

Warszawa, dnia 21 listopada 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Szeków

w imieniu której działa Wójt Gminy Szeków

Stary Szeków 39, 06-220 Stary Szeków

tel. 29 71 76 001

e-mail: ug_szekow@wp.pl

strona internetowa: www.bip.szekow.pl

Adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie <https://pzp.szekow.pl/>

Odwołujący:

Bis-Błysk sp. z o.o.

ul. Stanisława Moniuszki 108;

06-200 Maków Mazowiecki,

KRS: 0000970987

reprezentowana przez radcę prawnego Monikę Dżilińską- Buraczyńską i radcę prawnego Karola Kamińskiego z Kancelarii Krynicki, Dajczer, Kamiński, Heromiński Spółka Partnerska Radców Prawnych z siedzibą w Warszawie

ul. Nowy Świat 35 lok. 8, 00-029 Warszawa

tel. 223803350, fax: 223803351

e-mail : biuro@kdkh.pl

mdzilinska@kdkh.pl

ODWOŁANIE

- I. Działając na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) oraz stosownie do przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (tj. z dnia 22 lipca 2022 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej: „Pzp”) w imieniu wykonawcy - Bis-Błysk sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, zwanego dalej: „Odwołującym”, wnoszę odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego - Gminę Szeków, w imieniu której działa Wójt Gminy Szeków, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie gminy Szeków”, numer postępowania: GGKŚZPI.271.20.2022, dalej: „Postępowanie”.
- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 listopada 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00438632/01.
- III. ZARZUTY

W toku przedmiotowego postępowania Zamawiający naruszył następujące przepisy art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 7 do SWZ - wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy

oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział w §7 ust. 1 pkt 2 Pzp karę umowną za niewywiązanie się z poziomu odzysku odpadów odpowiadającej karze nałożonej na Gminę Szelków, której wysokość zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a zatem przewidział odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ i Załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w Uzasadnieniu, tj.:

poprzez wykreślenie §7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, ewentualnie

poprzez takie ukształtowanie obowiązków wykonawcy, aby był on zobowiązany do osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w odniesieniu do strumienia odpadów odbieranego przez niego w ramach umowy, a w konsekwencji nałożenia kary umownej odpowiadającej proporcjonalnie karze nałożonej na Zamawiającego za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w stosunku do nieosiągniętego przez wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH.

1. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 15 listopada 2022 r. W tym dniu, w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00438632/01 opublikowane zostało ogłoszenie o zamówienie. Tego samego dnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania zostały opublikowane dokumenty zamówienia. Termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 21 listopada 2022 r. (poniedziałek), gdyż dzień 20 listopada br. przypadł w niedzielę. Zgodnie z art. 509 ust. 2 Pzp, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Odwołanie zostaje zatem wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.
2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego (ukształtowane w Postępowaniu warunki zamówienia) uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwe. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do eliminacji dokonanego przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość udziału Odwołującego w postępowaniu i uzyskania przed Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE

- VII. Zgodnie z art. 8 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 KC. Aktualne w tym zakresie pozostaje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało wydane na gruncie poprzedniej ustawy tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (sygn. akt: KIO/2036/10) wskazano: *„niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 353¹ Kc.”*
- VIII. W §7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy wskazano, że wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną *„za niewywiązanie się z poziomu odzysku odpadów w wysokości kary nałożonej gminie Szelków. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.”* Przedmiotowe postanowienie narusza przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp.
1. Poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jakie są zobowiązane osiągnąć gminy w poszczególnych latach zostały określone w art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 13 maja 2022 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm., dalej: „ucpg”). Zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 3 ucpg w 2023 r., czyli w okresie, w którym wykonawca będzie świadczył usługi określone w umowie, poziom ten wynosi co najmniej 35% wagowo. Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych (por. art. 3b ust. 1a ucpg). Sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych z dnia 3 sierpnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530).
 2. Literalne brzmienie art. 3b ust. 1 ucpg prowadzi do wniosku, że to Gmina (Zamawiający) została zobowiązana przez ustawodawcę do osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, co koresponduje z obowiązkiem określonym w art. 6c ust. 1 ucpg, zgodnie z którym gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Jak wskazuje się w piśmiennictwie *„Osiągnięcie wymaganych poziomów jest obowiązkiem gminy także wtedy, gdy odpady*

komunalne odbiera od właścicieli nieruchomości podmiot działający na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 6f ust. 1a CzystGmU).” (Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz Agnieszka Jezierska-Markocka, Michał Markocki).

3. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający organizuje system gospodarowania odpadami na terenie gminy, w tym określa zasady jego działania należy stwierdzić, iż brak jest podstaw do przerwania na wykonawcę negatywnych konsekwencji w postaci kar jakie mogą zostać nałożone na gminę za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Takie działanie świadczy o rażącym wykorzystaniu przez Zamawiającego jego pozycji w sposób nieuzasadniony i przekraczający granice swobody umów. Kwestionowana kara nie spełnia przypisywanej jej funkcji odszkodowawczej i może okazać się nieproporcjonalna do wynagrodzenia jakie otrzyma wykonawca z tytułu świadczenia usług.
4. Zamawiający będący organizatorem gminnego systemu gospodarowania odpadami jako jedyny podmiot ma wpływ na efektywność selektywnego zbierania odpadów przez właścicieli nieruchomości chociażby poprzez prowadzenie ekologicznych akcji edukacyjnych czy takie kształtowanie stawek za odbiór odpadów zmieszanych i selektywnie zbieranych, aby promować selektywną zbiórkę odpadów.
5. Na możliwość osiągnięcia na terenie danej gminy poziomów recyklingu wpływa również system punktów skupu, do których odpady dostarczają mieszkańcy. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na strumień odpadów, który trafia do punktów skupu, a jest to najczystszy surowiec, który w sposób istotny wpływa na osiągane przez gminy poziomy recyklingu. Ten strumień odpadów pozostaje poza jakąkolwiek kontrolą ze strony wykonawcy.
6. Jak wynika z danych podanych przez Zamawiającego w pkt 3 załącznika nr 9 do SWZ - Opisu przedmiotu zamówienia, w 2021 r. w strumieniu odpadów komunalnych odbieranych z terenu Gminy Szeków przeważają niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - ich masa była największa spośród wszystkich frakcji odpadów odebranych w 2021 r. Skład morfologiczny tej frakcji odpadów jest bardzo niekorzystny z perspektywy recyklingu, co powoduje, że przy obecnej wielkości strumienia zbieranych odpadów komunalnych nie jest możliwe osiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu za rok 2023. Zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę obserwowany od dłuższego czasu problem braku wystarczającej liczby recyklerów odpadów surowcowych, w tym m.in. przetwarzających odpady z tworzyw sztucznych, a także fakt, że spodziewane jest obniżenie raportowanych dotychczas poziomów recyklingu nawet o kilkanaście procent będące efektem przyjęcia nowych przepisów dotyczących obliczania poziomów recyklingu. Od 2021 roku poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu jest wyliczany w stosunku do wszystkich odpadów komunalnych. W związku z tym, w stosunku do obecnie obowiązującej metody, do osiąganego poziomu będą uwzględniane dodatkowe frakcje odpadów takie jak bioodpady, tekstylia i inne odpady komunalne, które dotychczas nie były brane pod uwagę przy dokonywaniu obliczeń poziomów recyklingu.

IX. Ponadto, należy zauważyć, że wykonawcy nie mają na obecnym etapie postępowania możliwości oszacowania wysokości kary umownej jaka może zostać na nich nałożona zgodnie z §7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy. Nie wiedząc jaki % odpadów zostanie realnie poddany recyklingowi, wykonawca nie jest w stanie oszacować nawet potencjalnej wysokości kary umownej. Tym samym wykonawcy, nie mają możliwości oszacowania ryzyka związanego z nieosiągnięciem wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i uwzględnienia go w zaoferowanej cenie.

- X. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Monika Dziłńska-Buraczyńska
Monika Dziłńska-Buraczyńska
RADCA PRAWNY

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową;
2. Wydruk z KRS dot. Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu.

Maków Mazowiecki, dnia 18 listopada 2022 r.

PELNOMOCNICTWO

Bis-Blysk sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, ul. Stanisława Moniuszki 108; 06-200 Maków Mazowiecki, wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego – Rejestru Przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS: 0000970987, NIP 7571483952, REGON 36648160000000, nazywana dalej: „*Mocodawcą*”

reprezentowana przez: **Wojciecha Bogdana Zalewskiego – Prezesa Zarządu**

niniejszym ustanawia pełnomocnikami *Mocodawcy*:

1. **Karola Kamińskiego – radcę prawnego,**
2. **Monikę Dziłińską-Buraczyńską – radcę prawnego.**

z Kancelarii Krynicki, Dajezer, Kamiński, Heromiński Spółka Partnerska Radców Prawnych z siedzibą w Warszawie, przy ul. Nowy Świat 35 lok. 8, 00-029 Warszawa.

Niniejsze pełnomocnictwo dotyczy reprezentowania *Mocodawcy* w prowadzonym przez Zamawiającego – Gminie Szelków, w imieniu której działa Wójt Gminy Szelków w trybie podstawowym bez negocjacji postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie gminy Szelków*”, numer postępowania: GGKŚZPI.271.20.2022, dalej: „*Postępowanie*”.

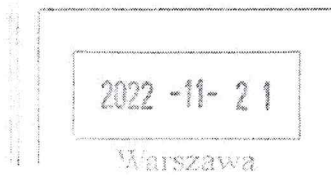
Pełnomocnicy mają prawo do reprezentowania *Mocodawcy* we wszystkich sprawach przed sądami powszechnymi, polubownymi, administracyjnymi, Sadem Najwyższym, Naczelnym Sadem Administracyjnym oraz organami egzekucyjnymi i wszelkimi innymi organami stosującymi kodeks postępowania cywilnego, kodeks postępowania administracyjnego oraz inne ustawy prawa procesowego, a także przed innymi instytucjami stosującymi prawo lub prawem ustalone procedury, osobami fizycznymi, osobami prawnymi, jednostkami organizacyjnym, które nie posiadają osobowości prawnej oraz organami administracji publicznej.

Pełnomocnicy mają prawo do reprezentowania *Mocodawcy* w szczególności, ale nie wyłącznie wobec:

1. instytucji stosujących procedury określone lub wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in. wobec podmiotów zamawiających, Krajowej Izby Odwoławczej, Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w tym do dokonywania wszelkich czynności związanych ze środkami ochrony prawnej, a w szczególności do składania i cofania: odwołań, opozycji, sprzeciwów, przystąpień do postępowania odwoławczego, skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz realizacji związanych z nimi praw i obowiązków *Mocodawcy*,
2. innych instytucji powołanych do życia ustawami lub przepisami wykonawczymi wydanymi na podstawie ustaw.

Pełnomocnicy mają prawo do reprezentowania *Mocodawcy* wraz z prawem udzielania pełnomocnictw dalszych.

Niniejsze pełnomocnictwo zostaje udzielone do działania łącznie lub samodzielnie według uznania pełnomocników.



Stwierdzam zgodność z oryginałem

RADCA PRAWNY

Monika Dziłińska-Buraczyńska
Monika Dziłińska-Buraczyńska

PREZES ZARZĄDU

Wojciech Bogdan Zalewski