

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp.j.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Biurow:
Wrocław

Telefon:
0048 71 326 51 40

E-Mail:
wroclaw@sdzlegal.pl

Kancelaria Prawna Schampera,
Dubis, Zając i Wspólnicy sp. j.

ul. Kazimierza Wielkiego 3
50-077 Wrocław, Polska
E-Mail: wroclaw@sdzlegal.pl
Tel: +48 71 326 51 40
Fax: +48 71 326 51 41

www.schindhelm.com

Sąd Rejonowy
dla Wrocławia Fabrycznej
VI Wydział Gospodarczy KRS
KRS: 0000888560
NIP: 895-17-80-757
REGON: 932832704

Wrocław, dnia 6 sierpnia 2024 r.

Odwołujący: **RDF sp. z o.o.**, ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców pod numerem KRS: 0000398025, zastępowana przez radcę prawnego Magdalenę Kacalę, adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp. j., ul. Kazimierza Wielkiego 3, 50-077 Wrocław, tel.: (71) 326 51 40, fax: (71) 326 51 41, e-mail: wroclaw@sdzlegal.pl; magdalena.kacala@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Gmina Łyse**, ul. Ostrołęcka 2, 07-437 Łyse, tel.: (29) 77 25 027, e-mail: sekretariat@gminalyse.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „*Odbiór i transport odpadów komunalnych terenu Gminy Łyse*”, numer referencyjny: GZP.271.8.2024

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 sierpnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00440559/01



ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – **RDF sp. z o.o.**, w oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej jako „Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”, oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostało wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:

- 1) **naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp** poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co przejawia się brakiem szczegółowego wskazania wszystkich kodów opadów, które Wykonawca będzie miał obowiązek odebrać od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Łyse;
- 2) **naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 114 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez wprowadzenie w Rozdziale XIV pkt 14.2.2. lit. b) SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej (dalej: RDR) w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Łyse, który to warunek nie pozwala na ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, bowiem nie wskazuje wprost, że wpis do RDR, którym legitymuje się Wykonawca powinien zawierać wszystkie kody odpadów, które odbierać i transportować będzie Wykonawca, co czyni go też warunkiem nietransparentnym i budzącym wątpliwości interpretacyjne, a tylko precyzyjny i jasny warunek pozwoli na zapewnienie równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i efektywności w Postępowaniu;
- 3) **naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez wprowadzenie w Rozdziale XIV pkt 14.2.4. lit. d) SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować do realizacji zamówienia bazą magazynowo – transportową, usytuowaną w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Łyse, która wyposażona ma być między innymi w miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych, a także w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, co czyni ten wymóg



nieproporcjonalnie wysokim do przedmiotu zamówienia, w szczególności wobec faktu, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów, co oznacza, że Wykonawca (w świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa) ma możliwość świadczenia usługi w taki sposób, że nie będzie w ogóle magazynował odpadów, co oznacza, że nakładanie na niego obowiązku dysponowania bazą magazynowo-transportową wyposażoną w miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych jest wymogiem nadmiarowym, zawężającym konkurencję w Postępowaniu;

- 4) **naruszenie art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.”), która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r. Pomimo tego, że treść aktu prawnego jest znana wykonawcom, to nie są jeszcze znane konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów np. co do wielkości i jakości strumienia, co ma wpływ na realizację zamówienia i jego koszty. Zamawiający nie zawarł we Wzorze Umowy postanowień, które pozwalałyby na jej dostosowanie do nowych warunków, w których wykonawca będzie świadczył usługę (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy), co narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć – powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych;
- 5) **naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c.** poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych § 10 ust. 1 lit. b Wzoru Umowy za każdy inny, niż określony w przywołanym ustępie, przypadek naruszenia obowiązków Wykonawcy określonych w niniejszej umowie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Tak ukształtowana przesłanka do nałożenia kar umownych, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, a nadto uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie ryzyk kontraktowych z uwagi na brak jednoznacznego sprecyzowania, w jakich sytuacjach Zamawiający będzie mógł dochodzić od wykonawcy zapłaty kary umownej;
- 6) **art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych



określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez:

- a) brak jednoznacznego wskazania miejsca ważenia pojazdów na terenie Gminy Łyse oraz informacji, czy waga na której ważone będą pojazdy posiada aktualną legalizację, jak również godzin, w jakich Wykonawca będzie mógł dokonywać ważeń (godzin, w jakich będzie czynny punkt ważenia pojazdów), co ma wpływ na kalkulowanie przez Wykonawcę ceny ofertowej w szczególności w odniesieniu do kosztów transportu związanych z dojazdem pojazdów do miejsca ważenia;
- b) w rozdziale V pkt 5.3. SWZ miejsca dostarczania odpadów selektywnie zbieranych, tj. tworzywa i szkła, podczas gdy Zamawiający nie wymaga od Wykonawcy zagospodarowania tych frakcji odpadów;
- c) brak jednoznacznego wskazania, w jakich godzinach Wykonawca będzie mógł świadczyć usługę, przy jednoczesnym zobowiązaniu Wykonawcę do zapewnienia kontaktu telefonicznego co najmniej w godz. 7:30 – 15:30, celem nadzorowania przez Zamawiającego odbierania odpadów na terenie gminy, co ma wpływ na kalkulowanie przez Wykonawcę ceny ofertowej w szczególności w odniesieniu do kosztów pracy i całej logistyki zadania;
- d) nie wskazanie we Wzorze Umowy i nie zapewnienie czasu pracy instalacji, pozwalającego Wykonawcy na przekazanie odpadów odebranych od mieszkańców Gminy Łyse w godzinach pracy Wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w niniejszym odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

- 1) **Ad. zarzut z pkt 1** – wprowadzenia w Rozdziale V SWZ kodów odpadów przeznaczonych do odebrania i transportu przez Wykonawcę od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Łyse;
- 2) **Ad. zarzut z pkt 2** - zmiany w Rozdziale XIV pkt 14.2.2. lit. b SWZ warunku udziału w Postępowaniu na: *jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych wskazanych w Rozdziale V SWZ od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Łyse, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. z 2024 r. poz. 399)*”;
- 3) **Ad. zarzut z pkt 3** - zmiany w Rozdziale XIV pkt 14.2.4 lit. d SWZ warunku udziału w Postępowaniu na: *bazą magazynowo – transportową, usytuowaną w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Łyse, usytuowaną na terenie, do którego posiada tytuł prawny, zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym, wyposażoną w miejsce do parkowania pojazdów, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu, wyposażoną w pomieszczenia socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych*



osób, na terenie której znajduje się punkt konserwacji i napraw pojazdów oraz miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów – zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dn. 11.01.2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

- 4) **Ad. zarzut z pkt 4** - wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r., które z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy.
- 5) **Ad. zarzut z pkt 5** - zmiany § 10 ust. 1 lit. b Wzoru umowy poprzez usunięcie przesłanki umownej;
- 6) **Ad. zarzut z pkt 6 a)** – wprowadzenia w Rozdziale V SWZ miejsca ważenia pojazdów oraz godzin pracy punktu ważenia pojazdów na terenie Gminy Łyse oraz informacji, czy waga na której ważone będą pojazdy posiada aktualną legalizację;
Ad. zarzut z pkt 6 b) - wprowadzenia w Rozdziale V pkt 5.3. SWZ miejsca dostarczania odpadów selektywnie zbieranych, tj. tworzywa i szkła.
Ad. zarzut z pkt 6 c) – wprowadzenia w Rozdziale V pkt 5.10. lit. k SWZ czasu odbioru odpadów przez Wykonawcę, w godzinach od 6:00 – 22:00;
Ad. zarzut z pkt 6 d) - wprowadzenia w §5 Wzoru Umowy ust. 4: „zapewnienia godzin otwarcia Instalacji w celu wysypania odpadów odebranych od mieszkańców Gminy Łyse w godzinach pracy Wykonawcy, min. 1 godzinę po zakończeniu zbiórki odpadów.”

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej niewskazane wprost w żądaniu, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania Odwołującego – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Termin

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp: *odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.* Dokumenty zamówienia zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 1 sierpnia 2024 r. - Odwołujący dochował zatem terminu na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 515 Pzp.

Interes

Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący



wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia. Tymczasem Odwołujący, jako podmiot działający w branży odbioru odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co wypełnia materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie formułowania obowiązków umownych, w tym kar umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, czym godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto, takie postanowienia SWZ, prowadzą do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia (tak np. KIO 1987/21).

UZASADNIENIE

I. Istotne okoliczności faktyczne

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Łyse (dalej jako „Postępowanie”).
2. Już na wstępie Odwołujący wskazuje, że opublikowane przez Zamawiającego dokumenty zamówienia przygotowane zostały w sposób nieprawidłowy, nieprecyzyjny i uniemożliwiający prawidłowe skalkulowanie i sporządzenie oferty przez wykonawców. Ponadto sposób ukształtowania przez Zamawiającego postanowień umownych, przenoszący w sposób nadmierny ryzyka kontraktowe na wykonawcę, przy jednoczesnym braku dostosowania Wzoru Umowy do niestabilnej sytuacji gospodarczej, wskazuje dodatkowo na niezgodność działań Zamawiającego z zasadami współżycia społecznego, nadużycie przez niego pozycji dominującej w Postępowaniu i wpływa zawężająco na konkurencję w Postępowaniu. W świetle powyższego wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

II. Zarzut nr 1 – brak wskazania kodów odpadów



3. W Rozdziale V. SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Łyse.
4. W Rozdziale V. pkt 5.9. SWZ Zamawiający określił szacowaną masę odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Łyse w roku 2025- 1575,00 Mg, wskazując w tym miejscu kody odpadów: niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych zmieszanych z popiołem o kodzie 20 03 01 w ilości szacunkowej ok. 1160,00 Mg, odpadów ulegających biodegradacji o kodach 20 02 01, 20 01 08 w ilości szacunkowej ok. 95,00 Mg, tworzyw sztucznych, opakowań z tworzyw sztucznych o kodach 15 01 02, 20 01 39 w ilości szacunkowej ok. 200,00 Mg, szkła, opakowań ze szkła o kodach 20 01 02, 15 01 07 w ilości szacunkowej ok. 120,00 Mg. Jednocześnie, w Rozdziale V. pkt 5.8. lit. d) SWZ Zamawiający wskazuje odpady komunalne z papieru i tektury, metali, czy też wielomateriałowych.
5. **W żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazał całego katalogu kodów odpadów, które są przedmiotem zamówienia.** Tym samym, przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości Wykonawcy. Wykonawca, zamierzający złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, nie jest w stanie rzetelnie skalkulować cenę, czyli zidentyfikować wszystkie ryzyka związane z realizacją zamówienia i wszystkie koszty związane z wszystkimi elementami, jakie w ramach zamówienia mają dostarczyć. Przedmiot zamówienia musi być również wyczerpujący, czyli wszechstronny i kompletny. Musi zawierać informację o wszystkich istotnych elementach i wymogach.
6. Zamawiający ma obowiązek zapewnić, żeby podany przez niego zestaw informacji i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia był jasny i zrozumiały w taki sam sposób dla wszystkich wykonawców. Jego znaczenie musi być jednoznaczne, nie może budzić wątpliwości i jego interpretacja nie może prowadzić do różnych znaczeń. Zamawiający powinien używać dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.
7. Informacje o oczekiwaniach Zamawiającego muszą być dla wykonawców jasne. Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia powinni dokładnie zrozumieć, co i w jaki sposób powinno zostać w ramach ceny, w przypadku tego zamówienia, odebrane i przetransportowane.
8. **W tym stanie rzeczy zarzut postawiony w pkt 1 petitum odwołania, jest w pełni zasadny.**

III. Zarzut nr 2 – warunek dot. wpisu do rejestru działalności regulowanej

9. W Rozdziale XIV pkt 14.2.2 lit. b SWZ w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, Zamawiający wskazał: „Zamawiający uzna ww.

warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że: Wykonawca jest zobowiązany posiadać następujące wpisy/pozwolenia/zezwolenia: b) jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Łyse, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399). ”

10. Zamawiający, jak wskazano w uzasadnieniu do zarzutu nr 1, nie wymienił wszystkich kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. **Jednakże, Zamawiający nie odniósł się w brzmieniu warunku wprost do opisu przedmiotu zamówienia w SWZ, ani też nie wskazał w nim wprost, jakie kody odpadów należy posiadać we wpisie do RDR. W takiej sytuacji, zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Izby, wystarczy posiadanie wpisu w jakimkolwiek zakresie, np. tylko połowy kodów odpadów, by warunek ten uznać za spełniony. Powoduje to, że warunek w obecnym brzmieniu dopuszcza do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie dysponują uprawnieniami do realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa – jest bowiem oczywiste, że wykonawca odbierający odpady musi mieć uprawnienie do odbioru każdego kodu odpadów objętego przedmiotem zamówienia.**

11. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „*Odwołujący na dzień składania ofert posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego. Zamawiający na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku z Rozdziału 4 pkt 2 2) lit. a SWZ żądał wyłącznie oświadczenia wykonawcy. Zamawiający samodzielnie dokonał weryfikacji czy dany wykonawca rzeczywiście wymagany wpis posiadał. Rozstrzygnięcie sporu w niniejszej sprawie sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie czy wymóg posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego należy wyklądać w ten sposób, że wpis powinien obejmować kody odpadów odpowiadające odpadom opisanym w opisie przedmiotu zamówienia, których odbiór będzie następował w trakcie realizacji umowy. W ocenie Izby taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu jest niewłaściwa, gdyż doprowadziłaby do jego nieuprawnionego rozszerzenia na etapie po terminie składania ofert.*

Zaznaczenia wymaga, że to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania ciąży obowiązek takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, który doprowadzi do wyboru wykonawcy gwarantującego należyłą realizację zamówienia. Jak wynika z art. 112 ustawy pzp zamawiający formułuje warunki udziału w postępowaniu określając je jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym, warunki udziału w postępowaniu nie odzwierciedlają w pełni wszystkich wymogów opisu przedmiotu zamówienia, a wyłącznie zakres pozwalający na wybór wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami



określonymi przez zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił wymóg posiadania wpisu do działalności regulowanej. Zauważyć należy, że **Zamawiający sformułował warunek w sposób ogólny bez odniesienia do rodzajów czy kodów odpadów, które ma obejmować wpis. W ocenie Izby takie ukształtowanie warunku nie uprawniało Zamawiającego do następczej weryfikacji czy posiadany przez Odwołującego wpis odpowiada rodzajom odpadów wymaganych do odbioru w trakcie realizacji zamówienia.** Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że wykonawcy powinni samodzielnie zweryfikować opis przedmiotu zamówienia, domyślić się jakie kody odpadów powinien obejmować wpis, tak aby na dzień składania ofert móc wykazać się posiadaniem wpisu w zakresie odpowiadającym opisowi przedmiotu zamówienia. Jeśli Zamawiający oczekiwał posiadania na dzień składania ofert wpisu o określonej treści to powinna ona wynikać wprost z postawionego warunku. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 42/19: "Oczywiste jest bowiem, że to zamawiający muszą sformułować swoje wymagania, a nie wykonawcy się ich domyślać, a reguła ta wpisuje się w całą wieloletnią praktykę zamówień publicznych i bogate orzecznictwo i jest wyrazem realizacji zasad przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wymogi muszą być bowiem znane od początku postępowania i konsekwentnie realizowane do jego końca." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2021 r., KIO 2602/21).

12. W tym stanie rzeczy zarzut postawiony w pkt 2 *petitum* odwołania, jest w pełni zasadny.

IV. Zarzut nr 3 – warunek dot. dysponowania bazą magazynowo – transportową

13. Odwołujący wnosi o zmianę w Rozdziale XIV pkt 14.2.4. lit. d) SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować do realizacji zamówienia bazą magazynowo – transportową, spełniającą wszystkie wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 r. poz. 122).
14. Odwołujący wskazuje, że wprowadzenie warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować bazą magazynowo – transportową, jest uzasadnione oceną uprawnień oraz zdolności technicznych niezbędnych do realizacji zamówienia, uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i pozwala na rzetelną weryfikację wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w Postępowaniu z zastosowaniem zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.



15. Jednak, zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp: *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób **proporcjonalny** do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*
16. Zgodnie zaś z art. 116 ust. 1 Pzp: *w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące **niezbędnego** wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.* Innymi słowy, Zamawiający powinien określać warunki udziału w Postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie niezbędnym do jego prawidłowej realizacji. **Warunek dot. dysponowania bazą magazynowo – transportową, nie odpowiada tym wymogom.**
17. Z pewnością Zamawiający chce prawidłowo wykonać zobowiązania, które nałożył na niego ustawodawca na mocy przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.
18. Zgodnie z § 2 powyższego Rozporządzenia:
1. *Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo- transportową usytuowaną:*
 - 1) *w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy;*
 - 2) *na terenie, do którego posiada tytuł prawny.*
 2. *W zakresie wyposażenia bazy magazynowo- transportowej należy zapewnić, aby:*
 - 1) *teren bazy magazynowo- transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;*
 - 2) *miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;*
 - 3) *miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;*
 - 4) *teren bazy magazynowo- transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);*



5) baza magazynowo- transportowa była wyposażona w:

- a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,
- b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,
- c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,
- d) legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

3. Na terenie bazy magazynowo- transportowej powinny znajdować się także:

- 1) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,
 - 2) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów
- o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo- transportowej.

4. Część transportowa oraz część magazynowa bazy mogą znajdować się na oddzielnych terenach, przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w ust. 1-3.

19. Postępowanie nie dotyczy zagospodarowania odpadów, w tym wiążącego się z tym, magazynowaniem odpadów. W związku z czym, baza magazynowo-transportowa nie musi być wyposażona w miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych, nie musi być wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową, ani też nie musi być wyposażona w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych.

20. Przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych. Oznacza to, Wykonawca ma możliwość świadczenia usługi w taki sposób, że nie będzie w ogóle magazynował odpadów, a to oznacza, że nakładanie na niego obowiązku dysponowania bazą magazynowo- transportową wyposażoną w miejsce magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, urządzenia i systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, jest wymogiem nadmiarowym, zawężającym konkurencję w Postępowaniu.

21. Zgodnie z warunkami zamówienia, każdy z Wykonawców bezpośrednio po odbiorze odpadów jest zobligowany do dostarczenia ich do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Ostrołęce, ul. Komunalna 8. W związku z tym, baza nie musi być wyposażona w urządzenia i infrastrukturę przeznaczoną do selektywnego magazynowania odpadów. Argumentację tę potwierdza i wzmacnia objaśnienie prawne Ministra Klimatu z dnia 23 lipca 2020 r. [z upoważnienia Ministra - sekretarz/podsekretarz \(mos.gov.pl\)](https://mos.gov.pl)



22. Zasadnym zatem jest, aby wymóg został ograniczony do tych ustawowych wymogów, które wiążą się jedynie z transportem odpadów, a nie ich magazynowaniem.
23. **Zamawiający powinien zweryfikować fakt posiadania bazy magazynowo-transportowej, jednakże winien postawić minimalne ustawowe wymogi do realizowania przedmiotu zamówienia.** Stanowi to wyraz zasady proporcjonalności oraz zasady efektywności, zgodnie z którą Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację. Proporcjonalne i pozwalające na weryfikację wykonawców warunki udziału w Postępowaniu dają rzeczywiste narzędzia do weryfikacji wykonawców, którzy będą mogli złożyć oferty w postępowaniu.
24. **W tym stanie rzeczy, zarzut postawiony w pkt 3 *petitum* odwołania jest w pełni zasadny.**

V. Zarzut nr 4 – dotyczący systemu kaucyjnego

25. Odwołujący żąda wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r. Na etapie składania ofert, wykonawcom znana jest treść aktu prawnego, ale nie są znane ani możliwe do przewidzenia konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów. Przepisy te z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy - w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy.
26. Nowelizacja u.g.o. wprowadziła m.in. nowe przepisy do ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (Dz.U. z 2023 r. poz. 1658, j.t. ze zm., dalej jako „u.g.o.”), przede wszystkim w nowym Rozdziale 6b „System kaucyjny”. **Dodatkowo, obecnie trwają prace nad zmianą tych przepisów – jednak zmiany te nie są znane wykonawcom.**
27. Nowelizacja u.g.o. dostosowuje polskie prawo do rozwiązań obowiązujących w Unii Europejskiej. Od 1 stycznia 2025 r. wprowadzony zostanie system kaucyjny na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. **Kluczowe dla nowego systemu kaucyjnego jest wprowadzenie zasady, że sklep będzie naliczał mieszkańcomi kaucję za opakowanie (np. za butelkę PET), a kaucja ta będzie zwracana mieszkańcomi przy zwrocie opakowania do sklepu, czy tzw. butelkomatu. To jednostka handlowa będzie zbierała odpady komunalne**



PET – nie trafią one do tzw. żółtego pojemnika i nie zostaną odebrane i zagospodarowane przez wykonawcę.

28. Jak wskazano na stronie internetowej Ministerstwa Klimatu i Środowiska: „Obecnie **znaczna część odpadów powstających z opakowań, które planuje się objąć systemem kaucyjnym, zbierana jest razem z innymi odpadami komunalnymi w systemie gminnym.** Nowe rozwiązanie zwiększy poziom selektywnego zbierania, a w efekcie także recyklingu odpadów opakowaniowych i zmniejszy zaśmiecenie środowiska¹”. **Oznacza to, że strumień odpadów w ramach nowego systemu kaucyjnego pomniejszy strumień odpadów wykonawcy – a są to odpady nadające się do recyklingu i po ich odebraniu oraz wysegregowaniu, wykonawca osiąga z tytułu ich sprzedaży przychód.**
29. W uzasadnieniu projektu ustawy Nowelizacji u.g.o. (Druk Sejmowy nr 3380, Sejm IX Kadencji, projekt z dnia 15 czerwca 2023 r.), czytamy m.in., że:
- Polska ma „*obowiązek zapewnienia selektywnego zbierania odpadów opakowaniowych powstałych z butelek jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje o pojemności do trzech litrów wraz z ich zakrętkami i wieczkami na poziomie 77% w 2025 r. oraz 90% w 2029 r.*”;
 - „*Wprowadzający produkty w opakowaniach na napoje oraz wprowadzający bezpośrednio produkty w opakowaniach na napoje, którzy będą tworzyć system kaucyjny, będą w ramach tego systemu obowiązani do (...) selektywnego zbierania opakowań i odpadów opakowaniowych w celu osiągnięcia wymaganych poziomów selektywnego zbierania opakowań i odpadów opakowaniowych*”;
 - *W związku z powyższym odpady zebrane w danej gminie z jednostek handlu detalicznego i hurtowego oraz innych punktów zbierających opakowania i odpady opakowaniowe objęte systemem kaucyjnym, a następnie przekazane do recyklingu **będą mogły zostać rozliczone w ramach sprawozdań gminnych**”.*
30. Ustawodawca ma zatem pełną świadomość, że wprowadzenie zachęty finansowej (kaucji) zwiększy poziom selektywnego zbierania odpadów z tworzyw sztucznych, a także że **odpady te nie będą zbierane razem z innymi odpadami komunalnymi, ale uspokaja gminy, że będą mogły wliczyć sobie do swoich sprawozdań dotyczących tzw. poziomów recyklingu odpady odebrane w ramach systemu kaucyjnego.**
31. Zarówno ustawodawca, jak i Zamawiający w niniejszym Postępowaniu, nie przewidzieli skutków owych przepisów dla trwającej umowy na odbiór i zagospodarowanie selektywnie

¹ Dostęp: <https://www.gov.pl/web/klimat/od-2025-roku-bedzie-obowiazywal-w-polsce-system-kaucyjny-rzadz-przyjal-nowelizacje-ustawy-o-gospodarce-opakowaniami-i-odpadami-opakowaniowymi>



zbieranych odpadów komunalnych. **Nie ulega wątpliwości, że wykonawca, po wejściu w życie systemu kaucyjnego, odbierze mniej odpadów komunalnych (mniej odpadów trafi do tzw. żółtego pojemnika). Dodatkowo, ze strumienia odpadów wyłączone zostaną odpady o wysokiej wartości, nadające się do recyklingu (PET, opakowania szklane). W chwili obecnej nie jest jednak możliwe wykazanie, udowodnienie, czy choćby uprawomocnienie wystąpienia konsekwencji Nowelizacji u.g.o. dla niniejszego zamówienia, dlatego Zamawiający powinien wprowadzić mechanizmy, które będą umożliwiały dostosowanie treści umowy do realiów prawnych i gospodarczych, które zaistnieją w okresie realizacji zamówienia.**

32. **Wprowadzenie systemu kaucyjnego wywrze skutki nie tylko dla wykonawcy i Zamawiającego, ale dla całego systemu naczyń połączonych, który tworzy gospodarkę odpadami komunalnymi.** Zdecydowana większość sortowni i instalacji w Polsce nie jest dostosowana do omawianych tu zmian – tj. do przetwarzania strumienia selektywnie zebranych odpadów bez butelek PET, metalowych puszek czy też szklanych butelek opakowaniowych – które to w znacznym stopniu zostaną objęte systemem kaucyjnym. Wszystko to generuje ryzyko zwiększenia cen za zagospodarowanie odpadów z uwagi na zachwianie popytu i podaży na surowce wtórne oraz koszty wprowadzenia zmian technologicznych w sortowniach czy instalacjach. **Nowe rozwiązania mogą znacząco wpłynąć na cały rynek gospodarki odpadami, w tym na koszty realizacji zamówienia.**
33. Dodatkowo, należy wziąć pod uwagę, że zmiany nie zostaną wprowadzone „z dnia na dzień” w nocy z 31 grudnia 2024 r. na 1 stycznia 2025 r., ale że rozwiązania te będą wprowadzane od teraz sukcesywnie, w miarę bieżących możliwości – system kaucyjny od 2025 r. jest obowiązkowy, natomiast już teraz jest stosowany fakultatywnie. Zatem system kaucyjny wywrze wpływ na realizację umowy jeszcze przed 2025 r.
34. Odwołujący zauważa także, że konsekwencje systemu kaucyjnego mogą przybrać efekt zupełnie niespodziewany, niemożliwy do przewidzenia, pomimo tego, że akt prawny jest już znany. Tym bardziej, że Zamawiający w §12 Wzoru Umowy nie przewidział przesłanki zmiany umowy odnoszące się do „*zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego wpływających na sposób spełnienia świadczenia*”. **Zamawiający zupełnie pomija tę okoliczność, co powoduje, że wykonawca musi uwzględniać dodatkowo niepotrzebnie kolejne ryzyka w cenie ofertowej, czego można byłoby uniknąć, gdyby Zamawiający wprowadził omawiane tu przesłanki zmiany umowy do Wzoru Umowy.**
35. Ponadto, zasada przejrzystości postępowania wymaga, aby wydatkując środki publiczne, Zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Zasadom tym przeczy sytuacja,



w której wykonawcy muszą wycenić w ofercie ryzyka multiplikowane bezzasadnie przez Zamawiającego.

36. W konsekwencji powyższego, doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.
37. Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty.
38. Z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp wynika, że Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – a więc także uwzględniając system kaucyjny, który ma bardzo istotny wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie umowy. **Oferty składane przy Wzorze Umowy o aktualnej treści będą nieporównywalne, ponieważ każdy wykonawca inaczej wyceni ryzyko wynikające z wejścia w życie systemu kaucyjnego.** Dodatkowo, art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp art. 439 ust. 1 Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia przesłanek do zmiany umowy, które są precyzyjne, jednoznaczne, określają rodzaj i zakres zmian oraz warunki wprowadzenia zmian, czego Zamawiający zaniechał.
39. **W tym stanie rzeczy, zarzut postawiony w pkt 4 *petitum* odwołania jest w pełni zasadny.**

VI. Zarzut nr 5 – kara umowna

40. W §10 ust. 1 lit. b Wzoru Umowy, Zamawiający zastrzegł karę umowną *w wysokości 500 zł za każdy inny, niż określony w niniejszym ustępie, przypadek naruszenia obowiązków Wykonawcy określonych w niniejszej umowie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;*”



41. Tak ukształtowana przesłanka do nałożenia kar umownych, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, a nadto uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie ryzyk kontraktowych, z uwagi na brak jednoznacznego sprecyzowania, w jakich sytuacjach Zamawiający będzie mógł dochodzić od wykonawcy zapłaty kary umownej;
42. Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp Ustawodawca podał: *„Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przetrzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę . Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.*
43. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie może przetrzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę, w tym także ryzyka bliżej nieokreślonego przez Zamawiającego.
44. Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1283/20, LEX nr 3051333).*
45. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności Odwołujący wiąże z przetrzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Pzp ani k.c. Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Należy podkreślić, że istotą zasady efektywności jest osiągnięcie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. *best value for money*. Czynności i zaniechania Zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność



wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W świetle powyższego, za zasadny uznać należy postulat Odwołującego w zakresie dotyczącym usunięcia projektowanej przez Zamawiającego przesłanki do naliczenia kary umownej.

46. **W tym stanie rzeczy, zarzut postawiony w pkt 5 petitum odwołania jest w pełni zasadny.**

VII. Zarzut nr 6 – zmiany w opisie przedmiotu zamówienia

lit. a)

47. W SWZ Zamawiający nie wskazał jednoznacznie miejsca ważenia pojazdów na terenie Gminy Łyse oraz informacji, czy waga na której ważone będą pojazdy posiada aktualną legalizację, jak również godzin, w jakich Wykonawca będzie mógł dokonywać ważeń (godzin, w jakich będzie czynny punkt ważenia pojazdów), co ma wpływ na kalkulowanie przez Wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w odniesieniu do kosztów transportu związanych z dojazdem pojazdów do miejsca ważenia;

48. Przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych, a zatem brak powyższych danych, ma fundamentalne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty.

lit. b)

49. Zamawiający w rozdziale V pkt 5.3. SWZ wskazał, że: *„Mieszkańcy Gminy Łyse dostarczać będą do Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Łysych (dalej: PSZOK) papier i tekturę, odpady z papieru i odpady opakowane z tektury.”*

50. Jednocześnie, przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów z tworzyw sztucznych oraz szkła, co Zamawiający wskazał w Rozdziale V pkt 5.9 SWZ. W związku z tym, Odwołujący nie ma wiedzy co do postępowania z tymi frakcjami odpadów, a nie są one przeznaczone do zagospodarowania przez Wykonawcę.

51. W związku z tym, zasadnym jest wprowadzenie w Rozdziale V pkt 5.3. SWZ informacji dotyczącej miejsca dostarczania odpadów selektywnie zbieranych, tj. tworzywa i szkła.

lit. c)

52. Odwołujący podnosi, że w dokumentach zamówienia brak jednoznacznego wskazania, w jakich godzinach Wykonawca będzie mógł świadczyć usługę, przy jednoczesnym zobowiązaniu



Wykonawcę do zapewnienia kontaktu telefonicznego co najmniej w godz. 7:30 – 15:30, celem nadzorowania przez Zamawiającego odbierania odpadów na terenie gminy.

53. W związku z tym, Wykonawca postuluje o wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia godzin świadczenia usługi od 6:00 do 22:00, co jest w pełni uzasadnione z uwagi na zmiany klimatyczne i możliwość przerwy w świadczeniu usługi w godzinach 12:00-14:00. Wysokie temperatury mogą mieć wpływ nie tylko na wydajność, ale i bezpieczeństwo pracy. Tym bardziej, że Kodeks pracy określa obowiązki pracodawcy dotyczące zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy – również biorąc pod uwagę zmieniające się warunki wykonywania pracy, w związku z upałem.
54. Brak opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, będzie miało wpływ na kalkulowanie przez Wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w odniesieniu do kosztów pracy i całej logistyki zadania, z uwzględnieniem przepisów prawa, w szczególności przepisów kodeksu pracy.

lit. d)

55. We wzorze Umowy Zamawiający nie wskazał i nie zapewnił czasu pracy instalacji, pozwalającego Wykonawcy na przekazanie odpadów odebranych od mieszkańców Gminy Łyse w godzinach pracy Wykonawcy. Wykonawca nie ma zatem żadnej pewności co do możliwości przekazania odpadów do Instalacji, po ich odebraniu.
56. Brak opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, będzie miał wpływ na kalkulowanie przez Wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w odniesieniu do kosztów pracy i całej logistyki zadania.
57. Słusznym zatem jest postulat wprowadzenia do Wzoru Umowy zapisu zapewniającego Wykonawcy możliwość przekazania odpadów do instalacji w czasie świadczenia usługi, tak, aby Wykonawca miał pewność co do możliwości świadczenia usługi w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami Zamawiającego.
58. W konsekwencji powyższych (lit. a-d), doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.



6 sierpnia 2024

59. W tym stanie rzeczy zarzut postawiony w pkt 6 petitum odwołania jest w pełni zasadny.

Mając powyższe na uwadze, niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne.

Magdalena Kacała
radca prawny

Podpis jest prawidłowy
Dokument podpisany przez Magdalena
Kacała
Data: 2024.08.06 19:20:56 CEST

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód uiszczenia wpisu;
- 5) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.