takiego wzrostu,

a jedynie przy wprowadzeniu możliwości zmiany umowy w przypadku wzrostu liczby nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia o ponad 5%,

które to rozwiązanie po pierwsze nie gwarantuje Wykonawcy, że dodatkowe koszty świadczenia usługi znajdą pokrycie w zmienionym wynagrodzeniu (z uwagi na to, że zmiana umowy jest uzależniona od woli Zamawiającego i na etapie sporządzania oferty trudno jest przewidzieć, czy Zamawiający w toku realizacji umowy taką wolę wyrazi), po wtóre zaś jest nieadekwatne do potencjalnego wzrostu kosztów wykonawcy, bowiem nawet niewielki (mniejszy

niż 5%) wzrost liczby nieruchomości może spowodować znaczący wzrost kosztów realizacji zamówienia – w szczególności w przypadku, gdy wzrośnie liczba nieruchomości wielolokalowych;

- b. wykonania niesprecyzowanych obowiązków, których rozmiar na etapie składania oferty nie może być przewidziany, dotyczących:
- i. dostosowania częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielolokalowej przy uwzględnieniu możliwości ustawienia pojemników na danej nieruchomości w taki sposób, aby nie dochodziło do przepełnień pojemników (pkt 2.1. SOPZ *in fine*),
 - ii. dostosowania częstotliwości wywozu odpadów, bez zwiększania wynagrodzenia, w razie wystąpienia konieczności zmniejszenia ilości pojemników w stosunku do zadeklarowanej (pkt 4.1.16 SOPZ),
 - iii. rozstawienia dodatkowych pojemników zakupionych przez Zamawiającego w okresie trwania umowy bez dodatkowego wynagrodzenia, przy czym liczba oraz rodzaj takich pojemników nie zostały sprecyzowane (pkt 4.2.15 SOPZ),

przy czym zakres i rozmiar ryzyka wynikającego z przywołanych okoliczności na etapie sporządzania oferty – w oparciu o informacje zawarte w SIWZ – nie może być przewidziany, co praktycznie uniemożliwia dokonanie przez prawidłowego oszacowania tego ryzyka oraz rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej,

4. art. 29 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący, bez zastosowania dostatecznie dokładnych i zrozumiałych wyrażeń oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. przez posłużenie się nieprecyzyjnymi zapisami dotyczącymi:

- a. obowiązku kontrolowania właścicieli nieruchomości pod kątem wypełniania obowiązku zbierania odpadów zgodnie z regulaminem oraz w zadeklarowany sposób (zbierane selektywnie lub jako odpady zmieszane) bez jednoczesnego dookreślenia sposobu, w jaki ww. kontrola miała być prowadzona (pkt 4.1. ppkt 7) SOPZ),
- b. określenia kary za nieprzekazanie informacji o nieprawidłowym sposobie segregacji odpadów przez mieszkańców, bez jednoczesnego dookreślenia, co Zamawiający uznaje za segregację nieprawidłową (§ 9 ust. 1 pkt 6 lit. e) Projektu Umowy)
- c. obowiązku zapewnienia worków na odpady zbierane selektywnie w ilości „adekwatnej” do pojemności do zadeklarowanego pojemnika oraz pojemników o pojemnościach „adekwatnych do zadeklarowanego pojemnika” (pkt 2.3. ppkt 2 lit. a) i b) SOPZ)
- d. obowiązku posiadania w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia umowy zawartej z regionalną instalacją przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) bądź zastępczymi instalacjami przewidzianymi do obsługi Regionu Centralnego zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego na przyjmowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów z pielęgnacji terenów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (pkt 4.4 ppkt 2 SOPZ),

bez jednoczesnego dookreślenia lub wyjaśnienia, jak należało będzie rozumieć ten obowiązek po wejściu w życie przepisów Ustawy Nowelizującej (co nastąpi przed rozpoczęciem realizacji przedmiotu zamówienia), które to przepisy likwidują regionalizację przetwarzania ww. kategorii odpadów, odchodząc dotychczas obowiązującego systemu regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych oraz obowiązku przekazywania wymienionych kategorii odpadów do tych instalacji,

a przy jednoczesnym wskazaniu w § 10 ust. 3 pkt 4 Projektu Umowy, że brak posiadania takiej umowy z RIPOK będzie uprawniał Zamawiającego do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym;

- e. określenia niezwykle krótkiego, niemożliwego do dotrzymania terminu (7 dni) na realizację obowiązku dostarczenia mieszkańcom harmonogramu odbioru odpadów (pkt 4.1.1. SOPZ);

5. **art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP** poprzez wprowadzenie w § 11 ust. pkt 3 i 4 Projektu Umowy niejednoznacznych i nieprecyzyjnych postanowień umownych odnoszących się do zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w przypadku zwiększenia ilości (liczby) nieruchomości oraz zmiany stawki opłaty „na bramie”, które nie określają charakteru oraz warunków wprowadzenia zmiany wynagrodzenia, w szczególności nie określają, w jaki sposób wynagrodzenie zostanie we wskazanych przypadkach podwyższone.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w pkt 4.7. ppkt 6 SOPZ w całości,
3. nakazanie Zamawiającemu zmianę pkt XII SIWZ, formularza ofertowego oraz § 6 Projektu Umowy poprzez zastąpienie obowiązku zaoferowania (określenia w ofercie) ceny ryczałtowej za miesiąc świadczenia usługi ceną wynikającą ze stawek za odbiór 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów komunalnych oraz stawek za zagospodarowanie 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów komunalnych,
4. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowienia pkt 4.1. ppkt 7 SOPZ lub szczegółowe dookreślenie sposobu, w jaki Wykonawca miałby przeprowadzać kontrolę właścicieli nieruchomości w zakresie zbierania odpadów zgodnie z regulaminem oraz ze złożonymi deklaracjami,
5. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie w § 9 ust. 1 pkt 6 lit. e) Projektu Umowy kary umownej za nieprzekazanie informacji o nieprawidłowym sposobie segregacji,
6. nakazanie Zamawiającemu zastąpienie w pkt 2.3. ppkt 2 lit. a) oraz b) wyrażen „w ilości adekwatnej” oraz „o pojemnościach adekwatnych” wskazaniem konkretnych ilości (liczb) lub pojemności albo szczegółowym określeniem sposobu ustalenia ww. ilości (liczby) lub pojemności (w szczególności w postaci wzoru matematycznego lub innego zapisu wskazującego metodologię ustalania przedmiotowej liczby lub pojemności);
7. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 4.4. ppkt 2 SOPZ, względnie doprecyzowania jego treści poprzez wskazanie, że obowiązek ten będzie obowiązywał wyłącznie do momentu wejścia w życie Ustawy Nowelizującej,

8. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w § 10 ust. 3 Projektu Umowy postanowienia pkt 4, względnie doprecyzowanie, że kara ta nie będzie miała zastosowania po dniu wejścia w życie Ustawy Nowelizującej,
9. nakazanie Zamawiającemu wydłużenie wskazanego w pkt 4.1.1. SOPZ terminu dostarczenia harmonogramu mieszkańcom do 21 dni od dnia jego zatwierdzenia przez Zamawiającego.
Ponadto wnoszę o:
10. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Uzasadnienie

1. Uzasadnienie zarzutów odwołania

- 1.1. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego postanowienia pkt 4.7. ppkt 6 SOPZ ograniczającego możliwość zgłaszania uwag, zastrzeżeń i nieścisłości do momentu upływu terminu na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ

W postanowieniu pkt 4.7. ppkt 6 SOPZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do samodzielnego zdobycia wszelkich informacji niezbędnych do prawidłowego sporządzenia oferty oraz do sprawdzenia i zweryfikowania materiałów przetargowych i do niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o ewentualnych błędach lub przeoczeniach. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że nie będzie uwzględniał żadnych roszczeń i uwag z tytułu błędów lub ewentualnych nieścisłości SIWZ po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Takie postanowienie jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa oraz – w ocenie Odwołującego – jest z mocy prawa nieważne (na zasadzie art. 58 § 1 i 2 k.c.).

Przypomnieć należy Zamawiającemu, że jest on gospodarzem Postępowania, który nie tylko jest odpowiedzialny za jego prawidłowe przeprowadzenie, ale również posiada najpełniejszą wiedzę na temat przedmiotu udzielanego zamówienia oraz potrzeb, których zaspokojeniu przedmiotowe zamówienie w jego zamyśle miałyby służyć. Wiedzy takiej – z przyczyn oczywistych – nie posiadają wykonawcy, którzy są dopiero zainteresowani ubieganiem się o zamówienie.

Z tej przyczyny przepis art. 15 ust. 1 ustawy PZP nakazuje właśnie Zamawiającemu (i tylko jemu) przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaś art. 29 ust. 1 nakazuje mu opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny, precyzyjny i uwzględniający wszystkie okoliczności i wymagania mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Istota drugiego z przywołanych przepisów sprowadza się więc do nakazania zamawiającemu określenia swych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie



jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka albo samodzielnie zdobyć informacje (inne niż zawarte w opisie przedmiotu zamówienia), które są konieczne do złożenia i skalkulowania oferty. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający próbuje z ww. obowiązku siebie zwolnić, nakładając na wykonawców zobowiązanie do sprawdzenia dokumentacji przetargowej oraz przenosząc na nich odpowiedzialność za ewentualne błędy dokumentacji przetargowej. Zamawiający zatem – zakładając zapewne, że nieścisłości w dokumentacji przetargowej występują lub co najmniej mogą wystąpić – żąda, aby to Wykonawcy ww. nieścisłości wyszukali, sprawdzili poprawności zawartych tam informacji i wzięli na siebie trudne (wręcz niemożliwe) do zidentyfikowania na tym etapie postępowania ryzyko wynikające z ewentualnych błędów zamawiającego.

Tymczasem jak się wskazuje w orzecznictwie, błędy w sformułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny co do zasady obciążać odbiorcy świadczenia woli zawartego w tym dokumencie, oferenta. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, niejednoznaczność zapisów w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może wywoływać negatywnych skutków w sferze interesów prawnych wykonawców (zob. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 8 października 2008 r., KIO/UZP 1020/08; z dnia 29 stycznia 2009 r., KIO/UZP 48/09; z dnia 29 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 844/08; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-2155/06).

Przy umowach zawieranych w trybie zamówień publicznych większą odpowiedzialność za skutki rozumienia niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia należy przypisać autorowi wypowiedzi zawartej w SIWZ. Zamawiający dysponuje odpowiednią kadrą i czasem pozwalającym na prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia i w tym zakresie powinien wykazać się najdalej idącym profesjonalizmem. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2017 roku (I CSK 443/16) stwierdzono, że wątpliwości interpretacyjne, niedające się usunąć w drodze ogólnych zasad wykładni oświadczenia woli, powinny być interpretowane na niekorzyść autora tekstu umowy wywołującego wątpliwości. Strona, która korzysta z faktycznej swobody formułowania tekstu umowy, ponosi bowiem ryzyko jego niejasnej redakcji.

Przy interpretacji umowy należy uwzględnić powszechnie przyjętą kombinowaną metodę wykładni. Kombinowana metoda wykładni oświadczenia woli (uchwała siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1995 roku, III CZP 66/95, OSNC 1995, z. 12, poz. 168) przyznaje pierwszeństwo kryterium subiektywnemu, nakazując tłumaczyć sens oświadczenia woli tak, jak rozumiała je osoba składająca i odbierająca oświadczenie. Dopiero w przypadku, gdy kryterium to zawodzi, ustalenie sensu oświadczenia woli następuje na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak jak adresat sens powinien rozumieć. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami; uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiela go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Jeżeli okaże się, tak jak w niniejszej sprawie, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten powinien

rozumieć. Powinność rozumienia oceniana być musi przy tym w odniesieniu do modelu adresata zachowującego należyłą staranność. Decydujący jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należyłą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Kryterium subiektywne oczywiście zawodzi przy ustalaniu sensu umowy, aktualność zachowuje jednak przypisanie normatywne, przy jednoczesnym uwzględnieniu, że wątpliwe zapisy powinny być interpretowane na niekorzyść autora tekstu umowy wywołującego wątpliwości.

Ważną wskazówkę interpretacyjną zawiera także Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2016 roku (IV CSK 674/15), w którym wyrażono pogląd, że niezwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego - w razie uzasadnionych wątpliwości - o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 p.z.p. w zw. z art. 354 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej. **Niemniej brak jest podstaw do wdrażania tej procedury, jeżeli w danej sprawie wątpliwości nie zachodzą. Za niedopuszczalne w szczególności należy uznać przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (por. uzasadnienie cytowanego wyroku Sądu Najwyższego, a także uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 lutego 2018 r. sygn. akt VIII Ga 554/17).**

Kwestionowane w Odwołaniu postanowienie pkt 4.7 ppkt 6 ww. pozostaje w sprzeczności z ww. stanowiskiem. Przyjęcie skuteczności przedmiotowego zapisu oznaczałoby *de facto* odebranie wykonawcy podstawowej ochrony, jaką w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapewnia mu prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia, tj. pewności, że ofertę należy przygotować i skalkulować w oparciu o rzetelne informacje podane przez Zamawiającego. Zamawiający oczekuje bowiem – jak można domniemywać na podstawie analizy treści SOPZ – aby wykonawcy przygotowując oferty opierali się nie tylko na treści SIWZ i SOPZ i podanych przez niego informacjach, lecz również, a nawet przede wszystkim, na innych informacjach, które mają oni zdobyć we własnym zakresie.

Takie oczekiwanie pozostaje w sprzeczności z istotą regulacji art. 29 ustawy PZP oraz funkcją, jaką na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opis przedmiotu zamówienia winien pełnić. Przedmiotowe postanowienie należy zatem uznać za sprzeczne lub co najmniej mające na celu obejście przedmiotowej regulacji ustawy PZP.

Zasygnalizować przy tym należy, że utrzymanie zapisu pkt 4.7. ppkt 6 SOPZ w brzmieniu obowiązującym w dacie składania Odwołania może prowadzić do nieporównywalności ofert i odmiennego ich przygotowania (kalkulowania) przez poszczególnych oferentów. Skoro bowiem Zamawiający wymaga od wykonawców, aby weryfikowali prawidłowość danych zawartych w SIWZ oraz samodzielnie poszukiwali informacji niezbędnych do przygotowania oferty to tym samym wprowadza taką możliwość, aby każdy z nich przyjął inne niż wskazane w SIWZ dane dotyczące np. obsługiwanych nieruchomości, lokalizacji pojemników, ich pojemności albo częstotliwości, z jaką odpady mają być odbierane. Tymczasem zdaniem Odwołującego, każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie winien posiadać tożsame dane stanowiące podstawę kalkulacji ceny ofertowej – rolą zaś prawidłowo sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia jest takie dane, na równych zasadach, wszystkim zainteresowanym wykonawcom przekazać.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zastrzeżenie, zgodnie z którym Zamawiający miałby nie uwzględniać uwag albo roszczeń dotyczących niejasności albo błędów w SIWZ w przypadku nie

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.
ul. Odległa 8
33-100 Tarnów
tel. (48) 14 626 35 40
fax (48) 14 627 59 73
karpatia@fbserwis.pl

fbserwis

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.

wykrycia ich w terminie na wniesienie odwołania (tj. w ciągu zaledwie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) pozostaje w sprzeczności z art. 38 ust. 1 ustawy PZP. Przedmiotowy przepis przyznaje wykonawcom prawo do zadawania pytań dotyczących treści siwz (w tym w szczególności dotyczących udzielenia dodatkowych informacji bądź wyjaśnienia wątpliwości co do opisu przedmiotu zamówienia) co najmniej do połowy terminu składania ofert. W przypadku, gdy takie pytania zostaną zadane w ww. terminie, obowiązkiem Zamawiającego jest udzielenie odpowiedzi – a tym samym uwzględnienie uzasadnionych uwag wykonawców. Przedmiotowy termin nie może być ograniczany – w szczególności zaś w drodze takich zapisów, jak kwestionowany przez Odwołującego pkt 4.7. ppkt 6 SOPZ.

Dodatkowo wskazać należy, że kwestionowane postanowienie godzi w podstawowe zasady współzycia społecznego. Zamawiający wymaga bowiem od wykonawców, którzy są zainteresowani nawiązaniem z nim współpracy i nie mają pełnej wiedzy na temat przedmiotu zamówienia oraz potrzeb, których zaspokojenia Zamawiający oczekuje, aby w niezwykle krótkim czasie (w ciągu 10 dni) przedmiotową wiedzę zdobyli na poziomie co najmniej równym wiedzy Zamawiającego – oraz aby wykryli wszelkie błędy lub nieścisłości popełnione w treści SIWZ przez Zamawiającego. Błędy te mogą dotyczyć również niezgodności zapisów SOPZ ze stanem faktycznym (np. ilości postawionych na nieruchomościach pojemników, ich pojemności, przyjętej częstotliwości odbioru odpadów, liczby nieruchomości czy gospodarstw domowych).

Tymczasem dokonanie takiej weryfikacji przez wykonawców w ogóle nie jest możliwe. Wymagałoby to bowiem szczegółowego badania wszystkich nieruchomości na terenie miasta Rzeszowa, wszystkich miejsc gromadzenia odpadów i posadowienia pojemników (które w większości przypadków znajdują się na zamkniętym terenie i są zabezpieczone przed dostępem) oraz analizy dokumentacji, która nie została przez Zamawiającego udostępniona (np. deklaracji złożonych przez właścicieli nieruchomości w zakresie dotyczącym odpadów komunalnych).

Wobec powyższego postanowienie pkt 4.7 ppkt 6 winno zostać z treści SOPZ wykreślone.

Na marginesie powyższego wskazać należy, że zawarcie w treści pkt 4.6 ppkt 7 SOPZ zastrzeżenia wykluczającego uwzględnienie uwag po terminie na wniesienie odwołania (i uznanie go za skuteczne) implikowałoby konieczność objęcia zarzutami odwołania wszystkich nieścisłości lub niejasności, które w treści SIWZ zostały zapisane i które utrudniają sporządzenie oferty. Skoro bowiem Zamawiający jednoznacznie deklaruje, że po upływie terminu na wniesienie odwołania żadnych uwag dotyczących dokumentacji przetargowej (w tym w szczególności tych, które są zasadne) uwzględniać nie będzie, to jedynym sposobem wyeliminowania nieprawidłowości, niejasności lub nieprecyzyjności w tej dokumentacji bądź zdobycia informacji potrzebnych do złożenia oferty byłoby w takim przypadku wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej kwestionującego wszelkie wątpliwości czy pytania, które mogą się pojawić przy sporządzaniu oferty. Takie rozwiązanie zdaniem Odwołującego nie byłoby prawidłowe, bowiem nie jest rolą Krajowej Izby Odwoławczej zastępowanie Zamawiającego przy udzielaniu odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ ani też dokonywanie zamiast niego oceny zasadności pytań, wątpliwości albo propozycji zmiany zapisów SIWZ.

Tym niemniej, mając na uwadze treść zapisu pkt 4.6. ppkt 7 SOPZ konieczne jest zwrócenie szczególnej uwagi na te z zarzutów podniesionych w Odwołaniu, które eksponują niejasności w treści SIWZ (w szczególności niejasności utrudniające skalkulowanie ceny ofertowej i oszacowanie ryzyka związanego z możliwością poniesienia dodatkowych kosztów). Istnieje bowiem ryzyko, że Zamawiający przedmiotowych niejasności po terminie na wniesienie odwołania (w szczególności w ramach pytań dotyczących treści SIWZ) nie będzie wyjaśniał.

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.

Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XII Wydział Krajowego Rejestru Sądowego
KRS 0000047175, NIP 873-10-14-995, REGON 850384270
Kapitał zakładowy 13 000 000,00 PLN, wpłacony w całości

1.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego ustanowienia modelu wynagrodzenia ryczałtowego i jego niezgodności z przepisami, które będą obowiązywały w dacie zawarcia umowy

Przystępując do uzasadnienia zarzutu dotyczącego przyjętego przez Zamawiającego modelu wynagrodzenia ryczałtowego wskazać należy, że w dniu 19 lipca 2019 r. Sejm RP uchwalił ostatecznie (po rozpatrzeniu poprawek Senatu) ustawę o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Ustawa Nowelizująca). Ustawa ta została skierowana do podpisu Prezydenta RP i jest wysoce prawdopodobne, że w chwili orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą ta ustawa będzie już przez Prezydenta podpisana.

Powyższe oznacza, że Ustawa Nowelizująca zostanie w najbliższych dniach opublikowana, a w takim przypadku jej przepisy w zasadniczej większości (zgodnie z normą intertemporalną zapisaną w przepisie art. 27) wejdą w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia. Z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością stwierdzić zatem należy, że w chwili, kiedy umowa w sprawie zamówienia udzielanego w Postępowaniu będzie zawierana, przepisy Ustawy Nowelizującej będą już obowiązywały.

W tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z art. 1 pkt 10 lit. b) Ustawy Nowelizującej, w art. 6f UCPG wprowadzone zostają uregulowania ust. 3 i 4 w następującym brzmieniu:

„3. Podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości **stanowi stawka za 1 Mg odebranych** odpadów komunalnych.

4. Podstawę ustalenia wynagrodzenia za zagospodarowywanie odpadów komunalnych stanowi **stawka za 1 Mg zagospodarowanych** odpadów komunalnych.”

Przedmiotowe postanowienia ustanawiają regułę, zgodnie z którą w umowie w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie albo odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obowiązywać ma model wynagrodzenia zakładający rozliczenia według stawki za każdą odebraną oraz każdą zagospodarowaną tonę (1 Mg) odpadów komunalnych. Postanowienia te wyłączają zatem możliwość stosowania takiego modelu wynagradzania, który Zamawiający przyjął w niniejszym postępowaniu (wynagrodzenie ryczałtowe, niezależne do ilości odbieranych i zagospodarowywanych odpadów).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że przywołane postanowienia Ustawy Nowelizującej (tj. wprowadzające nowe regulacje art. 6f ust. 3 i 4 UCPG) jak większość pozostałych postanowień tej ustawy wchodzi w życie w terminie 14 dni od dnia ogłoszenia. Regulacje te będą obowiązywały w chwili zawierania umowy w sprawie zamówienia.

Jednocześnie, co istotne, przepisy przejściowe Ustawy Nowelizującej nie przewidują, aby do umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną zawarte po dniu wejścia w życie ustawy w wyniku rozstrzygnięcia postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed jej wejściem w życie, miałyby być stosowane przepisy dotychczasowe.

Powyższe powoduje, że zgodnie z ogólną zasadą intertemporalną, ustawę tę stosuje się od dnia jej wejścia w życie wprost i bezpośrednio do wszystkich stanów prawnych objętych jej zakresem podmiotowym i przedmiotowym. Innymi słowy, brak szczególnego przepisu przejściowego uniemożliwia stosowanie innych przepisów niż przepisy nowe (por. W. Zając, Przepisy przejściowe a zasada działania nowego prawa wprost, Dobre praktyki legislacyjne, Rządowe Centrum Legislacji, str. 13). Jak słusznie bowiem zauważył Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 listopada 2006 r. w sprawie K 30/06, „**Milczenie ustawodawcy co do reguły intertemporalnej należy uznać za przejaw jego woli bezpośredniego działania nowego prawa**”.

W tym kontekście stwierdzić należy, że w przypadku pozostawienia dotychczasowego brzmienia SIWZ i utrzymania ryczałtowego modelu wynagradzania, umowa zawierana w wyniku przeprowadzonego Postępowania będzie pozostawać w sprzeczności z prawem obowiązującym w dacie jej zawarcia, tj. będzie niezgodna z art. 6f ust. 3 i 4 UCPG.

Powyższe skutkować może poważnymi komplikacjami zarówno dla Zamawiającego, jak i dla wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana. Zgodnie bowiem z art. 58 k.c. umowa ta w zakresie istotnego postanowienia (tj. postanowienia dotyczącego wynagrodzenia wykonawcy) jako sprzeczna z prawem będzie nieważna – a to zdaniem Odwołującego będzie rzutowało na ważność całej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym kontekście wskazać należy, że jakkolwiek w dacie wszczęcia Postępowania przywołane postanowienia Ustawy Nowelizującej nie weszły jeszcze w życie, to dla podmiotów profesjonalnie zajmujących się gospodarką odpadami komunalnymi (do których należy zaliczyć tak Odwołującego, jak i Zamawiającego) wiedza o jej uchwaleniu była powszechna. Ustawa ta była szeroko komentowana i Zamawiający miał pełną świadomość, że Ustawa Nowelizująca jeszcze przed publikacją SIWZ na stronie Zamawiającego została uchwalona. Mając na uwadze obowiązek uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty powyższe obowiązywało Zamawiającego do rozważenia skutków, jakie wejście w życie nowych regulacji będzie miało dla stosunku prawnego nawiązywanego w wyniku Postępowania.

Zamawiający winien był zatem w taki sposób ukształtować postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które będą zgodne z uchwalonym przez Sejm prawem lub co najmniej przewidzieć takie uregulowania, które na wypadek wejścia w życie tej ustawy mogłyby spowodować zmianę umowy.

Zamawiający powyższego obowiązku zaniechał.

W związku z powyższym, celem uniknięcia sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia w chwili jej zawierania będzie niezgodna z przepisami UCPG, celowe jest nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ poprzez zastosowanie takiego modelu wynagrodzenia, w którym będzie ono ustalane z uwzględnieniem stawek za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów komunalnych.

1.3. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego ukształtowania stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że przyjęty przez Zamawiającego model wynagrodzenia ryczałtowego – w powiązaniu z innymi zapisami SIWZ (szczegółowo przywołanymi w pkt 3 petitum Odwołania) uzasadnia tezę, iż stosunek umowny kształtowany przez postanowienia SIWZ został ułożony w sposób sprzeciwiający się zasadom współzycia społecznego.

Zamawiający zakłada bowiem zapłatę wynagrodzenia wynikającego z zaproponowanej ceny ryczałtowej, obejmującej z samej swej istoty wszystkie potencjalne ryzyka i koszty, jednocześnie obciążając wykonawcę nadmiernym i niemożliwym do oszacowania ryzykiem wynikającym z niejasnych, niesprecyzowanych i na etapie składania oferty trudnych do przewidzenia zdarzeń i obowiązków, których zaistnienie może doprowadzić do znacznego wzrostu kosztów realizacji.

Zwrócić należy w szczególności uwagę, że zamówienie udzielane w niniejszym Postępowaniu obejmuje okres 24 miesięcy. Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca dla całego tego okresu oszacował i wskazał stałą miesięczną cenę ryczałtową, według której wykonawca miałby być wynagradzany. Jednocześnie Zamawiający oczekuje, aby wykonawca przyjął na siebie ryzyko wzrostu kosztów wynikających:

- ze zwiększenia strumienia odpadów komunalnych, które będą musiały być odbierane i zagospodarowywane w ramach świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia

W tym zakresie wskazać należy, że ilość odpadów generowanych przez mieszkańców co do zasady w każdym roku wzrasta, a Miasto Rzeszów jest ośrodkiem wojewódzki a jednocześnie ośrodkiem akademickim wykazującym stałą fluktuację liczby mieszkańców. Zamawiający w pkt 4.1. ppkt 18 wskazał na obowiązek wykonawcy obsługi nieruchomości nieobjętych wcześniej systemem gospodarowania odpadami komunalnymi, a wskazanych przez Zamawiającego – w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, bez jego zwiększania. Tym samym, zwiększenie ilości odpadów wynikających z objęcia usługą odbioru i zagospodarowania nowych (nowo wybudowanych) nieruchomości będzie ryzykiem obciążającym wykonawcę.

Wprawdzie Zamawiający przewidział w § 11 ust. 1 pkt 3 Projektu Umowy możliwość (nie zaś obowiązek) zmiany wynagrodzenia wynikającego z umowy w przypadku, gdy liczba „nowych” nieruchomości przekroczy 5% nieruchomości dotychczasowych, jednak możliwość taka w dostateczny sposób nie ogranicza ryzyka opisanego powyżej i to co najmniej z trzech powodów:

- po pierwsze, nie ma pewności, że w takim przypadku zamawiający wyrazi zgodę na zmianę umowy (umowa przewiduje jedynie możliwość zmiany, nie zaś obowiązek),
- po wtóre, postanowienie dotyczące zmiany umowy nie wskazuje sposobu, w jaki zmiana wynagrodzenia miałaby nastąpić (a tym samym Odwołujący nie ma pewności, że taka zmiana byłaby adekwatna), a nadto
- okoliczność przyjęta jako warunkująca możliwość zmiany (wzrost nieruchomości o co najmniej 5%) nie odzwierciedla potencjalnego wzrostu kosztów, jakie wykonawca mógłby ponieść. Przywołane postanowienie § 11 ust. 1 pkt 3 Projektu Umowy nie odnosi się bowiem do wzrostu liczby mieszkańców czy gospodarstw domowych (których liczba przekłada się wprost na ilość generowanych odpadów), lecz do liczby nieruchomości. Każda „nowa” nieruchomość, w ujęciu jednostkowym może prowadzić bądź to do niewielkiego

wzrostu mieszkańców (nieruchomości jednorodzinne), bądź też do wzrostu znacznego (nieruchomości wielorodzinne, np. spółdzielnie mieszkaniowe, nowe bloki mieszkalne itp.). Przyjmując, że nawet tylko co dziesiąta taka nieruchomość byłaby niewielką posesją wielorodzinną (3 klatki po 4 kondygnacja przy 3 mieszkaniach na kondygnację), to wzrost liczby nieruchomości o 5% przekładałby się dodatkowo 4 104 gospodarstwa domowe w posesjach wielorodzinnych (10% z 1 143 posesji) oraz 1 029 gospodarstw domowych w pozostałych posesjach. Łącznie przybywałoby zatem ponad 5 tysięcy dodatkowych gospodarstw domowych, zaś przyjmując średnio na gospodarstwo domowe 3,5 osoby, wzrost ten oznaczałby pojawienie się ponad 17,5 tysiąca nowych mieszkańców, czyli tyle, ile liczy całe Miasto Łańcut. Zamawiający dopuszcza zatem, że Wykonawca bez dodatkowego wynagrodzenia obsługiwał obszar wielkości dodatkowego miasta – dla wykonawcy taki poziom ryzyka nie może być uznany za akceptowalny.

Jednocześnie Odwołujący (podobnie jak inni wykonawcy) nie zna i nie jest w stanie w krótkim czasie ustalić, jakie są plany rozwoju miasta Rzeszów i ile nowych nieruchomości w nadchodzących 2 latach może zostać wybudowanych. Powyższe uniemożliwia mu rzetelne oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów realizacji zamówienia – ryzyka, którym Zamawiający planuje obciążyć wykonawcę.

- z wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych w instalacjach przetwarzających odpady komunalne

Jest wiedzą powszechnie znaną dla uczestników rynku gospodarowania odpadami, że ceny zagospodarowania odpadów w instalacjach w ostatnim czasie znacznie wzrosły i nadal będą rosły m.in. z racji nowo wprowadzanych obowiązków ustawowych, wzrostu uiszczanej przez instalacje przetwarzające odpady opłaty marszałkowskiej za składowanie odpadów oraz szeregu innych czynników, przy czym wzrost ten w ostatnim czasie był wysoki; w chwili obecnej żaden z uczestników rynku gospodarowania odpadami, w tym w szczególności instalacja mająca aktualnie status regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu obejmującego miasto Rzeszów (ITPOE obsługiwana przez PGE Energia Ciepła S.A.), nie jest w stanie oszacować potencjalnego wzrostu ceny zagospodarowania odpadów dla całego okresu realizacji przedmiotu zamówienia; z tego powodu niezmiernie trudne jest oszacowanie ryzyka wzrostu przedmiotowych kosztów przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

- konieczności dostosowania (zwiększenia) częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej przy uwzględnieniu możliwości ustawienia pojemników na danej nieruchomości w taki sposób, aby nie dochodziło do przepełnień pojemników (pkt 2.1. SOPZ *in fine*) oraz dostosowania częstotliwości wywozu odpadów, bez zwiększania wynagrodzenia, w razie wystąpienia konieczności zmniejszenia ilości pojemników w stosunku do zadeklarowanej (pkt 4.1.16 SOPZ).

Odwołujący nie jest w stanie przewidzieć, czy i w jakim zakresie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia powstanie konieczność zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów. Taka okoliczność będzie zaś miała bezpośrednie przełożenie na zwiększenie kosztów realizacji zamówienia (wynikającego z konieczności zapewnienia dodatkowych

kursów, pojazdów oraz brygad pracowniczych obsługujących dane kursy). Postanowienia SIWZ nie obejmują żadnych informacji, które rozmiar i zakres ww. obowiązku pozwalałyby w jakimkolwiek stopniu przewidzieć i skalkulować. W szczególności Odwołujący nie jest w stanie ustalić potrzeb związanych z ww. dostosowaniem częstotliwości również w ramach wizji lokalnej obsługiwanych nieruchomości – po pierwsze z uwagi na obszar miasta Rzeszowa, po wtóre z uwagi na fakt, że pojemniki znajdują się na terenach zamkniętych i dla Odwołującego niedostępnych.

- Ewentualnej konieczności rozstawienia dodatkowych pojemników zakupionych przez Zamawiającego w okresie trwania umowy bez dodatkowego wynagrodzenia (pkt 4.2.15 SOPZ).

Wykonawca nie wie (nie wskazują tego żadne z postanowień SIWZ czy SOPZ) jakie pojemniki i w jakiej ilości Zamawiający zakupi w trakcie trwania umowy. Nie jest więc możliwe jakiegokolwiek oszacowanie kosztów takiego rozstawienia – w szczególności biorąc pod uwagę, że zakup nowych pojemników będzie uzależniony od woli samego Zamawiającego.

W tym zakresie należy zauważyć, że wprowadzając Zamawiający, co do zasady, uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po wtóre – to wyłącznie zamawiający określa zasady, na których umowę zamierza zawrzeć. Jednakże uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (por. w szczególności uzasadnienie wyroku Izby z dnia 18 maja 2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

W stanie faktycznym sprawy takie ryzyko zostało przeniesione na wykonawcę przez Zamawiającego. Nakazanie zatem Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę modelu wynagrodzenia na wynagrodzenie uzależnione od ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów jest konieczne i uzasadnione.

- 1.4. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący, bez zastosowania dostatecznie dokładnych i zrozumiałych wyrażeń oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty

Jednym z podstawowych obowiązków podmiotu prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wynikający z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy PZP wymóg opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Powyższa regulacja stanowi instrument ochrony wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W takim bowiem postępowaniu, to zamawiający jest stroną określającą swoje wymagania, opisującą przedmiot umowy oraz nadającą kształt postanowieniom umowy. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w praktyce nie ma możliwości kształtowania w jakikolwiek sposób dokumentacji przetargowej oraz umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełną odpowiedzialność za treść wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz kształt istotnych postanowień umowy (które w myśl przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP stanowią integralną część specyfikacji), jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia, ponosi zamawiający (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt KIO 330/12).

Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowywanej przez zamawiającego dokumentacji. Nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez zamawiającego (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r. sygn. akt 2376/10). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (wyrok Izby z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1556/11). Opis przedmiotu zamówienia powinien być zatem dokonany w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (wyrok Izby z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11).

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający przywołaną powyżej dyspozycję przepisu art. 29 ustawy PZP naruszył. Mianowicie przewidział:

- obowiązek kontrolowania właścicieli nieruchomości pod kątem wypełniania obowiązku zbierania odpadów zgodnie z regulaminem oraz w zadeklarowany sposób (zbierane selektywnie lub jako odpady zmieszane) bez jednoczesnego dookreślenia sposobu, w jaki ww. kontrola miałaby być prowadzona (pkt 4.1. ppkt 7) SOPZ);

W tym zakresie wskazać należy, że kontrolowanie wypełniania przez mieszkańców ww. obowiązków przez wykonawcę nie jest rzeczą prostą ani oczywistą. W praktyce musiałoby się to sprowadzać do badania zawartości pojemników na odpady (aby stwierdzić, czy znajdują się w nich odpowiednie frakcje odpadów, prawidłowo segregowane), co technicznie byłoby trudne lub wręcz niemożliwe do wykonania. Stosowane na terenie Miasta Rzeszowa pojemniki, po ich otwarciu umożliwiają ocenę jedynie wierzchniej warstwy odpadów, o ile nie są one dodatkowo w workach. Prawidłowa ocena wymagałaby opróżnienia pojemnika i wysypania jego zawartości na podłoże, co technicznie byłoby trudne do wykonania, a nadto prowadziłoby do naruszenia do naruszenia norm bezpieczeństwa i higieny pracy, stwarzając zagrożenia dla zdrowia pracowników. Nadto prowadziłoby to do zanieczyszczenia miejsca wokół pojemników, czego wyraźnie zakazuje SOPZ.

- karę umowną za nieprzekazanie informacji o nieprawidłowym sposobie segregacji bez jednoczesnego dookreślenia, co Zamawiający uznaje za segregację nieprawidłową (§ 9 ust. 1 pkt 6 lit. e) Projektu Umowy);

Przedmiotowa kara jest skorelowana z obowiązkiem wskazanym w akapicie poprzedzającym. Dodatkowo postanowienia SIWZ nie określają, co należy rozumieć przez „nieprawidłową” segregację odpadów. Obecnie nie ma w kraju przepisów regulujących dopuszczalny stopień zanieczyszczenia odpadów zmieszanych odpadami, które mogłoby być zbierane selektywnie, zatem ocena prawidłowości segregacji odpadów dokonana przez Wykonawcę może różnić się diametralnie od oceny Zamawiającego.

Z uwagi na brak jasności co do sposobu przeprowadzania przedmiotowej kontroli, konieczne jest doprecyzowanie przedmiotowego obowiązku tak, aby wykonawca składając ofertę miał wiedzę, za co przedmiotowa kara może zostać nałożona. Alternatywnie, co Odwołujący postuluje, w przypadku braku doprecyzowania przedmiotowego obowiązku winien on, wraz z powiązaną z nim karą umowną, zostać wykreślony.

- obowiązek zapewnienia worków na odpady zbierane selektywnie w ilości „adekwatnej” do pojemności do zadeklarowanego pojemnika oraz pojemników o pojemnościach „adekwatnych do zadeklarowanego pojemnika” (pkt 2.3. ppkt 2 lit. a) i b) SOPZ)

Przedmiotowy zapis nie wskazuje, jaką ilość worków / jaką pojemność pojemników Wykonawca ma obowiązek zapewnić. Powyższe uniemożliwia Wykonawcy oszacowanie kosztów związanych z ich pozyskaniem i dystrybucją oraz kosztów logistyki odbioru odpadów.

- obowiązek posiadania w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia umowy zawartej z regionalną instalacją przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) bądź zastępczymi instalacjami przewidzianymi do obsługi Regionu Centralnego zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego na przyjmowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów z pielęgnacji terenów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (pkt 4.4 ppkt 2 SOPZ),

Jak zostało już wcześniej wskazane, w najbliższym czasie zaczną obowiązywać przepisy wprowadzone do UCPG na mocy Ustawy Nowelizującej. Przepisy te znoszą dotychczasowy system regionalizacji przetwarzania odpadów komunalnych (odpadów „zmieszanych”, odpadów „zielonych” i pozostałości z sortowania), co oznacza, że nie będą one musiały być przekazywane do regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. Co więcej, instalacje, które dotychczas status RIPOK posiadały, staną się instalacjami komunalnymi, do których odpady będą mogły być przekazywane niezależnie od miejsca, w którym zostały wytworzone (zniesione zostaną regiony gospodarowania odpadami).

Powyższe podaje w wątpliwość sens wymaganie przez Zamawiającego, aby wykonawca wybrany w Postępowaniu posiadał umowę zawartą z RIPOK. Ocena spełnienia ww.

obowiązku będzie utrudniona z uwagi na fakt, że żadne z instalacji statusu RIPOK nie będzie już posiadała.

W związku z powyższym celowe jest nakazanie Zamawiającemu wykreślenie przedmiotowego obowiązku, względnie ustalenie zasad, jakie będą wybranego wykonawcę obowiązywały w tym zakresie po wejściu w życie Ustawy Nowelizującej. Brak takiego dookreślenia stwarza niepewność, czy i w jakim zakresie wykonawca jakkolwiek umową z instalacjami przetwarzania odpadów będzie musiał się wykazać i czy za brak takiej umowy będzie przez Zamawiającego karany.

- określenie niezwykle krótkiego, niemożliwego do dotrzymania terminu (7 dni) na realizację obowiązku dostarczenia mieszkańcom harmonogramu odbioru odpadów (pkt 4.1.1. SOPZ);

Zamawiający wymaga, aby wykonawca wydrukował i rozdystrybuował wydrukowane harmonogramy odbioru odpadów w ciągu 7 dni od dnia ich zaakceptowania przez Zamawiającego. W praktyce oznacza to, że Wykonawca na podjęcie ww. czynności będzie miał zapewnione zaledwie 5 dni roboczych. W tym czasie, poza organizacją wydruku oraz odbiorem wydrukowanych harmonogramów wykonawca musiałby doręczyć harmonogramy właścicielom wszystkich obsługiwanych nieruchomości. W praktyce byłoby to niezmiernie trudne i wymagałoby zatrudnienia w krótkim czasie i na bardzo krótki okres (zaledwie kilka dni) znacznej ilości osób (co byłoby całkowicie nie do przyjęcia z punktu widzenia ponoszonych kosztów a nadto niezmiernie trudne organizacyjnie).

1.5. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego niedostatecznego określenia przesłanek zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia

W uzupełnieniu zarzutu odnoszącego się do obciążenia wykonawcy nadmiernym ryzykiem kontraktowym oraz ułożenia stosunku prawnego z naruszeniem zasady swobody umów wskazać należy, że Zamawiający w § 11 ust. 3 pkt 4 Projektu Umowy przewidział możliwość zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w przypadku:

- zwiększenia ilości nieruchomości powyżej 5 % w stosunku do łącznej ilości nieruchomości objętych systemem gospodarowania odpadami komunalnymi wg stanu na dzień 31.05.2019 r. tj. 22 865 nieruchomości; zwiększenie ilości nieruchomości dotyczy nieruchomości nowoobjętych systemem gospodarowania odpadami komunalnymi,
- zmiany wynagrodzenia w razie zmiany stawki opłaty „na bramie” w trakcie okresu obowiązywania umowy.

Abstrahując od faktu, że przedmiotowe przesłanki w dostateczny sposób nie ograniczają ryzyka Wykonawcy (szerzej na ten temat w pkt 1.3. części motywacyjnej niniejszego odwołania), to zdaniem Odwołującego zostały one określone w sposób na tyle lakoniczny, że nie wiadomo, w jaki sposób i w jakich dokładnie przypadkach wynagrodzenie mogłoby zostać przez Strony zwiększone.

Przypomnieć należy, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający przyjął ryczałtowy model ustalenia wynagrodzenia. Wynagrodzenie to obejmować powinno wszelkie koszty realizacji zamówienia oraz ryzyka ich wzrostu na przestrzeni całego okresu realizacji zamówienia.

Opisanie możliwości zmiany tego wynagrodzenia w przypadku wzrostu liczby nieruchomości – bez wskazania, w jaki sposób taki wzrost miałby być odzwierciedlony w odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia nie pozwala Odwołującemu na ocenę, czy i w jakim zakresie dodatkowe koszty realizacji zamówienia wynikające ze wzrostu liczby nieruchomości (i wynikającego z tego faktu wzrostu wolumenu odpadów) będą mogły być zrekompensowane przez podwyższenie wynagrodzenia.

Analogicznie należy ocenić przesłankę dotyczącą zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki opłaty „na bramie”. Abstrahując od nieprecyzyjności przedmiotowej przesłanki (zmiana opłaty „na bramie” – nie wiadomo jakiej opłaty i na której „bramie” – w sytuacji, gdy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zagospodarowywane będą różne frakcje odpadów, za których przyjęcie instalacje pobierają różne ceny, zaś wykonawcy mogą przekazywać odebrane odpady do różnych instalacji) to nie wiadomo, w jakim stopniu zmiana (wzrost) owej „opłaty na bramie” miałaby spowodować wzrost wynagrodzenia. Nie została wskazana żadna metodologia, według której w takim przypadku wynagrodzenie ryczałtowe mogłoby zostać zwiększone.

Powyzsze z jednej strony świadczy o tym, że przywołane przesłanki zmiany umowy nie spełniają wymagań określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP (nie zostały zapisane w postaci jednoznacznych postanowień umownych określających zakres, charakter i warunki zmiany wynagrodzenia), nie pozwalając na ocenę, czy i w jakim stopniu ewentualne ryzyko wzrostu kosztów realizacji zamówienia będzie mogło być zrekompensowane wzrostem wynagrodzenia.

2. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a zakwestionowane – wadliwe i niekonkurencyjne – zapisy SIWZ znacząco utrudniają mu rzetelne sporządzenie oferty, oszacowanie ceny ofertowej oraz uzyskanie zamówienia.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać, otrzymując wysoką ocenę we wszystkich prawidłowych kryteriach oceny ofert.

3. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lipca br. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia – której postanowienia są kwestionowane w ramach niniejszego Odwołania.

Niniejsze Odwołanie, wnoszone w dniu 2 sierpnia 2019 r., składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.
ul. Odległa 8
33-100 Tarnów
tel. (48) 14 626 35 40
fax (48) 14 627 59 73
karpatia@fbserwis.pl

fbserwis

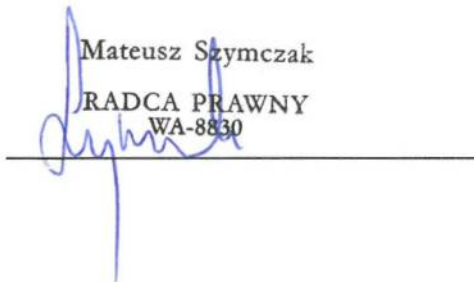
FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.

* * *

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Mateusz Szymczak

RADCA PRAWNY
WA-8830



Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
2. dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu,
3. uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa
4. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS

Informacje o transakcji

Dane nadawcy	FBSERWIS KARPATIA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ UL. ODLEGŁA 8 33-100 TARNÓW MAŁOPOLSKIE	
Rachunek WN	22109015220000000122323841	
Dane adresata	Urząd Zamówień Publicznych ul. Postępu 17 A 02-676 Warszawa	ELIXIR 20-09-2018
Rachunek MA	60101010100081362231000000	
Tytuł transakcji	wpis od odwołania w postępowaniu prowadzonym przez M. Rzeszów na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych	
Data wysłania	2019-08-02	
Data księgowania	2019-08-02	
Kwota transakcji	15 000,00 PLN	

Niniejszy dokument jest wydrukiem komputerowym sporządzonym w iBiznes24 i nie wymaga dodatkowych podpisów ani stempla bankowego. Dokument sporządzony na podst. art. 7 ustawy Prawo Bankowe (Dz.U. nr 72 z 2002r., poz. 665, z późniejszymi zmianami).

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.
ul. Odległa 8
33-100 Tarnów
tel. (48) 14 626 35 40
fax (48) 14 627 59 73

fbserwis
FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.



SYGN:CRUP/PN/2019/08/00031

Tarnów, dnia 02.08.2019 r.

DP/PEŁN/KARP/00051/2019

Pełnomocnictwo

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000047175, kapitał zakładowy 13 000 000,00 PLN, wpłacony w całości, NIP 8731014995, REGON 850384270, zwana dalej „Spółką”, niniejszym udziela pełnomocnictwa:

radcy prawnemu Mateuszowi Szymczakowi

wpisanemu na listę radców prawnych prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Warszawie pod numerem WA-8830

do reprezentowania Spółki w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz sądami okręgowymi w sprawach inicjowanych wniesieniem środka ochrony prawnej wobec czynności i zaniechań zamawiającego Gminy Miasta Rzeszowa (dalej: „Zamawiający”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Rzeszów” (dalej: „Postępowanie”), z prawem do wnoszenia w imieniu Spółki odwołań (w tym również wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a także wszelkich innych pism, wycofywania odwołań, składania w imieniu Spółki oświadczeń o przystąpieniu do postępowań wszczętych w wyniku wniesienia odwołania przez inny podmiot, wnoszenia skarg do właściwego sądu okręgowego oraz ich wycofywania, zgłaszania interwencji ubocznej, jak również do reprezentacji Spółki na posiedzeniach i rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą i właściwym sądem okręgowym.

Niniejsze pełnomocnictwo nie uprawnia do zawierania umów oraz zaciągania zobowiązań – w imieniu i na rzecz Spółki.

Niniejsze pełnomocnictwo uprawnia pełnomocnika do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Objęte pełnomocnictwem czynności pełnomocnik może wykonywać jednoosobowo.



Mateusz Szymczak
RADCA PRAWNY
WA-8830

PROKURENT

Arkadiusz Kazana

PROKURENT

Wioletta Trączkowska

Podpis osoby/osób upoważnionych
do reprezentowania Spółki

FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.

Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XII Wydział Krajowego Rejestru Sądowego
KRS 0000047175, NIP 873-10-14-995, REGON 850384270
Kapitał zakładowy 13 000 000,00 PLN, wpłacony w całości