

Wojkowice, dnia 12 października 2020 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a (Adgar Plaza)
02-676 Warszawa

ODWOŁUJĄCY: ECON Trader sp. z o.o., ul. Długosza 27, 42-580 Wojkowice
e-mail: sekretariat@econ-trader.pl

ZAMAWIAJĄCY: Gmina Miejska Chojnów, Plac Zamkowy 1, 59-225
fax 76 8187 515
e-mail: urząd.miejski@chojnow.net.pl

ODWOŁANIE

OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: Odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych znajdujących się na terenie miasta Chojnowa – Część II

NUMER OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU W Dz.U. UE: 2020/S 190-459244 z dnia 30.09.2020 r.

Działając w imieniu Wykonawcy ECON Trader sp. z o.o. (pełnomocnictwo w załączeniu), zwanego dalej również: Odwołującym, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm., zwanej dalej: PZP), wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu:

ZWIĘZŁE PRZEDSTAWIENIE ZARZUTÓW:

Zamawiający naruszył następujące przepisy:

- A. art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1439 – zwanej dalej: UPGC) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Edyta
Duda
Data: 2020.10.12 22:56:00 CEST

sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący;

- B. art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC i art. 487 § 2 KC oraz art. 142 ust. 5 PZP poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim w § 7 ust. 1 i ust. 13 wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane i nieadekwatne kary umowne, stanowiące w istocie mechanizm dodatkowego dochodu dla Zamawiającego

WNIOSEK (ŻĄDANIE) CO DO ROZSTRZYGNIECIA ODWOŁANIA:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wskazanie w treści SIWZ konkretnej instalacji do której wykonawca części II zamówienia ma wykonywać transport odebranych odpadów, wraz z konsekwencją wprowadzonej zmiany dla sposobu obliczania ceny, kryteriów oceny ofert, formularza ofertowego dla części II, itp.
- 2) zmiany stawki kary umownej zastrzeżonej w § 7 ust. 1 załącznika 8B do SIWZ z „1% wynagrodzenia brutto” na „0,05% wynagrodzenia brutto”;
- 3) zmiany treści § 7 ust. 13 załącznika 8B do SIWZ poprzez dodanie na końcu zdania: „i jaka zostanie przez Gminę Miejską zapłacona”.

a także:

- 4) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

WYKAZANIE INTERESU WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Stosownie do art. 179 ust. 1 PZP, Odwołujący podnosi, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego. Obecna treść SIWZ w istocie uniemożliwia Odwołującemu złożenie racjonalnie skalkulowanej oferty w przedmiotowym postępowaniu bez narażania się na wykluczenie z udziału w postępowaniu bądź odrzucenie oferty. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, które mógłby uzyskać, w przypadku udzielenia mu zamówienia.

WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH ODWOŁANIA ORAZ WSKAZANIE DOWODÓW NA ICH POPARCIE:

I. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO NARUSZENIA ART. 29 UST. 1 I 2 PZP W ZW. Z ART. 6D UST. 4 PKT 5 UPGG POPRZEC DOKONANIE OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W SPOSÓB NIEUWZGLĘDNIĄCY WSZYSTKICH WYMAGAŃ I OKOLICZNOŚCI MOGĄCYCH MIEĆ WPŁYW NA SPORZĄDZENIE OFERTY I OSZACOWANIE JEJ KOSZTÓW W SPOSÓB NIEJEDNOZNACZNY I NIEWYCZERPUJĄCY

Zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP, *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie natomiast z art. 29 ust. 2 PZP, Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Z kolei, art. 6d ust. 4 pkt 5 UPGG stanowi, że: *Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności: instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości (...).*

Tymczasem w pkt 2 SIWZ, Zamawiający wskazał jedynie, że „Odpady będą dostarczane do RIPOK przez Wykonawcę wyłonionego w Części II postępowania. Rozliczenie przedmiotu umowy odbywać się będzie, na podstawie wagi rzeczywiście dostarczonych i zagospodarowanych odpadów, w oparciu o ceny jednostkowe zaproponowane w ofercie przez Wykonawcę”. Nadto, w pkt 25 załącznika nr 10 do SIWZ, Zamawiający określił, że „Odbiór i transport odpadów komunalnych do wskazanej przez Zamawiającego Instalacji, odbywać się musi w godzinach pracy tej Instalacji, przy czym wybrana Instalacja zapewnia odbiór odpadów od podmiotu przekazującego, co najmniej w godz. od 7:00 do 17:00 od poniedziałku do piątku oraz w wyjątkowych sytuacjach w soboty w godz. od 8:00 do 15:00 (np. w dniach poprzedzających dni świąteczne).”

Dowód: *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (w aktach postępowania)*

Jak trafnie wskazała Izba, „ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest aktem prawnym o charakterze *lex specialis* w odniesieniu do ustawy Prawo zamówień publicznych - nie tylko co do głównego przedmiotu jej regulacji, ale również w zakresie prowadzenia postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy odbierającego odpady

komunalne od właścicieli nieruchomości.” (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2013 r., KIO 1231/13).

W aktualnym stanie SIWZ nie sposób skalkulować cen jednostkowych odbioru i transportu poszczególnych frakcji odpadów, albowiem brak jest podstawowej informacji – adresu instalacji do której mają być transportowane odebrane odpady. Doskonale zdaje sobie sprawę z niedoskonałości ogłoszonego zamówienia w zakresie części II. Mianowicie, w załączniku nr 1 B do SIWZ, Zamawiający wymaga podania odrębnych cen jednostkowych odbioru i transportu poszczególnych frakcji odpadów, w zależności od przedziału przyszłej odległości instalacji od siedziby Zamawiającego. Zastosowane przez Zamawiającego trzy przedziały (do 40 km, pomiędzy 40 a 70 km oraz powyżej 70 km) powodują, że wykonawcy muszą uwzględnić w kalkulacji swojej oferty różne warianty adresu przyszłej instalacji. Dowolność interpretacji tych zakresów może istotnie wpływać na rozbieżność oferowanych cen.

Na dzień składania ofert nie wiadomo także który z zaoferowanych „wariantów” cen jednostkowych będzie finalnie brany pod uwagę przez Zamawiającego przy dokonywaniu oceny ofert, albowiem Zamawiający wymaga podania przez wykonawców **trzech** (sic!) cen ofertowych brutto:

Cena oferty to suma kwot z tabeli nr 1a, 2a, 3a, 4a, 5a ,6a i służy do porównania ofert.

Cena oferty brutto wynosi: zł
(słownie:zł)

Cena oferty to suma kwot z tabeli nr 1b 2b 3b, 4b, 5b ,6b i służy do porównania ofert.

Cena oferty brutto wynosi: zł
(słownie:zł)

Cena oferty to suma kwot z tabeli nr 1c, 2c, 3c, 4c, 5c ,6c i służy do porównania ofert.

Cena oferty brutto wynosi: zł
(słownie:zł)

Dowód: Załącznik nr 1B do SIWZ (w aktach sprawy)

Zgodnie z pkt. 15.2 ppkt 2 SIWZ, „Do ustalenia w Części II zamówienia oferty z najniższą ceną oraz oceny złożonych ofert w kryterium „Cena” - Zamawiający przyjmie ofertę z najniższą ceną w wariantcie odnoszącym się do odległości od siedziby Zamawiającego do instalacji przetwarzania odpadów, która wynikać będzie z najwyższej ocenionej oferty w Części I zamówienia”.

Dowód: *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (w aktach postępowania)*

Oznacza to, że istotny wpływ na ocenę ofert w Części II zamówienia będzie miała ocena ofert dokonana w ramach Części I zamówienia, bez dokonania której, ocena ofert dla Części II w zasadzie jest niemożliwa. Zamawiający, dostrzegając związek pomiędzy rozstrzygnięciem postępowania w Części I dla możliwości prawidłowego skalkulowania ofert dla Części II, powinien był jednak wpierv dokonać prawidłowego i ostatecznego wyboru oferty w Części I, a dopiero potem wyznaczyć termin składania ofert dla Części II postępowania.

W aktualnym brzmieniu SIWZ zaprzecza sama sobie, albowiem w pkt 21 SIWZ Zamawiający nie przewiduje przedstawiania ofert wariantowych, zaś w załączniku 1 B do SIWZ, Zamawiający wymaga podania cen jednostkowych dla trzech wariantów odległości instalacji od swojej siedziby.

Powyższe jest konsekwencją nieprzestrzegania przez Zamawiającego art. 6d ust. 4 pkt 5 UPCG i bezprawne pominięcie wskazania w SIWZ instalacji, do której mają być transportowane odebrane odpady komunalne.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, *„Opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego, ale też umożliwiać wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnić, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty porównywalne zarówno co do zakresu przedmiotu zamówienia, jak i co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich jego elementów. Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia na tyle jak tylko jest to możliwe. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.”* (wyrok z dnia 27 sierpnia 2019 r., KIO 1555/19)

W wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. Izba trafnie wskazała, że *„Celem art. 29 ust. 1 p.z.p. jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest opisać wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia na tyle wyczerpująco, aby każdy wykonawca miał pewność, czego zamawiający oczekuje i w jaki sposób to wykonać.”*

W przypadku niniejszego postępowania, Zamawiający nie wie jeszcze do jakiej instalacji mają być transportowane i wbrew wyraźnej dyspozycji art. 6d ust. 4 pkt 5 UPCG obarcza całością ryzyk związanych z powyższą niepewnością wykonawców dla części II zamówienia. Jest to ewidentny i rażący przykład naruszenia także dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 PZP.

Powyższe naruszenie przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

II. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP ORAZ ART. 29 UST. 1 I 2 PZP ORAZ ART. 14 UST. 1 I ART. 139 UST. 1 PZP W ZW. Z ART. 353¹ KC I ART. 487 § 2 KC ORAZ ART. 142 UST. 5 PZP POPRZEZ SPORZĄDZENIE WZORU UMOWY W SPOSÓB NARUSZAJĄCY ZASADY WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO, ZABURZAJĄCY WZAJEMNOŚĆ ŚWIADCZEŃ I NIE GWARANTUJĄCY RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW ORAZ UCZCIWEJ KONKURENCJI

Zgodnie z Załącznikiem nr 8B do SIWZ, w § 7 ust. 1 wzoru umowy dla części II zamówienia:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną **za każdy nieterminowy, niezgodny z harmonogramem odbiór odpadów oraz za każde nieposprzątane miejsce zbiórki odpadów komunalnych w ramach reklamacji, o której mowa w § 1 ust. IV pkt. 27 i 28 w wysokości 1 % wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 5 ust. 2 za każdy punkt zbiórki odpadów komunalnych.**

Nadto, zgodnie z § 7 ust. 13 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8B do SIWZ:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości kary, którą w przypadku nieosiągnięcia przez Gminę Miejską Chojnów poziomu recyklingu o którym mowa w art. 3b ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2010) zostanie naliczona Gminie Miejskiej Chojnów przez organ uprawniony.

Opisana powyżej wysokość kar umownych jest całkowicie oderwana od wartości zamówienia, wagi poszczególnych przewinień, czy też potencjalnej szkody dla Zamawiającego.

W przypadku określonym w § 7 ust. 1 wzoru umowy, Zamawiający w ogóle nie uzależnia zasadności naliczenia kary umownej od jakiegokolwiek stopnia zawinięcia wykonawcy, oraz posługuje się nieprecyzyjnymi określeniami. Nadto wysokość kary określona na 1 % wynagrodzenia brutto całej umowy jest nadmierna – podobnie brzmiący § 7 ust. 2 wzoru umowy, określa wysokość kary na 0,05 % wynagrodzenia brutto, która to wysokość jest bardziej racjonalna w odniesieniu do przedmiotu umowy.

W przypadku kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 13 wzoru umowy, powinna ona stanowić równowartość kary nie tylko ostatecznie ustalonej, lecz faktycznie zapłaconej przez Zamawiającego. Istnieje bowiem możliwość ubiegania się o umorzenie nałożonej kary – w takim wypadku Zamawiający byłby niesłusznie wzbogacony kosztem Wykonawcy.

Jak trafnie wskazał bowiem Sąd Apelacyjny w Katowicach, *„Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego”*¹.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż mamy tu do czynienia z kolejnym zaniechaniem ze strony Zamawiającego, mającym wpływ samą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie, wynik postępowania.

Mając na względzie powyższe, niniejsze Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

- 1) aktualny odpis z KRS ECON Trader sp. z o.o.;
- 2) pełnomocnictwa;
- 3) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictw;
- 4) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) dowód przesłania kopii niniejszego odwołania do Zamawiającego;

Otrzymują:

- adresat (x 1);
- Zamawiający (x 1);
- a/a (x 1).

¹ Wyrok z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. akt V A Ca 483/08.

