

Warszawa 12 listopada 2020 r

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa
fax: 22 458-78-00
email: odwolania@uzp.gov.pl

Odwołujący: **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o.**
ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów
tel. +48 32 249 56 80, fax +48 32 241 42 66
www: www.alba.com.pl
e-mail michal.niemczyk@alba.com.pl

Pełnomocnik: **Ryszard Groński**
email: 1rgronski@gmail.com

Zamawiający: **Gmina Blachownia**
ul. Sienkiewicza 22, 42-290 Blachownia
tel.+48 (34) 3270409, fax. (34) 3270461
email: sekretariat@blachownia.pl
zp@blachownia.com.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „**Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Blachownia**” Numer referencyjny: **ZP.271.5.2020**. Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **nr 2020/S 213-522069 z dnia 02.11.2020 r.** Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest dostępna na stronie internetowej <https://blachownia.bip.net.pl/?a=11816>

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej w dalszej treści niniejszego pisma „ustawą”, wnosimy odwołanie wobec:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na żądaniu wykazania się dysponowaniem pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów w sytuacji, gdy dysponowanie takim pojazdem nie jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś postawione żądanie uniemożliwia skuteczne konkurowanie w postępowaniu

faworyzując konkretnych wykonawców co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

- 2) Zaniechania czynności Zamawiającego do której był zobowiązany, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie możliwości zmian częstotliwości odbiorów odpadów, co nie będzie traktowane jako zmiana umowy, na skutek czego wykonawcy nie posiadają możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym bowiem przy stałej ilości odpadów do odbioru, nastąpić może wymuszenie na wykonawcy ponoszenia zwiększonych kosztów logistycznych i osobowych przy niezmiennej kwocie kontraktowej;
- 3) Zaniechanie czynności Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie obowiązku pozostawianie worków dla mieszkańców wg zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, przy braku w SIWZ określenia maksymalnej liczby worków jaką należy zabezpieczyć co uniemożliwia rzetelną kalkulację kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania dla mieszkańców worków na odpady, według zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, w sytuacji braku ustalenia w SIWZ ich maksymalnej liczby;
- 4) Ustalenie kryterium oceny ofert nr 2 „Termin płatności” oraz ustalenie sposobu ceny ofert w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert;
- 5) Ustalenie w ramach kryterium oceny ofert nr 3 „ochrona środowiska” punktacji z tytułu posiadania floty pojazdów spełniających normę spalania EURO 4 co powoduje, że

kryterium jest pozorne, gdyż pozostaje bez związku z możliwością chronienia środowiska gdyż pojazdy spełniające tę normę są obecnie jedynie tolerowane w transporcie kołowym, powszechnym jest spełnianie normy EURO 5, zaś ewentualnie punktowane mogłoby być spełnianie przez pojazdy normy EURO 6;

- 6) Umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez wprowadzenie w treści Wzoru umowy, nadmiernie sztywnego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.
- 7) Umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez ustalenie w treści Wzoru umowy, podstawy odstąpienia od umowy bez ustalenia liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy co daje Zamawiającemu dowolność wyboru okoliczności odstąpienia nawet po jednym nieodebrany pojemniku albo rezygnacji z odstąpienia nawet przy powtarzających się przypadkach nienależytego wykonania umowy.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a ustawy** poprzez żądaniu wykazania się dysponowaniem pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów w sytuacji, gdy dysponowanie takim pojazdem nie jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś postawione żądanie uniemożliwia skuteczne konkutowanie w postępowaniu faworyzując konkretnych wykonawców co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

- 2) **art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc** na skutek zaniechania przez Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie możliwości zmian częstotliwości odbiorów odpadów, co nie będzie traktowane jako zmiana umowy, na skutek czego wykonawcy nie posiadają możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty, zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym bowiem przy stałej ilości odpadów do odbioru, nastąpić może wymuszenie na wykonawcy ponoszenia zwiększonych kosztów logistycznych i osobowych przy niezmiennej kwocie kontraktowej;
- 3) **art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc** na skutek zaniechania czynności Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie obowiązku pozostawianie worków dla mieszkańców wg zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, przy braku w SIWZ określenia maksymalnej liczby worków jaką należy zabezpieczyć co uniemożliwia rzetelną kalkulację kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania dla mieszkańców worków na odpady, według zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, w sytuacji braku ustalenia w SIWZ ich maksymalnej liczby;
- 4) **art. 7 ust. 1 , art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy**, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 2 „Termin płatności” oraz ustalenie sposobu ceny ofert w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert;

- 5) **art. 7 ust. 1 , art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy**, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 3 „ochrona środowiska” punktacji z tytułu posiadania floty pojazdów spełniających normę spalania EURO 4 co powoduje, że kryterium jest pozorne, gdyż pozostaje bez związku z możliwością chronienia środowiska bowiem pojazdy spełniające tę normę są obecnie jedynie tolerowane w transporcie kołowym zaś powszechnym jest spełnianie normy EURO 5 oraz normy EURO 6;
- 6) **Art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc** poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie sztywnego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego;
- 7) **Art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z Art. 491. § 1. oraz w zw. z art. 5 kc** poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów to jest ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, na skutek ustalenia w treści Wzoru umowy, podstawy odstąpienia od umowy bez ustalenia liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy co daje Zamawiającemu dowolność wyboru okoliczności odstąpienia nawet po jednym nicodebranym pojemniku albo rezygnacji z odstąpienia nawet przy wielokrotnie powtarzających się przypadkach nienależytego wykonania umowy.

Wskazując na powyższe, wnosimy o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności sporządzenia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu;
2. Wykreślenie warunku dysponowania śmieciarką trzykomorową do segregacji odpadów;
3. Wprowadzenie zmian SIWZ w zakresie zmiany częstotliwości odbioru odpadów poprzez wykreślenie zapisu Rozdziału III ust. 4 ppkt 6) SIWZ albo dopuszczenie zmiany umowy w przedmiotowym zakresie, uwzględniającej ściśle dostosowanie ceny do kosztów ponoszonych w zmienionych warunkach realizacji umowy;
4. Wprowadzenie zmian SIWZ w zakresie zwiększenia liczby worków według potrzeb mieszkańców poprzez wykreślenie obecnego zapisu Rozdziału III ust. 5 ppkt 3) SIWZ i wprowadzenie w jego miejsce zapisu mówiącego, że Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie zostały wystawione przez właścicieli nieruchomości albo wprowadzenie pozycji wyceny pojedynczego worka ponad liczbę równą liczbie odbiorów odpadów dla każdej frakcji albo dopuszczenie zmiany umowy w przedmiotowym zakresie, uwzględniającej ściśle dostosowanie ceny do kosztów ponoszonych do zmienionych warunków realizacji umowy;
5. Wprowadzenie zmian SIWZ w zakresie kryteriów „Termin płatności” oraz „ochrona środowiska” w sposób określony w uzasadnieniu zarzutów, poprzez ich zmianę lub całkowite usunięcie i zastąpienie innymi kryteriami;
6. Wprowadzenie we wzorzec umowy górnej granicy kar umownych;
7. Wprowadzenie we wzorzec umowy liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy, które będą uprawniać Zamawiającego do odstąpienia od umowy;
8. Przesunięcie terminu do złożenia ofert według norm przepisanych.

UZASADNIENIE

W dniu 02 listopada 2020 roku Zamawiający opublikował na profilu nabywcy Ogłoszenie i SIWZ dla przedmiotowego postępowania. Dokumenty te zawierają szereg zapisów niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz kodeksem cywilnym, naruszających obowiązujące zasady udzielania zamówień publicznych.

I. Termin do wniesienia odwołania

Dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 12 listopada 2020 roku. Oznacza to, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego.

II. Interes w uzyskaniu zamówienia.

Interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W obecnym stanie sprawy, czynność ta może być w znacznym stopniu utrudniona lub nawet niemożliwa. Odwołujący może w ten sposób ponieść szkodę wynikającą z braku możliwości uczciwego konkutowania o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Powyższe wyczerpuje materialno – prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy.

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

- 1. Zarzut nr 1 , naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a ustawy** poprzez żądanie wykazania się dysponowaniem pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów w sytuacji, gdy dysponowanie takim pojazdem nie jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś postawione żądanie uniemożliwia skuteczne konkutowanie w postępowaniu faworyzując konkretnych wykonawców co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

W części VI, punkt 3 lit. a) tiret szóste SIWZ Zamawiający zażądał w celu potwierdzenia spełniania warunków, aby wykonawcy wykazali się dysponowaniem co najmniej jednym pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów.

Dowód: SIWZ (w aktach postępowania)

Analiza opisu przedmiotu zamówienia w żadnym stopniu nie potwierdza konieczności stosowania pojazdu typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów. Odwołujący podnosi, że Zamawiający usiłuje w sposób bezprawny wpływać na szczegółowy sposób realizacji zamówienia. Stoimy na stanowisku, że z uwagi na brak powiązania kontestowanego żądania

z opisem przedmiotu zamówienia, koniecznym jest uznanie, że wymóg ten jako nieproporcjonalny i ograniczający konkurencję powinien zostać usunięty. W sprawach warunków udziału oraz ich proporcjonalności do przedmiotu zamówienia wielokrotnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (tak TSUE w wyroku z 16 września 1999 r., C-414/97).

Podnoszone wymaganie SIWZ testu tego pozytywnie przejść nie może. Komparacja zapisu warunku z OPZ wniosek ten w sposób jednoznaczny potwierdza.

Zamawiający powinien był zadbać o to, aby sformułowane warunki udziału w postępowaniu były do przedmiotu zamówienia proporcjonalne, czego jednakże nie uczynił. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a ustawy.

2. Zarzut nr 2 , naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc na skutek zaniechania przez Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie możliwości zmian częstotliwości odbiorów odpadów, co nie będzie traktowane jako zmiana umowy, na skutek czego wykonawcy nie posiadają możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty, zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym bowiem przy stałej ilości odpadów do odbioru, nastąpić może wymuszenie na wykonawcy ponoszenia zwiększonych kosztów logistycznych i osobowych przy niezmiennej kwocie kontraktowej.

W Rozdziale III ust. 4 ppkt 6) SIWZ Zamawiający zapisał:

6) Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany częstotliwości odbierania odpadów komunalnych przez Wykonawcę w tym m.in. w związku z zmianą Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Blachownia oraz Uchwały w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów. Zmiana częstotliwości odbierania odpadów nie zmienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dowód: SIWZ (w aktach postępowania)

Odwołujący podnosi, że częstotliwość odbierania odpadów jest jednym z głównych czynników cenotwórczych gdyż determinuje całokształt działań organizacyjno – logistycznych wykonawcy.

Wpływa na konieczną do skierowania liczbę pojazdów i osób ich obsługi .

Częstotliwość odbioru powinna być stała, zaś w przypadku jej zmiany, Zamawiający powinien ustalić mechanizm przeliczenia kosztów odbioru odpadów na nowo. W obecnym stanie sprawy, Zamawiający usiłuje przerzucić możliwe zwiększenie kosztów na wykonawców odbierając możliwość rzetelnego wyliczenia ceny oferty i narażając na ponoszenie w przyszłości strat z tego tytułu.

W obecnym brzmieniu , zapis W Rozdziale III ust. 4 ppkt 6) SIWZ jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów. Zamawiający kształtuje treść stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego nadużywając swojej pozycji jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym.

Wykonawca , który chce złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu znajduje się pod przymusem przyjęcia na siebie wyłącznego ryzyka pogorszenia się rzeczywistych warunków realizacji umowy w jej toku, na szkodę wykonawcy, przy jednoczesnym zagrożeniu sankcjami w postaci kar umownych oraz skutkującego na przyszłość wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy. Konkurencyjny w postępowaniu wykonawca, jest zmuszony do kalkulacji ceny przy zastosowaniu minimalnych marż. W takiej sytuacji, każdy niekontrolowanych przez wykonawcę wzrost kosztów , może prowadzić do strat w działalności takiego wykonawcy. Powyższe zaburza w sposób niedozwolony równowagę stron umowy. Zamawiający nie ma prawa doprowadzać drugiej strony stosunku obligacyjnego do niekorzystnego rozporządzenia jej majątkiem w sposób wyrządzający szkodę. Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony gdyż narusza zasady współżycia społecznego.

Zamawiający powinien zatem wykreślić zapis Rozdziału III ust. 4 ppkt 6) SIWZ albo dopuścić zmianę umowy w przedmiotowym zakresie, uwzględniając ściśle dostosowanie ceny do kosztów ponoszonych w zmienionych warunkach realizacji umowy.

W obecnym kształcie SIWZ narusza art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc

- 3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc** na skutek zaniechania czynności Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie obowiązku pozostawianie worków dla mieszkańców wg zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, przy braku w SIWZ określenia maksymalnej liczby worków jaką należy zabezpieczyć co uniemożliwia rzetelną kalkulację kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania dla mieszkańców worków na odpady, według zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, w sytuacji braku ustalenia w SIWZ ich maksymalnej liczby.

W Rozdziale III ust. 5 ppkt 3) SIWZ Zamawiający zapisał:

- 3) (...) Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie wymagane są z uwagi na zgłaszane przez właścicieli nieruchomości potrzeby i oczekiwania.

Dowód: SIWZ (w aktach postępowania)

Odwolujący podnosi, że liczba worków powinna być ściśle powiązana z liczbą odbiorów odpadów od konkretnego wytwórcy (mieszkańca). W Rozdziale III ust. 5 ppkt 3) SIWZ z roku 2019 Zamawiający zastosował logiczny zapis:

Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie zostały wystawione przez właścicieli nieruchomości.

Zapis ten zapewniał symetryczne do zużycia i płynne zaopatrzenie mieszkańców w odpowiednie worki, nie narażając wykonawcy w żadnym stopniu na straty z tego tytułu. Liczbę worków można bowiem wyliczyć na podstawie liczby kursów do danego mieszkańca.

W obecnym stanie sprawy, wykonawca nie posiada żadnej możliwości ustalenia, ile worków będzie zobowiązany w rzeczywistości dostarczyć. Powstała asymetria informacji uderza wprost w wykonawcę. Nie posiada on odpowiedniej wiedzy dla rzetelnego wyliczenia ceny oferty i jest narażony na konieczność świadczenia całkowicie życzeniowej liczby worków.

Zamawiający powinien ustalić w sposób jednoznaczny i wyczerpujący mechanizm przekazywania skończonej i znanej w chwili składania oferty liczby worków, albo poprzez wskazanie w treści oferty ceny jednostkowej worka, ustalić mechanizm zapłaty za dodatkowe worki. W obecnym stanie sprawy, Zamawiający usiłuje przerzucić możliwe zwiększenie kosztów na wykonawców odbierając możliwość rzetelnego wyliczenia ceny oferty i narażając na ponoszenie w przyszłości strat z tego tytułu.

W obecnym brzmieniu, zapis W Rozdziale III ust. 5 ppkt 3) SIWZ jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów. Zamawiający kształtuje treść stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego nadużywając swojej pozycji jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym.

Wykonawca, który chce złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu znajduje się pod przymusem przyjęcia na siebie wyłącznego ryzyka pogorszenia się rzeczywistych warunków realizacji umowy w jej toku, na szkodę wykonawcy, przy jednoczesnym zagrożeniu sankcjami w postaci kar umownych oraz skutkującego na przyszłość wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy. Konkurujący w postępowaniu wykonawca, jest zmuszony do kalkulacji ceny przy zastosowaniu minimalnych marż. W takiej sytuacji, każdy niekontrolowanych przez wykonawcę wzrost kosztów, może prowadzić do strat w działalności takiego wykonawcy. Powyższe zaburza w sposób niedozwolony równowagę stron umowy. Zamawiający nie ma prawa doprowadzać drugiej strony stosunku obligacyjnego do niekorzystnego rozporządzenia jej majątkiem w sposób wyrządzający szkodę. Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony gdyż narusza zasady współzycia społecznego.

Zamawiający powinien zatem wykreślić obecny zapis Rozdziału III ust. 5 ppkt 3) SIWZ wprowadzając w jego miejsce zapis istniejący w SIWZ w roku 2019 mówiący, że Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie zostały wystawione przez właścicieli nieruchomości. albo wprowadzić pozycję wyceny pojedynczego worka ponad liczbę równą liczbie odbiorów odpadów dla każdej frakcji albo dopuścić zmianę umowy

w przedmiotowym zakresie, uwzględniając ściśle dostosowanie ceny do kosztów ponoszonych do zmienionych warunków realizacji umowy.

W wyroku z dnia 8 października 2018 roku, wydanym w połączonych sprawach o sygnaturach akt: KIO 1878/18, KIO 1879/18, KIO 1880/18, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła:

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Istotność opisu przedmiotu zamówienia jako obligatoryjnego element każdej specyfikacji wynika z jego wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawia się w tym, że to na podstawie jego treści wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia przygotowują oferty. W związku z tym Zamawiający jako podmiot zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia powinien sporządzić go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp oznacza to, że na Zamawiającym ciąży obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie wystarczająco precyzyjnych, szczegółowych i zrozumiałych określeń. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą posiadać pełen katalog informacji w zakresie rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację, ponieważ jest on podstawą służącą obliczenia ceny za wykonanie zamówienia.

Stwierdzić należy, że: „Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 Pzp i stanowi podstawę do wniesienia przez wykonawcę odwołania. W jednym z wyroków KIO wskazała, że 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 18.5.2015 r., KIO 897/15, Legalis)”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający podał co prawda w SIWZ szacunkowe dane ilościowe, pozwalające na ustalenie podstawowej, bazowej liczby worków, nie podał jednak granic liczbowych możliwych żądań mieszkańców pozostawiając całe ryzyko w tym zakresie po stronie wykonawców. Bez wątpienia informacja w zakresie maksymalnej liczby oraz pojemności worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia jest informacją niezwykle istotną z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, z uwagi na jej znaczący wpływ na ukształtowanie ceny ofertowej. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a także może prowadzić do nieporównywalności ofert.

Konsekwencją powyższego jest naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc.

4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 , art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 2 „Termin płatności” oraz ustalenie sposobu ceny ofert w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert.

W Rozdziale XV ust. 1 SIWZ, Zamawiający opisał sposób oceny w ramach kryterium nr 2: kryterium termin płatności – waga kryterium 20 %

b) kryterium termin płatności wynagrodzenia wykonawcy – waga kryterium : 20 %

0-5 punktów gdzie punkty przyznaje się na poniższych zasadach

0 punktów - termin płatności wynoszący dwadzieścia jeden (21) dni od dnia doręczenia zamawiającemu faktury wystawionej przez wykonawcę w sposób prawidłowy oraz zgodny z umową

20 punktów - termin płatności wynoszący trzydzieści (30) dni od dnia doręczenia zamawiającemu faktury wystawionej przez wykonawcę w sposób prawidłowy oraz zgodny z umową.

Jak łatwo zauważyć, Zamawiający różnicuje o 20 punktów dziewięć dni różnicy w terminie płatności. Oznacza to, że Zamawiający jest gotów zapłacić o około 1/4 wyższą cenę za możliwość opłacania wystawionych faktur o dziewięć (9) dni później. Aby uzyskać taką samą punktację łączną, przy cenie jednej oferty wynoszącej przykładowo 1 000 000 zł, przy 30 dniowym terminie płatności, w drugiej ofercie, w której termin płatności wyniósłby dni 30, cena musiałaby być niższa aż o 250 000 zł. Kryterium takie jako nieracjonalne i sprzeczne z istotą ustalania pozacenowych kryteriów oceny ofert powinno zostać zmienione lub usunięte.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zajmowała stanowisko w przedmiotowej kwestii. W wyroku z dnia 14 sierpnia 2013 r. (sygn. akt KIO 1819/13, KIO 1935/13, KIO 1839/13), Izba stwierdziła m.in., iż:

- "obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania z należytą starannością oznacza m.in. takie kształtowanie procesu szeroko pojętego udzielania zamówienia publicznego, aby było ono konkurencyjne w możliwie największym stopniu."
- "ocena ofert w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania. Opis kryteriów oceny ofert oraz opis sposobu oceny ofert, zgodnie z zasadą określoną w art. 7 ust. 1 Pzp musi zapewniać obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej."
- "poza cenowe kryteria oceny ofert wymagają szczegółowego opisu sposobu oceny ofert z uwzględnieniem specyfiki i uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia, tak aby nie pozwalały na dowolność interpretacyjną."

Zamawiający naruszył zatem Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

- 5. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 3 „ochrona środowiska” punktacji z tytułu posiadania floty pojazdów spełniających normę spalania EURO 4 co powoduje, że kryterium jest pozorne, gdyż pozostaje bez związku z możliwością chronienia środowiska bowiem**

pojazdy spełniające tę normę są obecnie jedynie tolerowane w transporcie kołowym zaś powszechnym jest spełnianie normy EURO 5 oraz normy EURO 6;

W Rozdziale XV ust. 1 SIWZ, Zamawiający opisał sposób oceny w ramach kryterium nr 3:
kryterium ochrona środowiska – waga kryterium 20 %

Zamawiający przyzna punkty w niniejszym kryterium oceny ofert za pojazdy spełniające normę emisji spalin za pomocą, których Wykonawca będzie realizował zamówienie. Wykonawca wykazuje pojazdy spełniające warunki emisji spalin określone dla normy EURO 4 lub wyżej otrzyma punkty w następujący sposób:

- 0 punktów – Wykonawca nie dysponuje takimi pojazdami
- 10 punktów – Wykonawca dysponuje 1-4 takimi pojazdami
- 20 punktów – Wykonawca dysponuje 5 i więcej takimi pojazdami

Odwołujący podnosi, że kryterium to promuje punktami wykonawców, dysponującymi znaczną liczbą przestarzałych pojazdów z silnikiem wysokoprężnym, spełniających normę spalania EURO 4, wprowadzoną w roku 2006. W roku 2011 (1 stycznia) wprowadzono normę spalania EURO 5. We wrześniu roku 2015, wprowadzono normę spalania EURO 6.

Nie ulega wątpliwości, że w obecnym kształcie omawianego kryterium, Zamawiający nie ma możliwości uzyskania obiektywnie dostępnego efektu ekologicznego. Punktując dysponowanie pojazdami, które ze względów ekologicznych nie mogą być rejestrowane, to znaczy dopuszczane do ruchu, Zamawiający nie tylko doprowadza do wypłaszczenia kryterium oceny ofert o wagę 20% szkodliwego kryterium, ale promuje dysponowanie przestarzałymi, nie ekologicznymi i niedopuszczanymi do ruchu pojazdami.

Zamawiający poprzez omawiane kryterium, nie tylko że nie zapewnia i nie promuje rozwiązań proekologicznych, ale przede wszystkim zabezpiecza interesy wykonawców posiadających przestarzałą flotę pojazdów, którzy nie inwestując w nowoczesne, proekologiczne rozwiązania napędów pojazdów, zyskują większe szanse w relacji do wykonawców na dokonujących bieżącego odświeżania floty pojazdów, wprowadzając do niej samochody napędzane nowoczesnymi jednostkami spełniającymi normy spalania EURO 5 i EURO 6 jak również paliwami alternatywnymi i prądem elektrycznym.

Powyższe nie może być odczytywane inaczej, jak naruszenie przepisów ustawy wskazanych w treści zarzutów.

W rozstrzygnięciu powyższego pomocne mogą być tezy zawarte w wyroku z dnia 8 października 2018 roku, wydanym w połączonych sprawach o sygnaturach akt: KIO 1878/18, KIO 1879/18, KIO 1880/18. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła:

Wprowadzenie aspektów środowiskowych jako kryteriów oceny ofert miało na celu ograniczenie lub uniknięcie degradacji środowiska naturalnego, a tam, gdzie to możliwe, również jego poprawę, poprzez redukcję emisji CO₂, zmniejszenie hałasu czy też zmniejszenie ilości substancji szkodliwych, jakie mogą być emitowane do środowiska. Kryteria te wpisują się w obowiązujące na obszarze Unii Europejskiej przepisy, dotyczące ochrony środowiska, które stają się coraz bardziej rygorystyczne w zakresie norm wielkości emisji pojazdów. Obowiązkowe stosowanie określonych norm w wyżej wskazanych obszarach nie stoi na przeszkodzie formułowaniu przez Zamawiających wyższych wymagań niż przewidują to normy i uwzględniać czynniki oddziaływania na środowisko w ramach powyższego kryterium jako podstawę do oceny ofert. Stosowanie kryteriów oceny ofert uwzględniających czynniki oddziaływania na środowisko przy zakupie pojazdów transportu drogowego w systemie prawa polskiego jest już obowiązkowe („Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie” pod redakcją Jacka Sadowego – Prezesa UZP, Warszawa 2011, s. 24). Uwzględniając powyższą argumentację Izba doszła do przekonania, że Zamawiający był uprawniony do ustanowienia w ramach kryterium oceny ofert kryterium środowiskowego przy uwzględnieniu norm emisji spalin Euro 6 i Euro 5 oraz zróżnicowanie rodzaju zasilania pojazdu. W omawianym zakresie Izba uznała za wiarygodną i przekonywującą argumentację Zamawiającego, która została poparta rzetelnymi dowodami z publikacji i opracowań naukowych, w których podano m. in.: „Podstawowymi kryteriami środowiskowymi, jakimi powinno się kierować przy wyborze pojazdów w ramach przetargów publicznych jest emisja zanieczyszczeń, której poziom zależy bezpośrednio od rodzaju i ilości zużywanego paliwa. Szereg rozwiązań technicznych takich jak np. filtry, może zmniejszyć ilość zanieczyszczeń wydostających się z pojazdu na zewnątrz, do środowiska. Dla pojazdów obsługujących komunikację publiczną należy przy definiowaniu powyższych kryteriów uwzględniać również zależności powyższych parametrów od stopnia załadowania pojazdu i natężenia ruchu w czasie jazdy. Natężenie ruchu należy przeanalizować w trzech wariantach wskaźnika: w cyklu miejskim, w cyklu pozamiejskim oraz w cyklu mieszanym. Należy przy tym nadać odpowiednią wagę wskaźnikowi, który obrazuje główne przeznaczenie pojazdu (czy jest to pojazd wykorzystywany w mieście, czy częściej porusza się w cyklu pozamiejskim). Pozwoli to uniknąć sytuacji, w której średnia wartość zużycia paliwa nie pozwala w sposób jednoznaczny wyróżnić pojazdu o bardziej ekonomicznych

parametrach zużycia paliwa. Euro IV i Euro V są to normy redukcji emisji zanieczyszczeń, ustanowione dla pojazdów przez Unię Europejską. Objęte regulacjami zostały substancje takie jak: tlenki azotu (NO_x), cząstki pyłu zawieszonego (PM), węglowodory niemetalowe (HC) oraz tlenek węgla (CO). Jako wymaganie minimalne należy przyjąć EURO IV, a dodatkowo premiować pojazdy spełniające jeszcze bardziej restrykcyjne normy emisji spalin”. W aspekcie emitowanych zanieczyszczeń oraz źródła hałasu Izba uznała za trafne porównanie pojazdów odbierających odpady do autobusów miejskich, ponieważ pojazdy odbierające odpady podobnie jak autobusy miejskie realizują określoną „trasówkę” zatrzymując się dosyć często, czy to przy pojemnikach na śmieci czy na przystankach autobusowych, wytwarzając przy tym określony poziom hałasu. Tym samym Izba uznała za zasadne posługiwanie się przez Zamawiającego opracowaniem KAPE, dotyczącym propozycji kryteriów środowiskowych przy formułowaniu specyfikacji na potrzeby zamówień publicznych, w który dla pojazdów takich jak autobus (str. 93) przy kryteriach środowiskowych podano, że można ustanowić jako obowiązkowe lub dodatkowe kryterium związane z wykorzystaniem paliw alternatywnych. Również analiza zawarta w opracowaniu pn. „Porównanie kosztów cyklu życia autobusów miejskich z napędami konwencjonalnymi i alternatywnymi” zawiera porównanie poziomów emisji substancji szkodliwych w fazie użytkowania pojazdów. Zawarte w niej wnioski wpisują się w słuszną argumentację Zamawiającego, który twierdził, że rodzaj zastosowanego zasilania pojazdu jest ściśle związany ze emisją określonego poziomu substancji szkodliwych tj. tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także wytwarzanego hałasu, co bez wątpienia ma bezpośredni i negatywny wpływ na środowisko naturalne. W kontekście powyższego na uwagę zasługuje również treść pracy doktorskiej K. Ł., w której autor, podpierając się konkretnymi źródłami naukowymi, stwierdził, że: „W porównaniu z benzyną i olejem napędowym zastosowanie do napędu pojazdów gazu ziemnego powoduje znaczne zmniejszenie ilości emitowanych substancji szkodliwych a nawet całkowite wyeliminowanie niektórych z nich. Warto zauważyć znaczne obniżenie emisji podstawowego produktu spalania, jakim jest dwutlenek węgla w porównaniu do pozostałych paliw, z powodu niskiego stosunku węgla pierwiastkowego do wodoru w gazie ziemnym, oszacowanego na 0,255. Gaz ziemny jest paliwem spełniającym wszystkie poziomy zanieczyszczeń wymagane w Europie i zapisywane w kolejnych rygorystycznych normach od Euro 2 do Euro 6, które ograniczają dopuszczalną emisję drogową substancji szkodliwych pochodzących z pojazdów samochodowych. Kolejnym aspektem ekologicznym stosowania gazu ziemnego, jako paliwa do pojazdów jest zmniejszenie drgań i głośności pracy silnika przeciętnie o kilka decybeli, co znacznie zwiększa komfort jazdy”. W opozycji do treści wskazanych powyżej dowodów, przedstawionych przez Zamawiającego stoją

twierdzenia Odwołującego, który twierdził, że Zamawiający konstruując postanowienia SIWZ w zakresie kryterium środowiskowego powinien oprzeć się jedynie na spełnieniu wymagań dotyczących norm Euro 6 i Euro 5 pomijając całkowicie kwestię zasilania pojazdów. Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego Izba wskazuje, że opracowanie własne Odwołującego odnosi się jedynie do zaledwie kilku przykładowych pojazdów, dlatego też dowód ten nie może być uznany za miarodajny w kontekście generalnej reguły. Analogiczną argumentację należy również zastosować do dowodu w postaci prezentacji Z. Ch. pn. „EURO VI Teraźniejszość i przyszłość silników spalinowych do ciężkich pojazdów samochodowych”. Kolejną kwestią, stanowiącą przedmiot rozpoznania Izby była prawidłowość skonstruowania przez Zamawiającego kryterium środowiskowego w aspekcie możliwości wypełnienia stawianego jemu celu oraz możliwości uzyskania określonej liczby punktów przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Analiza przytoczonego powyżej opisu kryterium środowiskowego doprowadziła Izbę do wniosku, że zarzuty zgłoszone przez Odwołującego w tym zakresie należy uznać za uzasadnione. W ocenie Izby opis i sposób punktacji kryterium środowiskowego dokonany przez Zamawiającego nie pozwala na osiągnięcie celu jaki postawił Zamawiający przed owym kryterium. Otóż przypomnieć należy, że Zamawiający w specyfikacji wskazał, że celem wprowadzenia ww. kryterium jest ograniczenie negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne. Ograniczenie to obejmuje emisję szkodliwych substancji takich jak tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także ograniczenie hałasu. (...)

Izba stwierdziła, że skonstruowane przez Zamawiającego kryterium środowiskowe w określonych powyżej ramach jest wadliwe, co przesądza o zasadności zgłoszonych zarzutów i konieczności zmiany specyfikacji w pkt 27.3 kryterium środowiskowe, przez zmianę opisu przyznawania punktów, umożliwiającą Zamawiającemu osiągnięcie zamierzonego celu ograniczenia negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne i jednocześnie gwarantującą możliwość uzyskania punktów wykonawcom, którzy będą chcieli skierować do realizacji pojazdy zasilane gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem etanolem, wodorem lub hybrydowym, których obecnie nie posiadają. *(koniec cytatu)*

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy

- 6. Zarzut naruszenia Art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc** poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz

zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie sztywnego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego;

Katalog kar umownych został zamieszczony przez Zamawiającego w § 15 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ. W ustępie 3 Zamawiający zapisał, że kary umowne podlegają sumowaniu. Zamawiający nie ustalił jednakże górnej wysokości zsumowanych kar umownych. Tego rodzaju zapis może prowadzić do nieograniczonego w czasie i wysokości zaspokajania pieniężnego Zamawiającego ze szkodą dla Wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne z naturą i funkcją kar umownych. Zarzuty Odwołującego znajdują wsparcie w jednolitym poglądzie judykatury.

Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14 orzekł, że: Brak określenia w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 KC wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

Podobnie Sąd Okręgowy w Poznaniu w Wyroku z dnia 13 listopada 2017 r., sygn. I C 87/16 orzekł:

Sąd rozpoznający niniejszą sprawę w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 października 2015 r. (IV CSK 687/14), zgodnie z którym nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych, ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie

zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

Także Sąd Okręgowy w Łodzi w Wyroku z dnia 22 listopada 2018 roku, sygn. XIII Ga 642/18: Zapis nie wskazujący ani maksymalnej wysokości kary umownej, ani ostatecznego terminu, do którego jest naliczana, nie spełnia warunku wskazania określonej sumy, co czyni zapis § 8 ust. 1 pkt 1.1 umowy bezwzględnie nieważnym (art. 58 § 1 k.c.). Nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego.

Nie wprowadzenie zapisów odnośnie maksymalnej wysokości wszystkich zsumowanych kar umownych stanowi przykład rażącego naruszenia zasad współzycia społecznego poprzez dążenie do pozbawienia Wykonawcy należnego wynagrodzenia.

Ocena powyższych zarzutów sprawia, że sprawą zupełnie jasną jest, że Zamawiający dąży do zaspokojenia swoich potrzeb finansowych poprzez pozbawienie Wykonawcy należnego wynagrodzenia.

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zamówienia a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia. (por KIO 1519/15)

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącym przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. wskazał, iż "kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi

interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela".

Działanie Zamawiającego w sposób znaczący utrudniające Nam obecnie możliwości skutecznego złożenia oferty jako zmierzające wprost do obejścia powszechnie obowiązujących norm współżycia społecznego nie może korzystać z ochrony. Tak bowiem stanowi przepis art. 5 kc, który poprzez art. 14 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie.

W piśmiennictwie i orzecznictwie wskazuje się, że funkcją art. 5 kc jest zapobieganie stosowaniu prawa w sposób, który ma na celu wywarcie skutków niemoralnych, albo rozmiających się zasadniczo z celem, dla którego dane prawo było ustanowione.

Potrzebę istnienia w systemie prawa klauzul generalnych tłumaczy się tym, iż brak takich klauzul mógłby prowadzić do rozstrzygnięć formalnie zgodnych z prawem, ale w konkretnych sytuacjach niesłusznych, ponieważ nieuwzględniających w rozstrzyganych przypadkach uniwersalnych wartości składających się na pojęcie sprawiedliwości nie tylko formalnej lecz i materialnej.

Zważyć bowiem należy, że w przedmiotowej sprawie, powoływanie się na prawo podmiotowe nie stanowi jego wykonywania, lecz jego nadużywanie, które nie jest społecznie aprobowalne i w związku z tym nie korzysta z ochrony.

Wprowadzając do Wzoru umowy podniesione zapisy § 15 ust 3 przy jednoczesnym braku ustalenia maksymalnej wysokości zsumowanych kar umownych ani okresu ich naliczania, Zamawiający naruszył dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym naruszając Art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc

7. Zarzut naruszenia Art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z Art. 491. § 1. oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów to jest ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy

o charakterze adhezyjnym, na skutek ustalenia w treści Wzoru umowy, podstawy odstąpienia od umowy bez ustalenia liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy co daje Zamawiającemu dowolność wyboru okoliczności odstąpienia nawet po jednym nieodebranych pojemniku albo rezygnacji z odstąpienia nawet przy wielokrotnie powtarzających się przypadkach nienależytego wykonania umowy.

W § 16 Wzoru umowy, Zamawiający opisał okoliczności i zasady odstąpienia od umowy.

§ 16

1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy w szczególności w sposób niezgodny z umową i SIWZ.
2. W przypadku nierealizowania umowy lub w przypadku jej nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dowiedzenia się o okoliczności uzasadniających odstąpienie.
3. Ponadto Zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli poweźmie wiadomość o tym, że:
 - a) Wykonawca utracił uprawnienia do wykonywania przedmiotu umowy wynikające z przepisów szczególnych,
 - b) nie rozpoczął wykonywania usług objętych umową z dniem 01.01.2021 r.,
 - c) zaniechał realizacji umowy i nie podejmuje czynności pomimo pisemnego wezwania,
 - d) pomimo uprzednich, pisemnych, co najmniej dwukrotnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego nie wykonuje usługi zgodnie z postanowieniami umowy lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowne.
4. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania usługi Zamawiający wezwie Wykonawcę do wykonania lub należytego wykonania usługi i wyznaczy w tym celu odpowiedni termin. (...)

W treści przytoczonych zapisów Zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych okoliczności, po zaistnieniu których Zamawiający na pewno odstąpi od umowy. Pozostawia sobie swobodę wyboru, co konkretnie uzna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy upoważniające do wdrożenia zapisów § 16 ust. 1, a także samą decyzję o odstąpieniu od umowy. Nie wskazuje, że np. trzykrotne nieodebranie pojemników z jednej posesji spowoduje wdrożenie procedury opisanej w § 16 ust. 4 umowy. Brak jasnego powiązania zapisów ust. 1 z następnymi poprzez wprowadzenie zastrzeżenia jego zastosowania od spełnienia zapisów ust. 2-4.

Odwołujący podnosi, że Art. 491. § 1 kc w sposób wyraźny wiąże uprawnienie odstąpienia ze zwłoką w wykonaniu zobowiązania z umowy. Zatem to nie kwotowa wielkość naliczonych już kar umownych jest czynnikiem uprawniającym Zamawiającego do odstąpienia.

Zapisy § 15 Wzoru umowy stanowią kolejny już przejaw stosowania prawa w sposób, który ma na celu wywarcie skutków niemoralnych, albo rozmiających się zasadniczo z celem, dla którego dane prawo było ustanowione. Narusza zatem przepis art. 5 kc.

Wprowadzając do Wzoru umowy podniesione zapisy § 16 , Zamawiający naruszył dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym naruszając Art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z Art. 491. § 1. oraz w zw. z art. 5 kc

Zamawiający powinien opisać szczegółowo okoliczności odstąpienia od umowy.

Odwołujący wnosi jak na wstępie o uwzględnienie odwołania w całości.

.....
Odwołujący

Załączniki:

- kopia informacji odpowiadającej aktualnemu odpisowi z Krajowego Rejestru Sądowego Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o.;
- Pełnomocnictwo dla Pana Ryszarda Grońskiego;
- dowód wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- dowód wniesienia wpisu od odwołania;
- dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.