

FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.  
ul. Atramentowa 10, Bielany Wrocławskie  
55-040 Kobierzyce  
tel. (48) 71 328 70 36  
fax (48) 71 390 51 31  
[wroclaw@fbserwis.pl](mailto:wroclaw@fbserwis.pl)

**fbserwis**  
FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.

Warszawa, dnia 25 stycznia 2021 roku

Do:

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

Zamawiający:

**Gmina Oława**  
pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28,  
55-200 Oława  
tel.: 71/313-30-44, fax: 71/ 72-34-634  
email: [przetarg@gminaolawa.pl](mailto:przetarg@gminaolawa.pl)  
platforma:  
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/404454>

Odwołujący:

**FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.**  
ul. Atramentowa 10  
55-040 Bielany Wrocławskie  
NIP 898-10-05-431  
KRS 0000052775  
reprezentowany przez:  
r.pr. Mateusza Szymczaka  
adres do doręczeń:  
Mateusz Szymczak  
FBSerwis S.A.  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,  
tel. 571 296 925, faks: (22) 623 60 34  
email: [mateusz.szymczak@fbserwis.pl](mailto:mateusz.szymczak@fbserwis.pl)

**dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*ODBIERANIE I TRANSPORT ODPADÓW KOMUNALNYCH OD WŁAŚCICIELI NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH Z TERENU GMINY OŁAWA DO INSTALACJI DO PRZETWARZANIA ODPADÓW KOMUNALNYCH W GAC*” (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Gminę Oława (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 grudnia 2020 r. nr 2020/S 239-591164

## **ODWOŁANIE WYKONAWCY**

W imieniu wykonawcy **FBSerwis Wrocław sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, którego treść przekazuję w załączeniu, na podstawie **art. 513 pkt 1 i 2 i 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1** ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, ze zm.; dalej: „**nowa ustawa PZP**”),

FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.  
Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
KRS 0000052775, NIP 898-10-05-431, REGON 930415422  
Kapitał zakładowy 22 000 000,00 PLN, wpłacony w całości

wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalonej odpowiedziami Zamawiającego na pytanie nr 25, 27 i 28 opublikowanymi w dniu 15 stycznia br.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. **art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny** (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: „**k.c.**”) poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, tj. przez

- a. wskazanie w odpowiedzi na pytanie nr 25 dotyczące treści SIWZ, że Wykonawca ponosi koszt i ryzyko przekwalifikowania opadów odbieranych od właścicieli nieruchomości zgodnie z treścią SIWZ jako odpady o kodzie 20 03 99 (pozostałości z sortowania, w tym popiół) na odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01, bez prawa regresu i innych żądań wobec gminy,

co oznacza obciążenie Wykonawcy ryzykiem niemożliwym do skalkulowania i wynikającym z okoliczności niezależnych od Wykonawcy, a zależnych wyłącznie od innego podmiotu (Zakładu Gospodarowania Odpadami Komunalnymi sp. z o.o. w Gać), w sytuacji, gdy Wykonawca nie ma żadnego wpływu na sposób kwalifikacji odpadów przez ww. podmiot i nie wie, jak ww. podmiot będzie w danym przypadku klasyfikował dostarczane mu odpady,

przy czym Wykonawca nie ma możliwości dokonania samodzielnej oceny, czy w danym pojemniku na odpady znajdują się odpady o kodzie 20 03 99 czy 20 03 01, bowiem z treści SIWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia można wywieść, że Zamawiający za odpady o kodzie 20 03 99 uznaje takie odpady, które w powszechnej praktyce uznaje się za odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01, a obie te frakcje (rodzaje) odpadów komunalnych mają zbliżony morfologicznie skład i tym samym nie jest możliwe ich odróżnienie w trybie oceny wizualnej;

- b. Ustalenie w ramach odpowiedzi na pytanie nr 25, 27 i 28 stosunku prawnego stanowiącego przedmiot zamówienia w taki sposób, który może stanowić zachętę do manipulowania cenami jednostkowymi za odbiór i transport odpadów o kodzie 20 03 01 (niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne) oraz 20 03 99 (odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach), tj. przez wskazanie, że w ramach przedmiotu zamówienia odpady o kodzie 20 03 01 zasadniczo nie będą odbierane, przy jednoczesnym zastrzeżeniu obowiązku ich odbioru w ramach odrębnej ceny jednostkowej w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości oraz przy jednoczesnym obciążeniu wykonawcy ryzykiem „przekodowania” przez instalację komunalną odpadów sklasyfikowanych pod kodem 20 03 99 na odpady o kodzie 20 03 01,

co wobec trudności w odróżnieniu odpadów o kodzie 20 03 01 od odpadów o kodzie 20 03 99 może prowadzić do zaniżenia przez niektórych wykonawców jednej z cen jednostkowych za odbiór ww. odpadów (tj. albo ceny za odbiór odpadów o kodzie 20 03 01, albo ceny za odbiór odpadów o kodzie 20 03 99) przy jednoczesnym zawyżeniu drugiej z tych cen przy założeniu przez tych wykonawców, że na etapie realizacji zamówienia wszystkie odpady stanowiących pozostałości z sortowania będą odbierane pod tym kodem, za który została zaferowana zawyżona cena jednostkowa,

co doprowadzić może do zawyżenia wynagrodzenia faktycznie wypłacanego wybranemu wykonawcy z pokrzywdzeniem dla Zamawiającego i mieszkańców Gminy Oława;

**2. art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. przez:

a. wskazanie w odpowiedzi na pytanie nr 25 dotyczące treści SIWZ, że Wykonawca ponosi koszt i ryzyko przeklasyfikowania opadów odbieranych od właścicieli nieruchomości zgodnie z treścią SIWZ jako odpady o kodzie 20 03 99 (pozostałości z sortowania, w tym popiół) na odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01, bez prawa regresu i innych żądań wobec gminy,

bez jednoczesnego wskazania, jakie koszty w związku z tym wykonawca będzie ponosił (czy ma być to pełen koszt zagospodarowania tego rodzaju odpadów, czy też koszty odpowiadające różnicy w cenie zagospodarowania ww. rodzajów odpadów czy też jakiegokolwiek inne koszty),

co uniemożliwia Odwołującemu i innym wykonawcom rzetelne skalkulowanie ww. ryzyka i kosztów oraz ich uwzględnienie w cenie ofertowej,

b. wskazanie w odpowiedzi na pytanie nr 25 dotyczące treści SIWZ, że Wykonawca jest zobowiązany samodzielnie zbadać odpady gromadzone w pojemnikach na pozostałości z sortowania i stwierdzić, czy stanowią one odpady o kodzie 20 03 01 (odpady zmieszane) czy 20 03 99 (odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach)

bez jednoczesnego wyjaśnienia zasad kwalifikacji odpadów do ww. grup i sposobu dokonania takiej oceny oraz bez wskazania, w jaki sposób odpady będzie kwalifikował do jednej z ww. grup podmiot prowadzący instalację komunalną, do której odpady będą przekazywane,

co uniemożliwia Odwołującemu ocenę, w jaki sposób czynności związane z odbiorem odpadów z pojemników na „pozostałości z sortowania” winny być prowadzone celem zapewnienia zgodności z SIWZ oraz uniknięcia ryzyka i kosztów „przekodowania” odpadów przez instalację komunalną.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ poprzez:
  - a. wprowadzenie jednolitej ceny jednostkowej za odbiór odpadów o kodzie 20 03 01 i 20 03 99, albo
  - b. wskazanie, że niezależnie od kwalifikacji odbieranych odpadów przez docelową instalację komunalną jako odpadów o kodzie 20 03 01 albo 20 03 99 koszty zagospodarowania takich odpadów pokryje w całości Zamawiający, względnie
  - c. wprowadzenie obowiązku klasyfikacji wszystkich odpadów komunalnych odbieranych jako pozostałości z sortowania oraz powstałych przy naruszeniu

przez mieszkańców obowiązku zbierania odpadów w sposób selektywny wyłącznie jako odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01.

Ponadto wnoszę o:

- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

## Uzasadnienie

### 1. Uzasadnienie zarzutów odwołania

Przystępując do uzasadnienia zarzutów Odwołania wskazać należy, że przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu jest odbiór i transport (bez zagospodarowania), odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Oława, klasyfikowanych w ramach następujących frakcji:

- odpady BIO (odpady o kodzie 15 01 03, 20 01 08, 20 01 38, 20 02 01, 20 03 02),
- pozostałości z sortowania, w tym popiół (20 03 99),
- szkło bez podziału na kolory (15 01 07, 20 01 02),
- papier (15 01 01, 20 01 01),
- metale i tworzywa sztuczne (15 01 04, 20 01 40, 15 01 02, 20 01 39).

Wszystkie odebrane odpady wykonawca zobowiązany jest przetransportować do instalacji komunalnej w miejscowości Gać prowadzonej przez Zakład Gospodarowania Odpadami Komunalnymi Sp. z o. o. Co istotne, **koszty zagospodarowania ww. odpadów ponosi Zamawiający** (zagospodarowanie odebranych odpadów nie stanowi przedmiotu zamówienia, zatem ich zagospodarowanie pozostaje po stronie Zamawiającego – który w ramach odrębnej umowy powierzył zagospodarowanie odpadów podmiotowi prowadzącemu instalację komunalną w miejscowości Gać).

Jednocześnie w formularzu cenowym, stanowiącym podstawę obliczenia ceny ofertowej, Zamawiający wymaga podania odrębnych cen jednostkowych za odbiór i transport następujących frakcji odpadów:

• 20 03 01 Niesegregowane(zmieszane) odpady komunalne
• 20 03 99 Odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach
• 20 01 08, 20 02 01 Odpady ulegające biodegradacji i odpady kuchenne
• 15 01 07 Opakowania ze szkła
• 15 01 06 Zmieszane odpady opakowaniowe
• 15 01 01 Opakowania z papieru i tektury

Z powyższego wynika, że Zamawiający wymaga od wykonawców wyceny 6 frakcji odpadów, przewidując jednocześnie odbiór jedynie 5 frakcji.

Powyższą rozbieżność Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 5 i 9 dotyczące treści SIWZ, która została opublikowana na stronie internetowej, na której jest prowadzone

Postępowanie, w dniu 4 stycznia br. Wskazał mianowicie, że odpady komunalne zmieszane zostały wskazane w OPZ na potrzeby wykazania ilości odpadów w okresie od września 2019 r. do sierpnia 2020 r. oraz że w ramach niniejszego zamówienia nie przewiduje odbioru odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01. Ponadto w ramach odpowiedzi na pytanie nr 18 dotyczące tego, czy dopuszcza on łączne odbieranie odpadów o kodzie 20 03 01 i 20 03 99, Zamawiający odpowiedział, że nie dopuszcza mieszania takich odpadów komunalnych.

W dniu 15 stycznia br. Zamawiający opublikował kolejne odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ wskazując, że:

- Zamawiający wprawdzie nie planuje odbioru zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01), aczkolwiek może się zdarzyć tak, że właściciel nieruchomości nie dopełni obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, zawarty w uchwale w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Oława, a wówczas Wykonawca powinien odebrać odpady jako zmieszane (kod 20 03 01) i przekazać do instalacji (odp. na pytanie nr 27 i 28 z dnia 15 stycznia br.);
- w przypadku odebrania odpadów o kodzie 20 03 99, które przez instalację ZGO Gać zostaną zakwalifikowane jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne o kodzie 20 03 01, ryzyko i koszt zmiany kodu odpadu ponosi wyłącznie Wykonawca, bez prawa regresu lub innych żądań wobec Zamawiającego, bowiem zdaniem Zamawiającego wykonawca jest zobowiązany do samodzielnego zbadania i stwierdzenia, jakiego rodzaju odpady odbiera i jaka jest kwalifikacja odbieranych odpadów (odpowiedź na pytanie nr 25 z dnia 15 stycznia br.).

Niniejsze Odwołanie dotyczy ww. odpowiedzi Zamawiającego, bowiem modyfikują one postanowienia SIWZ w sposób, który przenosi na Wykonawcę nieakceptowalny poziom ryzyka, którego nie sposób rzetelnie oszacować, a który nie jest w żaden sposób uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

#### 1.1. Obciążenie wykonawcy ryzykiem i kosztem zmiany klasyfikacji odpadów przez ZGO Gać

Niezrozumiałe dla Odwołującego jest obciążenie wykonawcy ewentualnym ryzykiem i kosztem zmiany klasyfikacji odpadów przez podmiot prowadzący instalację komunalną.

Jak wynika z treści odpowiedzi na pytanie nr 25, Zamawiający wychodzi z założenia, że wykonawca nie tylko jest w stanie, ale wręcz jest ma obowiązek dokonania oceny wizualnej odbieranych odpadów i na tej podstawie zakwalifikować je odpowiednio jako odpady komunalne zmieszane (o kodzie 20 03 01) bądź jako odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach (kod 20 03 99). Na podstawie takiej oceny – zdaniem Zamawiającego – wykonawca miałby stwierdzić, czy mieszkańcy prawidłowo realizują obowiązek selektywnego zbierania odpadów i dopiero w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w tym zakresie mógłby odebrać odpady jako niesegregowane (zmieszane).

Takie założenie jest jednak błędne.

Należy zauważyć, że odpady, które Zamawiający uznaje za „pozostałości z sortowania” zbliżone są morfologicznie do odpadów komunalnych zmieszanych. Są to w istocie niemal takie same odpady, o takim samym lub co najmniej bardzo podobnym składzie. Ich odróżnienie, w szczególności na podstawie oceny wizualnej przez pracownika odbierającego odpady czy nawet przez pracowników instalacji komunalnej przyjmującej odpady do przetworzenia, w praktyce nie jest i nie będzie możliwe.

Co więcej, w większości znanych Odwołującemu gminnych systemów gospodarowania odpadami komunalnymi odpady, które są przez Zamawiającego nazywane „pozostałościami z sortowania” klasyfikuje się jako odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01. Natomiast za odpady klasyfikowane pod kodem 20 03 99 uznaje się zupełnie inne odpady – głównie są to odpady porzucane w miejscach do tego nieprzeznaczonych, np. w lesie (nie zaś odpady gromadzone przez mieszkańców nieruchomości w odpowiednich pojemnikach).

Dlatego odpady gromadzone przez mieszkańców Gminy Oława jako „pozostałości z sortowania” będą w istocie tożsame lub co najmniej bardzo podobne do odpadów, które powstawałyby w przypadku nierealizowania przez mieszkańców obowiązków selektywnego zbierania odpadów. W obu tych przypadkach odpady mogą być uznane za odpady komunalne zmieszane – zarówno z uwagi na sposób ich wytworzenia (gospodarstwa domowe), jak i z uwagi na ich skład morfologiczny.

Prowadzić to może do następujących skutków:

- z jednej strony pracownicy wykonawcy odbierającego odpady nie będą w stanie w sposób jednoznaczny ocenić, czy odbierają odpady które Zamawiający uznaje za odpady komunalne zmieszane (20 03 01), czy też inne odpady (w szczególności odpady o kodzie 20 03 99),
- z drugiej zaś powstaje ryzyko, że również w przypadkach, gdy odpady odbierane z pojemników przeznaczonych na „pozostałości z sortowania” będą prawidłowo zbierane przez mieszkańców w sposób selektywny, instalacja ZGO, do której wykonawca ma obowiązek przekazać te odpady, zgodnie z powszechną praktyką zakwalifikuje takie odpady jako odpady komunalne zmieszane (niesegregowane) o kodzie 20 03 01.

W tej sytuacji obciążanie Wykonawcy odbierającego odpady komunalne ryzykiem ewentualnego przekwalifikowania odpadów przez podmiot prowadzący docelową instalację komunalną (ZGO Gać) musi być uznane za niedopuszczalne.

W tym zakresie należy zauważyć, że wprawdzie Zamawiający, co do zasady, uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> 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 trojkiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. 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, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2399/15; podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 980/18; KIO 983/18).

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).

Zamawiający takie właśnie ryzyko zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 25 do SIWZ próbuje na wykonawcę przenieść, co należy uznać za nieuprawnione.

Takie ukształtowanie postanowień SIWZ nie może być usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego ani też ochroną interesu publicznego. Nie mieści się w granicach takiego interesu obciążanie wykonawcy ryzykiem związanym z działaniami czy zaniechaniami innych podmiotów, w tym w szczególności mieszkańców gminy czy podmiotu prowadzącego instalację komunalną – na które to zachowania Wykonawca nie ma żadnego wpływu i na etapie sporządzania oferty i kalkulowania ceny ofertowej nie może ich przewidzieć.

Co więcej, utrzymanie kwestionowanych przez Odwołującego zapisów przenoszących ryzyko przekwalifikowania odpadów przez instalację (z odpadów o kodzie 20 03 99 na odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01) na wykonawcę może prowadzić do negatywnych skutków dla samego Zamawiającego.

Po pierwsze, obciążenie wykonawcy powyższym ryzykiem będzie najprawdopodobniej wiązało się z podwyższeniem ceny za odbiór i transport odpadów. Wykonawcy mając świadomość, że w związku z przekwalifikowaniem odpadów mogą być obciążeni dodatkowymi kosztami, o ile w ogóle zdecydują się na złożenie oferty w postępowaniu, siłą rzeczy zmuszeni będą podwyższyć cenę ofertową tak, aby przedmiotowe koszty zostały pokryte. Wiązać się to będzie dla Zamawiającego z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów, które trudno będzie pogodzić z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Po wtóre, część wykonawców może dojść do przekonania, że najlepszym sposobem uniknięcia ryzyka obciążenia ewentualnymi kosztami „przekodowania” odpadów będzie dokonanie odbioru wszystkich odpadów z pojemników przeznaczonych na „pozostałości z sortowania” jako odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01. Takie działania byłoby jednak niezgodne z intencją Zamawiającego oraz treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – byłby to zatem jedynie swego rodzaju „wybieg” wykonawcy, mający na celu uniknięcie negatywnych konsekwencji związanych ze świadczeniem usługi odbioru odpadów w sposób prawidłowy i zgodny z SIWZ. Ponadto zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytanie nr 25, 27 i 28 odbiór wszystkich „pozostałości z sortowania” jako odpadów komunalnych zmieszanych wiązałby się z uznaniem,

że wszyscy mieszkańcy nieprawidłowo realizują nałożony na nich obowiązek segregacji odpadów (selektywnego zbierania odpadów komunalnych) – w takim przypadku wykonawca zgodnie z postanowieniami Opisu przedmiotu zamówienia musiałby każdorazowo informować Zamawiającego o nieprawidłowym (niezgodnym z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Oława) gromadzeniu odpadów komunalnych przez właścicieli nieruchomości.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzi na pytania nr 25, 27 i 28 z dnia 15 stycznia br. stanowią wręcz mogą dla części wykonawców zachętę do stosowania tzw. inżynierii cenowej przy składaniu oferty.

Skoro – jak wynika z powyższej argumentacji – Wykonawcy mogą samodzielnie decydować o zaklasyfikowaniu odpadów gromadzonych w pojemnikach na „pozostałości z sortowania” jako odpady o kodzie 20 30 99 lub 20 03 01, a za odbiór tych odpadów, w zależności od przypisanego im kodu, mają się rozliczać przy zastosowaniu dwóch odrębnych cen jednostkowych, to istnieje ryzyko, że część z wykonawców mogłoby dokonać zabiegu polegającego na zawyżeniu jednej z tych cen jednostkowych przy jednoczesnym zniżeniu drugiej z nich, a następnie odpady z ww. pojemników odbierać jako odpady o tym kodzie, dla którego zaproponowana została wyższa cena jednostkowa.

Oczywistym jest, że tego rodzaju praktyka musiałaby zostać zakwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji (por. m.in. uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14, z dnia 3 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2553/15 oraz z dnia 23 maja 2016 r. sygn. akt KIO 547/16; KIO 550/16; KIO 552/16). Tym niemniej granica pomiędzy celowym zawyżeniem jednej z cen i zniżeniem drugim, a „zwykłym” (zgodnym z prawem) zaferowaniem dwóch cen jednostkowych na różnym poziomie jest dość płynna – mogą zatem zdarzyć się takie przypadki, w których owa inżynieria zostanie zastosowana na tyle subtelnie, że nie wzbudzi podejrzeń Zamawiającego czy Krajowej Izby Odwoławczej i tym samym nie zostanie uznana za czyn nieuczciwej konkurencji – pomimo, iż w rzeczywistości takim właśnie czynem będzie.

W tym zakresie niejednoznaczne zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, analizowane w świetle odpowiedzi Zamawiającego na pytania nr 25, 27 i 28 (które to odpowiedzi w istocie zmodyfikowały pierwotne brzmienie SIWZ) mogą wręcz stanowić zachętę do stosowania przywołanej praktyki manipulowania cenami jednostkowymi.

Mając to na uwadze celowe jest nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ w szczególności w sposób zaproponowany przez Odwołującego w *petitum* niniejszego Odwołania.

#### 1.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ryzyka i kosztów wykonawcy związanych z ewentualnym „przekodowaniem” odpadów

Przystępując do uzasadnienia zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia wskazać należy, że opis ten 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 udzielając w dniu 15 stycznia br. odpowiedzi na pytania nr 27 i 28 oraz 25 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że Wykonawca realizujący przedmiot zamówienia jest zobowiązany każdorazowo do zbadania odbieranych odpadów i wskazania, czy w pojemniku znajdują określone odpady, w szczególności czy w pojemniku na „pozostałości z sortowania” znajdują się odpady o kodzie 20 03 01 (odpady komunalne zmieszane) czy odpady o kodzie 20 03 99 (opady komunalne niewymienione w innych podgrupach), a w przypadku gdy prowadzący instalację dokona odmiennej oceny (tj. uzna, że odpady odebrane jako odpady o kodzie 20 03 99 są w istocie odpadami komunalnymi zmieszanymi o kodzie 20 03 01) to wykonawca ponosić będzie ryzyko i koszty wynikające z „przekodowania” odpadów przez prowadzącego instalację komunalną

W tym zakresie Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób wykonawca miałby odróżnić odpady o kodzie 20 03 99 od odpadów o kodzie 20 03 01 – a kwestia ta jest o tyle trudna, że jak zostało wyjaśnione we wcześniejszej części odwołania, odpady te nie wykazują istotnych różnic morfologicznych (nie różnią się składem), a tym samym odróżnienie obu tych frakcji od siebie jest niemożliwe. W sytuacji, gdy Zamawiający nie wskazuje w treści SIWZ, według jakich kryteriów ww. kody odpadów powinny być kwalifikowane oraz nie wskazuje analogicznych kryteriów, według których odpady będą klasyfikowane przez podmiot prowadzący instalację komunalną (z którym Zamawiający – co należy podkreślić – zawarł umowę dotyczącą zagospodarowania przedmiotowych odpadów, określającą kompleksowo prawa i obowiązki stron związane z przekazaniem i przyjęciem odpadów do zagospodarowania), wykonawcy nie mogą ustalić, jak prawidłowo powinien zostać zrealizowany obowiązek przewidziany w odpowiedzi na pytanie nr 25 dotyczące SIWZ i w jaki sposób powinni klasyfikować odpady odbierane z pojemników na „pozostałości z sortowania”, aby zminimalizować ryzyko związane z ewentualnym „przekodowaniem” odpadów przez prowadzącego instalację komunalną w miejscowości Gać.

Co więcej, w odpowiedzi na pytanie nr 25 do SIWZ Zamawiający w sposób niezwykle ogólny i nieprecyzyjny wskazał, że w przypadku „przekodowania” w instalacji przekazanych odpadów o kodzie 20 03 99 na odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01, koszt i ryzyko zmiany kody na instalacji poniesie wyłącznie wykonawca, bez prawa regresu lub innych żądań wobec gminy.

Tak ogólne sformułowanie „ryzyka i kosztów” ponoszonych przez wykonawcę powoduje trudności w ustaleniu, jakiego rodzaju koszty i w jakim rozmiarze miałby w takim przypadku ponosić wykonawca”, w szczególności czy miałyby to być pełne koszty zagospodarowania odpadów, czy też różnicę w cenie zagospodarowania przez ZGO Gać odpadów komunalnych zmieszanych (20 03 01) i odpadów niewymienionych w innych podgrupach (20 03 99), czy też być może zupełnie inne koszty. Brak precyzyjnego zakresu odpowiedzialności wykonawcy utrudnia prawidłowe skalkulowanie takich kosztów oraz ryzyka ich poniesienia, w istocie uniemożliwiając Odwołującemu prawidłowe skonstruowanie oferty w Postępowaniu (sporządzenie jej w taki sposób, aby wszystkie ryzyka zostały ocenione i skalkulowane w ramach zaoferowanej Zamawiającemu ceny).

W tych okolicznościach celowe jest nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w szczególności przez:

- a. wprowadzenie jednolitej ceny jednostkowej za odbiór odpadów o kodzie 20 03 01 i 20 03 99,



FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.

- b. wskazanie, że niezależnie od kwalifikacji odbieranych odpadów przez docelową instalację komunalną jako odpadów o kodzie 20 03 01 albo 20 03 99 koszty zagospodarowania takich odpadów pokryje w całości Zamawiający, względnie
- c. wprowadzenie obowiązku klasyfikacji wszystkich odpadów komunalnych odbieranych jako pozostałości z sortowania oraz powstałych przy naruszeniu przez mieszkańców obowiązku zbierania odpadów w sposób selektywny jako odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01.

## **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 i 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**

Odpowiedzi na pytania nr 25, 27 i 28 dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały opublikowane na stronie internetowej, na której Zamawiający prowadzi Postępowanie, w dniu 15 stycznia 2021 r.

Niniejsze Odwołanie, wnoszone w dniu 25 stycznia 2021 r., składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego informacji o czynności stanowiącej podstawę wniesienia Odwołania.

\* \* \*

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

### Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
2. dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu,
3. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania
4. informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS

FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.  
ul. Atramentowa 10, Bielany Wrocławskie  
55-040 Kobierzyce  
tel. (48) 71 328 70 36  
fax (48) 71 390 51 31  
[wroclaw@fbserwis.pl](mailto:wroclaw@fbserwis.pl)

**fbserwis**  
FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.