

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, 01-10-2020

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

Zamawiający:  
**Gmina Łądek Zdrój**  
ul. Rynek 31, 57-540 Łądek-Zdrój  
[zamowienia@ladek.pl](mailto:zamowienia@ladek.pl); [rolnictwo@ladek.pl](mailto:rolnictwo@ladek.pl)

Odwołujący:  
**FBSerwis Wrocław sp. z o.o.**  
ul. Atramentowa 10  
Bielany Wrocławskie

reprezentowany przez:  
r.pr. Mateusza Szymczaka  
adres do korespondencji  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,  
tel. 505459118, faks: (22) 623 60 34  
email: [mateusz.szymczak@fbserwis.pl](mailto:mateusz.szymczak@fbserwis.pl)

**dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na "*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Łądek-Zdrój*" (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Gminę Łądek-Zdrój (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 21 września 2020 r., 2020/S183 442232-2020-PL

## ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis Wrocław sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (dalej: "**Odwołujący**"), w oparciu o pełnomocnictwo, którego uwierzytelniony odpis przekazuję w załączeniu, na podstawie **art. 180 ust. 1 oraz 182 ust. 2 pkt 1)** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: "**ustawa PZP**"), wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

FBSerwis 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

- 1. Art. 22 ust. 1a ustawy PZP** poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zawężając niezasadnie krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych udziałem w Postępowaniu, a częściowo nawet niemożliwy do zrealizowanie poprzez ukształtowanie warunków sprzecznych z przepisami obowiązującego prawa tj. poprzez określenie w Rozdziale III, pkt 4.2.1 lit. b), że Wykonawca ma posiadać aktualne zezwolenie wydane przez właściwy organ na zbieranie odpadów w zakresie **objętym przedmiotem zamówienia**, przy czym nie wiadomo, co Zamawiający rozumie przez „w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”, co prowadzi do tego, że nie wiadomo, jakimi uprawnieniami w rzeczywistości ma wykazać się Wykonawca, a w szczególności, w jakiej lokalizacji wymaga od wykonawcy posiadania zezwolenia na zbieranie, przy czym jeśli Zamawiający uznaje, że wykonawca powinien posiadać zezwolenie na zbieranie na obszarze gminy Zamawiającego, stanowi to niezasadne ograniczenie konkurencji (prawdopodobnie do jednego podmiotu);
- 2. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zobowiązujący wykonawcę do realizacji obowiązku niemożliwego do wykonania (świadczenie niemożliwe), tj. przez wskazanie w Rozdziale II (Opis Przedmiotu Zamówienia (**„OPZ”**)), pkt 3, str. 21 SIWZ, że wykonawca zobowiązany jest m.in. uruchomienia od dnia 1 stycznia 2021 r. i prowadzenia Punktu Selektynego Zbierania Odpadów Komunalnych (dalej: **„PSZOK”**) na terenie gminy Zamawiającego, o szczególnych warunkach wymienionych na str. 20-23 SIWZ, który to zespół zobowiązań w tak krótkim czasie, jaki pozostanie dla Wykonawcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia do dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia w tym zakresie, **jest obiektywnie niemożliwy do zrealizowania;**
- 3. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 7 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 oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. poprzez wskazanie, iż wykonawca zobowiązany jest do usuwania nielegalnych miejsc składowania odpadów komunalnych w ilości do 30 Mg/rok, w czasie trwania umowy, pomimo braku wyodrębnienia pozycji kosztorysowej za świadczenie tej usługi a jednocześnie braku jakichkolwiek informacji, mogących pozwolić na wycenę tej pozycji.
- 4. Art. 7 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do zawarcia we wzorze umowy wszystkich jej istotnych postanowień, których dodatkowo treść lub cel nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, obowiązującym przepisom ani zasadom współżycia społecznego, a co za tym idzie jest uprawniony do sformułowania wzoru umowy z następującymi wadami:
  - wskazanie w §14 ust. 1 pkt 10), że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym w przypadku rozwiązania przez Zamawiającego umowy dzierżawy dotyczącej terenu, na którym znajduje się PSZOK.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

- a. wykreślenie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale III, pkt 4.2.1 lit. b), lub ewentualnie jego doprecyzowanie poprzez wyraźne określenie nie tylko jakiego rodzaju uprawnień, ale także zakresu, ze wskazaniem, że wykonawca zobowiązany jest do posiadania zezwolenia na zbieranie w jakiegokolwiek lokalizacji pozwalającej na zbieranie tam odpadów z obszaru gminy Zamawiającego;
- b. wykreślenie Rozdziału II pkt 3 OPZ, względnie zastąpieniem go postanowieniami, zgodnie z którymi, to Zamawiający będzie prowadził PSZOK na wskazanym przez siebie terenie, a Wykonawca będzie zobligowany jedynie do odpowiedniego jego wyposażenia oraz zapewnienia jego obsługi, przy czym odpowiedzialnym za gospodarowania odpadami zbieranymi na terenie PSZOK będzie Zamawiający;
- c. w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego utworzenia PSZOK i nałożenia na Zamawiającego obowiązku jego utworzenia, a na Wykonawcę jedynie obsługi PSZOK;
- d. doprecyzowanie OPZ poprzez wskazanie:
  - czy teren wyznaczony przez Zamawiającego na prowadzenie PSZOK spełnia aktualnie wszystkie wymagania niezbędne do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów i prowadzenia PSZOK, a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich warunkach zostanie od do tych wymagań dostosowany,
  - czy dla nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK, został sporządzony operat przeciwpożarowy, zawierający warunki ochrony przeciwpożarowej miejsca magazynowania odpadów, uzgodnione z komendantem powiatowym (miejskim) Państwowej Straży Pożarnej, o którym mowa w art. 42 ust. 4b ustawy o odpadach,
  - czy dla obszaru, na którym ma być prowadzony PSZOK, został uchwalony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, a jeżeli nie, to czy Zamawiający posiada dla nieruchomości decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,
  - czy teren przeznaczony przez Zamawiającego na miejsce prowadzenia PSZOK został dostosowany do wszystkich aktualnie obowiązujących wymogów określonych przepisami ustawy o odpadach (takich jak wizyjny system kontroli miejsca magazynowania odpadów, o którym mowa w art. 25 ust. 6a – 6h ustawy o odpadach), a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich zasadach teren ten do ww. wymogów zostanie dostosowany,
  - wskazania informacji niezbędnych do złożenia wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie określonym w art. 42 ustawy o odpadach lub wskazania terminu, w którym ww. informacje i dokumenty i miałyby zostać Wykonawcy udostępnione;
- e. dodanie pozycji kosztorysowej (PLN/M<sup>3</sup>) za usuwanie nielegalnych miejsc składowania odpadów („**dzikie wysypiska**”).
- f. usunięcie §14 ust. 1 pkt 10) wzoru umowy.

Ponadto wnoszę o:

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

## UZASADNIENIE

### I. Zwięzłe Uzasadnienie zarzutów odwołania

#### 1. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy PZP (warunki udziału w Postępowaniu)

Zamawiający w SIWZ wymaga, aby wykonawca posiadał aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów w zakresie *objętym przedmiotem zamówienia*. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający odwołują się w przywołanym warunku do uprawnienia wydane się bez zrozumienia dla jego charakteru. Należy zwrócić uwagę, że zezwolenie na zbieranie związane jest nieodłącznie z określoną lokalizacją, na której można zbierać odpady. W aktualnym stanie prawnym, wymaga to podjęcia szeregu działań formalnych i organizacyjnych, uzyskania operatów przeciwpożarowych, tytułu prawnego do nieruchomości której przeznaczenie pozwala na gromadzenie tam odpadów, czy też nawet uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Wykonawca ma uzasadnione obawy, że Zamawiający stosując sformułowanie nieostre, jakim jest określenie „*w zakresie objętym przedmiotem zamówienia*” pozostawia sobie nieuzasadnioną uznaniowość, jeśli chodzi o ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie kwestionuje samego wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów, ale domaga się jasnego określenia, co Zamawiający rozumie przez wyżej wskazane sformułowanie. Przykładowo, w skrajnym i kuriozalnym, aczkolwiek wobec brzmienia dokumentacji potencjalnie możliwym wymaganiami Zamawiającego, może być konieczność wykazania się zezwoleniem na zbieranie na obszarze nieruchomości znajdującej się w gminie Zamawiającego. Dla większości wykonawców na rynku odbioru odpadów, uzyskanie takiego zezwolenia będzie niemożliwe, bo mogą nie posiadać gruntu w gminie Zamawiającego. Faktycznie zaś, Zamawiający w ten sposób ograniczy dostęp do zamówienia wyłącznie do wykonawcy, który takie zezwolenie posiada, a który aktualnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że taki wymóg, znacznie ograniczałby konkurencję (tak jak zostało wskazane powyżej najpewniej do jednego podmiotu) i jego zasadność musi być kwestionowana przez Odwołującego. Aby jednak uniknąć przedwczesności zarzutu w tym zakresie, Odwołujący pragnie podkreślić, że Zamawiający powinien treść SIWZ a w szczególności warunków udziału w Postępowaniu kształtować w sposób jasny, niebudzący wątpliwości, zapewniający równe traktowanie wszystkich wykonawców, nieograniczający niewspółmiernie konkurencji oraz umożliwiający wzajemną weryfikację przez wykonawców. Tego jednak w niniejszym Postępowaniu nie uczynił. Nie wiadomo bowiem, jakie zezwolenie na zbieranie będzie dla Zamawiającego satysfakcjonujące na tyle, aby zostało uznane jako skuteczne spełnienie warunku.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że zasada proporcjonalności w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu jest rozumiana jako konstruowanie wymogów **minimalnych**, i tak KIO: „*Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków*

*udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego muszą być **uzasadnione** w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określone ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ." (Wyrok KIO z 1 sierpnia 2019 r., sygn. KIO 1342/19).*

**2. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP (PSZOK)**

Przystępując do uzasadnienia zarzutu podniesionego w Odwołaniu wskazać należy, że Zamawiający wymaga od wykonawców spełnienia obowiązku niemożliwego do wykonania, a dotyczącego utworzenia i prowadzenia PSZOK od dnia 1 stycznia 2021 r., co wiąże się z pozyskania niezbędnych decyzji administracyjnych, w tym w szczególności zezwolenia na zbieranie odpadów.

W aktualnym stanie prawnym prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych – miejsca, gdzie są zbierane (czasowo magazynowane) odpady komunalnej przez prowadzącego PSZOK – wymaga posiadania zezwolenia na zbieranie. Obowiązek taki wynika jednoznacznie z treści art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach. Zwolniony z obowiązku uzyskania takiego zamówienia jest zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzony samodzielnie przez gminę lub wspólnie z inną gminą lub gminami.

A contrario zatem, taki punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych, który jest prowadzony przez przedsiębiorcę (przez inny podmiot, niż gmina) z takiego obowiązku zwolniony nie jest – wymaga zatem uzyskania zezwolenia na zbieranie.

W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych jest wydawane w odniesieniu do zbierania na konkretnej nieruchomości, do której podmiot zbierający odpady musi zgodnie z art. 41b ust. 1 ustawy o odpadach posiadać tytuł prawny – w odniesieniu do której zbierający odpady jest właścicielem, użytkownikiem wieczystym, użytkownikiem albo dzierżawcą. Do wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych należy zaś dołączyć dokument potwierdzający prawo własności, prawo użytkowania wieczystego, prawo użytkowania albo umowę dzierżawy (art. 41b ust. 4a ustawy o odpadach). **Zamawiający choć zamierza oddać w dzierżawę wykonawcy teren przeznaczony na PSZOK, to pozostawia na uzyskanie decyzji administracyjnych, ewentualne dostosowanie tego terenu nierealny zakres czasowy tj. 2 miesiące, w optymistycznym scenariuszu, że do dnia 1 listopada postępowanie będzie rozstrzygnięte a umowa podpisana.**

Wymaga zaznaczenia, że procedura uzyskiwania zezwolenia na zbieranie jest procedurą długotrwałą. Wydanie takiego zezwolenia poprzedzone jest nie tylko oceną wymaganych wniosków i dokumentów, ale również wiąże się z koniecznością:



- opracowania operatu przeciwpożarowego zawierającego warunki ochrony przeciwpożarowej miejsca magazynowania odpadów oraz jego uzgodnienia z komendantem powiatowym Państwowej Straży Pożarnej (art. 42 ust. 4b ustawy o odpadach),
- dostosowania nieruchomości do wymagań prawnych, w tym w szczególności wyposażenia jej w wizyjny system kontroli miejsca magazynowania odpadów, o którym mowa w art. 25 ust. 6a – 6h ustawy o odpadach,
- przeprowadzenia przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska (z udziałem przedstawiciela organu wydającego zezwolenie) kontroli nieruchomości, na której mają być zbierane odpady, w zakresie spełniania wymagań określonych w przepisach ochrony środowiska oraz przeprowadzenia przez komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej kontroli tej nieruchomości w zakresie zgodności z warunkami ochrony przeciwpożarowej.

Z doświadczenia Odwołującego, który prowadzi na obszarze Polski działalność obejmującą zbieranie odpadów w wielu lokalizacjach i w związku z tym wielokrotnie występował o wydanie oraz o zmianę zezwolenia na zbieranie odpadów – **minimalny** czas oczekiwania na wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych to **około 6 – 7 miesięcy** (przy czym jest to okres liczony od złożenia wniosku o wydanie takiego zezwolenia do jego wydania – a złożenie takiego wniosku musi być poprzedzone szeregiem innych czynności, które również trwają co najmniej 2 – 3 miesiące). Często jednak takie postępowania trwają dłużej, nawet powyżej jednego roku. Jest to spowodowane zarówno dużą ilością informacji, które są analizowane przed wydaniem zezwolenia, jak i koniecznością przeprowadzenia ww. kontroli w planowanym miejscu zbierania odpadów. Aktualnie, w warunkach epidemii COVID-19, okres oczekiwania na zezwolenie może wydłużyć się jeszcze bardziej.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego celowe jest nakazanie Zamawiającemu wyłączenie z zakresu przedmiotu zamówienia obowiązków, których wykonanie zgodnie z umową jest niemożliwe, tj. wyłączenie obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów oraz prowadzenia PSZOK. W takim przypadku to Zamawiający powinien być podmiotem prowadzącym PSZOK (który jako gmina zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 11 nie ma obowiązku uzyskiwania zezwolenia na zbieranie odpadów), a specyfikacja (OPZ) powinna szczegółowo określać zakres obowiązków, (1) których wykonania w zakresie obsługi PSZOK Zamawiający oczekuje od Wykonawcy oraz takich (2) które pozostaną w gestii Zamawiającego jako podmiotu prowadzącego PSZOK.

Alternatywnym rozwiązaniem zmierzającym do doprowadzenia SIWZ do zgodności z prawem mogłoby być nakazanie Zamawiającemu dokonania takiej zmiany SIWZ, która zobowiązywałaby wykonawcę do wystąpienia z wnioskiem o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów PSZOK oraz do prowadzenia PSZOK dopiero od momentu, w którym takie zezwolenie zostałoby wydane (a do tego czasu prowadzącym PSZOK byłby Zamawiający).

### **3. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 7 ustawy PZP oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP (likwidacja tzw. dzikich wysypisk)**

Odwołujący w zakresie powyższego zarzutu pragnie wskazać, że Zamawiający umieścił w dokumentacji przetargowej obowiązek likwidacji miejsc nielegalnego składowania odpadów czyli tzw. dzikich wysypisk, przekazując tylko i wyłącznie jedną daną, tj. ograniczając ilość odpadów, które wykonawcy powinni przewidzieć w swoich kalkulacjach, a którą będą musieli „usunąć” w

ramach zamówienia. Próżno w SIWZ szukać jakichkolwiek dodatkowych danych, choćby tego ile takich interwencji będzie musiał zrealizować wykonawca (to by choćby umożliwiło przewidzenie kosztów logistyki). „Wykonawca w ramach wykonywania usługi obowiązany jest na zlecenie Zamawiającego usuwać nielegalne miejsca składowania odpadów (bez względu na ich skład) w ilości do 30 Mg w czasie trwania umowy” (str. 21 SIWZ) – jest to jedyna informacja tego zakresu zamówienia dotycząca.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że wiele gmin organizuje odrębne postępowania na likwidację dzikich wysypisk, wymieniając choćby czynności, które w ramach usunięcia odpadów musi wykonawca wykonać (np. prace porządkowe, zamieszczanie tabliczek, czas reakcji, technologia usuwania odpadów etc.). Taka usługa powinna być wyraźnie opisana oraz wykonawcy powinni mieć możliwość jej wyceny. W tym przypadku poza ilością odpadów, wymagania Zamawiającego nie są znane.

Wymaga podkreślenia również orzecznictwo KIO w tym zakresie, zgodnie z którym „Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ” (wyrok KIO z 18 maja 2015 r., sygn. KIO 897/15).

#### **4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP (przesłanka odstąpienia)**

Zamawiający w §14 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy wskazał, iż zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne, w przypadku rozwiązania przez Zamawiającego umowy dzierżawy dotyczącej terenu na którym znajduje się PSZOK. Powyższe prowadzi *de facto* do tego, że w każdej sytuacji, w której Zamawiający będzie miał wolę zakończenia realizacji umowy (bez względu na przyczynę, nawet taką zupełnie niezależną od wykonawcy), będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Takie rozwiązanie pozwala na sytuację, w której choćby wykonawca realizował należycie zamówienie, choćby realizacja usługi przebiegała doskonale, Zamawiający, w każdym możliwym momencie, wypowiadając umowę dzierżawy będzie mógł odstąpić od umowy o zamówienie publiczne. Konstruując postanowienia umowne w ten sposób, Zamawiający nadał sobie prawo absolutne, oderwane od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy i ciężących na nim obowiązków. Jak zaś wskazuje się w orzecznictwie KIO: „Zamawiający w swoim działaniu nie może korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego w wykonawcą. (...) Obarczenie zaś wykonawcy konsekwencjami zaniechań i działań Zamawiającego nie służy powyższemu celowi w żaden sposób. Jest wyłącznie próbą niezasadnego obarczenia wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań. Takie działanie stanowi nadużycie prawa ze strony Zamawiającego i stanowi naruszenie zasady słuszności kontraktowej i uczciwego postępowania. (...) Ustawodawca wyłączył możliwość dowolnego ustalenia przez strony przypadków

*uprawnających do umownego odstąpienia od umowy, wprowadzając regulację szczególną, która prawo odstąpienia do umowy wiąże z celem postępowania czyli realizacją interesu publicznego.* (Wyrok KIO z 18 maja 2015 r., sygn. KIO 897/15). Podsumowując, opisywana przesłanka odstąpienia ostać się nie może.

Dodatkowo Odwołujący pragnie podkreślić, jak daleko idące są konsekwencje dla wykonawcy może być odstąpienie od umowy przez Zamawiającego. Mogą powstać wątpliwości, co do przyczyn wcześniejszego rozwiązania umowy z Zamawiającym i potencjalnego występowania wobec niego przesłanki wykluczenia. Tym bardziej, przesłanki dotyczące potencjalnego odstąpienia od umowy muszą być jasne, sprawiedliwe, z zachowaniem równowagi kontraktowej, a przede wszystkim nie pozostawiające zbyt dużej swobody interpretacyjnej, która mogłaby być krzywdząca w przyszłości dla zainteresowanego niniejszym Postępowaniem wykonawcy.

## 5. Podsumowanie

Powyższa argumentacja jednoznacznie prowadzi do wniosku, że Zamawiający uchybił ciężącym na nim ustawowym obowiązkiem do przygotowania dokumentacji przetargowej, w sposób zgodny z zasadą przejrzystości, uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Opis przedmiotu zamówienia musi być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Odwołujący nie wymaga od Zamawiającego, dostosowania postanowień SIWZ do jego preferencji, wymaga zaś, aby postanowienia SIWZ były jasne, zrozumiałe, nie były wewnątrznie sprzeczne, a jedynie zgodne z obowiązującym prawem i zapewniały możliwość rzetelnej kalkulacji oferty.

W tym miejscu warto przywołać wyrok KIO, w którym Izba podzieliła powszechnie aprobowane poglądy dotyczące sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając iż to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami jej nienależytego sporządzenia. I tak KIO: *„Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji SIWZ, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. **Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od niezależnych od wykonawcy zdarzeń.** (...) Postanowienia SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte – niegwarantujące koniecznego współdziałania, niedookreślone, niespójne – naruszają art. 29 ust. 1 i 2 PrZamPubl – działają w sposób antykonkurencyjny – zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślenie przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należyście wywiązać z umowy i poniesie straty przy jej wykonywaniu. **Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę – Prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję.** Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej zidentyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 1 i 2.*



*Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w siwz, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia" (wyrok KIO z 25 listopada 2015 r., sygn. KIO 2479/15).*

Z dokumentacji Postępowania wynika, że Zamawiający zdaje się nie rozumieć sytuacji wykonawcy lub celowo ogranicza dostęp do zamówienia. Odwołujący nie zakłada złych intencji Zamawiającego, tym niemniej, konieczność co do zgodnego z prawem konstruowania zarówno warunków udziału w postępowaniu, jak i opisu przepisu zamówienia, a także postanowień umownych nie budzi i nie może budzić wątpliwości, a wszelkie odstępstwa i naruszenia muszą spotkać się z odwołaniem ze strony zainteresowanych postępowaniem wykonawców.

Jedynie na marginesie Odwołujący pragnie wskazać, że niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia oraz sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialnym za powyższe uchybienie jest osoba, która zatwierdziła specyfikację istotnych warunków zamówienia, a tym samym zaakceptowała ujęty w niej sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dla odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych bez znaczenia jest, czy rzeczywiście w wyniku nieadekwatnego lub nieproporcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia faktycznie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Istotą dla stwierdzenia odpowiedzialności jest bowiem naruszenie samo w sobie.

## **II. 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, przedmiotowe zamówienie uzyskać oraz należycie zrealizować.

## **III. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 września br. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia – której postanowienia są kwestionowane w ramach niniejszego Odwołania.

Niniejsze Odwołanie, wnoszone w dniu 1 października 2020 r., składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

\* \* \*

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.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

---

Załączniki:

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