

Frombork, 10 maja 2021 r.

Nr sprawy: PF.271.4.2021

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na „**Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie miasta i gminy Frombork**”,
numer ogłoszenia w BZP: 2021/BZP 00043905/01,
identyfikator postępowania na miniPortal: 4a6d64c0-8067-4da5-a31c-b90b094e7d0e

ZAWIADOMIENIE O ZŁOŻENIU ODWOŁANIA ORAZ WEZWANIE DO PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO

Działając na podstawie art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) Zamawiający zawiadamia, że w trakcie postępowania zostało wniesione odwołanie przez firmę:

**KOMA Olsztyn Sp. z o.o.,
ul. Towarowa 20A,
10-417 Olsztyn.**

Treść odwołania w załączeniu.

Jednocześnie wzywam Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania. Przystąpienie do postępowania odwoławczego Wykonawcy wnoszą na podstawie art. 525 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Zup. BURMISTRZA
Damian Krasiński
ZASTĘPCA BURMISTRZA

Załączniki:

Załącznik nr 1 – kopia odwołania

Elk, 4 maja 2021 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
UL. POSTĘPU 17A, 02-676 WARSZAWA

- Odwołujący:** KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
NIP 7393890861, KRS 0000647689
Ul. Towarowa 20A, 10-417 Olsztyn, telefon: 508 508 873
e-mail: biuro@koma.net.pl
zastępowana przez radcę prawnego Marcina Bogdana
z Kancelarii Radców Prawnych Marcin Bogdan i Wspólnicy
ul. Wojska Polskiego 53/4, 19-300 Elk
e-mail: bogdan@kancelaria-mb.pl
- Zamawiający:** Gmina Frombork
Ul. Młynarska 5a
14-530 Frombork
numer telefonu: 55 244 06 601
numer faksu: 55 244 06 611
adres poczty elektronicznej: fundusze@frombork.pl
- Przedmiot zamówienia:** Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie miasta i gminy Frombork (zwane dalej „Postępowaniem” lub „Zamówieniem”)
- Numer ogłoszenia:** Ogłoszenie nr 2021/BZP 00043905/01 z dnia 2021-04-29

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie art. 513 Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą PZP” w zw. z art. 505 ustawy PZP składam odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) sporządzonej na potrzeby Postępowania.

Przygotowując i przeprowadzając Postępowanie, Zamawiający doprowadził do naruszenia następujących przepisów:

- 1) art. 99 ust. 1 i 4, art. 436 pkt 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy PZP, a także art. 387 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny (zwanej dalej „KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez:

- a) ustalenie terminu realizacji zamówienia od dnia 1 maja 2021 r. (w szczególności w Ogłoszeniu o zamówieniu – pkt 4.2.2.; w SWZ: Rozdział IV OPZ, Rozdział V Termin wykonania zamówienia, Formularz oferty pkt 2, Wzór umowy §2 i §5 ust. 1) tj. wcześniej niż zamieszczono ogłoszenie o Zamówieniu co powoduje, że realizacja w tym terminie jest świadczeniem niemożliwym do wykonania. Dodatkowo termin rozpoczęcia realizacji zamówienia powinien uwzględniać datę podpisania umowy, a planowany termin zakończenia umowy powinien zostać określony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach,
 - b) zaniechanie ustalenia w umowie (§2 i 3) oraz OPZ (rozdział III i VIII ust. 1, XI ust. 2) odpowiedniego terminu liczonego od podpisania umowy na przygotowanie się wykonawcy do realizacji zamówienia tj. odpowiedniego okresu na utworzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (zwanego dalej „PSZOK”), rozstawienie pojemników, sporządzenie harmonogramu;
- 2) art. 353¹ KC, art. 5, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2 KC w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 8 ustawy PZP a także art. 433 pkt 1 i 2, art. 436 pkt 3 PZP poprzez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i ukształtowanie załącznika do SWZ - Wzoru umowy w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP, naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, a także w sposób uniemożliwiający wykonawcy prawidłową ocenę ryzyka kontraktowego a w konsekwencji należyte przygotowanie oferty, tj: §9 wzoru umowy gdyż:
- a) nie przewidziano maksymalnej wysokości kar umownych,
 - b) zastrzeżono kary umowne wyłącznie na rzecz Zamawiającego bez jednoczesnego zapisania adekwatnych kar umownych na rzecz wykonawcy,
 - c) określono karę umowną w ust. 1 lit c – „za nieprawidłowe wywiązywanie się z obowiązków określonych niniejszą umową w wysokości od 100 zł do 10.000 zł brutto” - nieprecyzyjnie tj. bez jednoznacznego określenia przewinienia wykonawcy i konkretnej wysokości kary za to przewinienie, pozostawiając zamawiającemu znaczną uznaniowość w naliczeniu kary i ustaleniu jej wysokości
- 3) art. 112 ust. 1 i 2 PZP art. 16 pkt 1 ustawy PZP , poprzez ustalenie w Ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 5.4.) oraz w SWZ – Rozdział VIII pkt 2 lit c oraz XI ust. 2pkt 1 tiret czwarte - warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej tj. posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów na nieruchomości zlokalizowanej na terenie Gminy Frombork, w sytuacji gdy tego rodzaju zezwolenie uzyskuje się na wskazaną konkretnie nieruchomość przeznaczoną na prowadzenie PSZOK, po spełnieniu szeregu wymagań oraz po przeprowadzeniu procedury administracyjnej, która jak pokazuje doświadczenie wykonawcy trwa co najmniej 6 miesięcy, co w sytuacji zobowiązania wykonawcy do posiadania takowego zezwolenia na etapie składania ofert w zasadzie uniemożliwia uczciwą konkurencję i preferuje wykonawcę, który obecnie realizuje zamówienie na rzecz Zamawiającego,
- 4) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy PZP, poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na części i wydzielenia części obejmującej utworzenie, wyposażenie i prowadzenie PSZOK, a także

zaniechanie wskazania w dokumentach zamówienia powodów nie podzielenia zamówienia na części,

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) ustalenie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu, SWZ i załącznikach do niego z uwzględnieniem daty podpisania umowy i odpowiedniego terminu na przygotowanie się wykonawcy do realizacji usługi tj.:
 - co najmniej 21 dni o dnia podpisania umowy na opracowanie i uzgodnienie z Zamawiającym harmonogramu odbioru odpadów oraz na wyposażenie nieruchomości w pojemniki i worki do gromadzenia odpadów
 - 6 miesięcy od podpisania umowy na utworzenie PSZOK i uzyskanie niezbędnych zezwoleń do jego prowadzenia, względnie wyłączenie z Postępowania części dotyczącej obowiązku utworzenia, wyposażenia i prowadzenia PSZOK lub także unieważnienie postępowania ze względu istotną zmianę charakteru zamówienia,
 - b) ustalenie planowanego terminu zakończenia usługi objętej zamówieniem określonego w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy PZP,
 - c) ustalenie w §9 wzoru umowy limitu kar umownych oraz zastrzeżenie kary umownej, którą zapłaci Zamawiający „za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę z przyczyn, leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 20% łącznej szacunkowej wartości zamówienia brutto, o której mowa w §5 ust. 1 płatnej przez Zamawiającego Wykonawcy w przypadku rozwiązania umowy”
 - d) wykreślenie z wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ:
 - w §12 ust. 1 w części dotyczącej posiadania przez wykonawcę zezwolenia w zakresie zbierania odpadów na terenie Gminy Frombork,
 - w §9 ust. 1 lit c,
 - e) wykreślenie z ogłoszenia oraz SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie Gminy Frombork, w tym konieczności złożenia podmiotowych środków na potwierdzenie jego spełniania
 - f) uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu, dalszych postanowieniach SWZ oraz załącznikach
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołującemu, który zamierza ubiegać się o realizację zamówienia, przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy PZP 179 ust. 1 PZP, bowiem ma interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Interes Odwołującego wyraża się w dążeniu do zmiany warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia, kar umownych i zasad ich naliczania na obecnym etapie postępowania oraz sposobu świadczenia usługi, które – gdyby zostały pozostawione w niezmienionym kształcie – stanowiłyby realną przeszkodę dla obrony interesów Wykonawcy realizującego kontrakt. W świetle orzecznictwa (np.

wyrok KIO z dnia 28.12.2018 r., sygn. akt KIO 2574/18) nie budzi wątpliwości, iż odwołanie, które ma na celu doprowadzenie postanowień SWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 505 ust. 1 PZP i podlega rozpoznaniu.

UZASADNIENIE

1. Zarzut dotyczący terminu świadczenia usługi.

Zamawiający popełnił oczywisty błąd wpisując termin rozpoczęcia realizacji umowy od dnia 1 maja 2021 r. i nie wymaga to dalszego uzasadnienia. Jednocześnie ukształtowanie zapisów SWZ oraz projektu umowy wskazuje, że wolą zamawiającego było określenie terminu rozpoczęcia i zakończenia usługi datami dziennymi. Stoi to w sprzeczności z treści art. 436 pkt 1 ustawy PZP, który przewiduje, że planowany termin zakończenia usługi powinien zostać określony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Dodatkowo zamawiający ustalając początkowy termin świadczenia usługi powinien uwzględnić czas niezbędny na przygotowanie do świadczenia usługi (rozstawienie pojemników, przygotowanie harmonogramu itd.), w przeciwnym jedynie wykonawca obecnie świadczący usługę odbioru odpadów na rzecz zamawiającego był w stanie rozpocząć realizację Zamówienia z dnia na dzień. Powyższe zaś świadczyłoby o naruszeniu przez zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy PZP, który nakazuje mu przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 99 ust. 4 ustawy PZP, który zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W OPZ zamawiający przewidział także utworzenie i prowadzenia PSZOK na terenie Gminy Frombork. Obowiązek zorganizowania PSZOK obciąża gminę i wynika z art. 3 ust. 2b Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 z późn. zm.). Zgodnie z w/w ustawą Gmina może taki PSZOK prowadzić samodzielnie lub zlecić jego prowadzenie przedsiębiorcy. Zgodnie zaś z art. 9c ustawy podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów. W przypadku zatem zlecenia przez gminę prowadzenia przez przedsiębiorcę PSZOK-u, ten musi uzyskać decyzję administracyjną – pozwolenie na zbieranie odpadów na podstawie art. 41 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 779). Zezwolenie na zbieranie uzyskuje się nie na działalność tego rodzaju w ogóle ale na prowadzenie jej na konkretnej nieruchomości. Z doświadczeń odwołującego wynika, że procedura uzyskiwania pozwolenia jest czasochłonna i podlega wielu uzgodnieniom innych organów co jeszcze bardziej wydłuża czas jego pozyskania. W ramach tej procedury trzeba podjąć co najmniej następujące działania:

- 1) wydzierżawić/zakupić nieruchomość oraz uzyskać pozwolenie wodnoprawne, w odrębnym postępowaniu administracyjnym na zagospodarowanie wód opadowych chyba, że odprowadzane są do istniejącej sieci,
- 2) wykonać operat przeciwpożarowy i uzyskać postanowienie od komendanta powiatowego, które go zatwierdzi,
- 3) przygotować i złożyć wniosek o wydanie pozwolenia zbieranie odpadów,

- 4) wykonać system monitoringu wizyjnego,
- 5) przejść pozytywnie kontrolę WIOŚ, straży pożarnej i organu wydającego zezwolenie w zakresie warunków wpisanych do operatu ppoż i wniosku na zbieranie odpadów,
- 6) wnieść zabezpieczenie roszczeń, o którym mowa w art. 48a ust. 1 ustawy o odpadach
- 7) otrzymać zezwolenie i odczekać wymagany termin na jego uprawomocnienie się.

Jak pokazują doświadczenia innych zamawiających, którzy zdają sobie sprawę z czasu i warunków przygotowania PSZOK, zamówienie na prowadzenie PSZOK wyodrębniane jest do osobnego zamówienia publicznego (w stosunku do odbioru odpadów) i przygotowywane jest z uwzględnieniem terminów i poziomu skomplikowania procedury uzyskania pozwolenia na zbieranie odpadów. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 września 2010 r. (KIO 1860/10, zapadłym w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy PZP) określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu dostawy oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. i tym samym do naruszenia powyższej normy prawnej. Gdyby jednak uznać, że świadczenie powyższe jest możliwe do wykonania – tylko przez jednego przedsiębiorcę – obecnie świadczącego usługi, to niewątpliwie takie ukształtowanie przez Zamawiającego zapisów SIWZ prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji. Art. 29 ust. 2 PZP posługuje się sformułowaniem "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję". Takie sformułowanie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia (pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia) nie doszło, lub nie może dojść, przerzucony zostaje wówczas na zamawiającego. Zatem wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 października 2019 r. sygn. KIO 1828/19). Niewątpliwie przedstawione przez Odwołującego okoliczności uprawdopodobniają, że ukształtowanie przez zamawiającego terminu wykonania zamówienia prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego ubiegania się o zamówienie.

2. Zarzut dotyczący kar umownych.

Zamawiający zawarł we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SWZ w §9 kary umowne, które Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu w przypadkach tam przewidzianych. Zamawiający przygotowując te postanowienia uchybił jednak obowiązkowi wynikającemu z art. 436 pkt 3 ustawy PZP do wskazania maksymalnej wysokości kar umownych. Jednocześnie Odwołujący nie znajduje uzasadnienia, dlaczego zamawiający zastrzegając na swoją rzecz karę umowną w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, nie zawarł adekwatnego uprawnienia do naliczenia kary umownej przez wykonawcę w sytuacji odwrotnej. Zaniechanie to prowadzi do nieuprawnionego uzyskiwania przez Zamawiającego przewagi kontraktowej, która jeszcze bardziej widoczna jest przy określeniu kary umownej w ust. 1 lit c – „za nieprawidłowe wywiązywanie się z obowiązków określonych niniejszą umową w wysokości od 100

zł do 10.000 zł brutto”, takie nieprecyzyjne postanowienie prowadzi do dowolności w naliczeniu kary i ustalaniu jej wysokości przez zamawiającego, a jednocześnie ogranicza prawo wykonawcy do przewidywalności zasad kontraktu o zamówienie publiczne i jednocześnie uniemożliwia w kalkulowanie w treści oferty ryzyka kontraktowego z tytułu naliczenia kar umownych.

3. Zarzut dotyczący ustanowienia warunku udziału w postępowaniu - posiadania zezwolenia na zbieranie.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 5.4.) oraz w SWZ – Rozdział VIII pkt 2 lit c przewidział warunek udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej tj. posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów na nieruchomości zlokalizowanej na terenie Gminy Frombork, zaś w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 tiret czwarte – przewidział w ramach podmiotowych środków dowodowych złożenie stosownego zezwolenia. Zaznaczyć również należy, że prowadzenie PSZOK jest jedynie niewielki elementem „głównego” zamówienia jak jest odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, do prowadzenia tej działalności niezbędny jest wpis do rejestru działalności regulowanej (wymagany przez zamawiającego). Procedurę uzyskiwania zezwolenia na zbieranie odpadów i stopień jej skomplikowania wskazano już przy uzasadnieniu zarzutu nr 1. W tym miejscu w kwestii ustalenia warunku udziału w postępowaniu należy wskazać, że postawienie tego warunku udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji ponieważ ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie do tego, który obecnie świadczy usługę na rzecz Zamawiającego

4. Zarzut zaniechania podzielenia zamówienia na części.

Zamawiający przygotowując OPZ w jednym postępowaniu niepodzielonym na części realizuje obowiązek wynikających z art. 6d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach tj. obowiązek udzielenia zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz obowiązek utworzenia PSZOK, wynikający z art. 3 ust. 2b ustawy, w ramach którego dochodzi do zbierania odpadów komunalnych.

Realizacja powyższych „elementów” przedmiotowego Zamówienia wymaga posiadania przez wykonawcę innych uprawnień, pierwszy z wymienionych - wpisu do rejestru działalności regulowanej drugi - zezwolenia na zbieranie odpadów. Zaniechanie zamawiającego podziału niniejszego zamówienia na części prowadzi do konieczności kumulacji tych uprawnień, co w tym konkretnie przypadku negatywnie wpływa na zachowanie uczciwej konkurencji bowiem jak już wskazywał odwołujący takie rozwiązanie, a w zasadzie zaniechanie Zamawiającego, umożliwia ubieganie się o zamówienie jedynie wykonawcy obecnie prowadzącemu PSZOK na zlecenie Zamawiającego. W tym miejscu Odwołujący powołuje się na Wyrok z dnia 21 września 2016 r. (sygn. VI Ca 665/16) Sądu Okręgowy w Częstochowie, gdzie Sąd trafnie wskazał, że co prawda zamawiający nie ma obowiązku tak ułożyć zamówienia, aby umożliwić złożenie oferty znacznej liczbie podmiotów, musi jednak uwzględnić w danych realiach rynkowych zasadę uczciwej konkurencji, w szczególności w przypadku, gdy brak podziału zamówienia na części faworyzowałby dotychczasowego wykonawcę i ograniczałby innym wykonawcom możliwość rywalizowania o

przedmiotowe zamówienie¹” oraz wyrok KIO 1032/16 w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała podzielenie zamówienia na części obejmujące: 1) usługi odbioru i zagospodarowania odpadów 2) utworzenie i prowadzenie PSZOK.

Załączniki:

- informacja z KRS Odwołującego,
- pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania.

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Marcin
Bogdan
Data: 2021.05.04 18:46:28 CEST



¹ powtórzono za E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Pravo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 91.