

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

fbserwis
FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.

Warszawa, dnia 1 lipca 2024 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Łądek Zdrój

Rynek 31, 57-540 Łądek Zdrój,

52-633 Wrocław

tel. 74/ 811 78 84,

email: zamowienia@ladek.pl

platforma:

<https://platformazakupowa.pl/pn/ladek>

Odwołujący:

FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.

ul. Atramentowa 10

55-040 Bielany Wrocławskie

reprezentowany przez:

r.pr. Mateusza Szymczaka

adres do doręczeń:

Mateusz Szymczak

FBSerwis S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,

tel. 571 296 925, faks: (22) 623 60 34

email: mateusz.szymczak@fbserwis.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Łądek-Zdrój*” znak: WR.271.10.2024.206 (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Gminę Łądek Zdrój (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 czerwca 2024 r. nr 2024/S 120-368108

ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis Wrocław sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, które przekazuję w załączeniu, na podstawie **art. 513 pkt 1 i 2 i art. 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1** ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, ze zm.; dalej: „**ustawa PZP**”), wnoszę odwołanie treści dokumentów zamówienia, tj. projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, sporządzonej 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

art. 99 ust. 1 oraz art. 433 pkt 4 ustawy PZP oraz art. 353¹ „k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP poprzez opisanie świadczenia Wykonawcy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz ukształtowanie stosunku prawnego, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i sprzeczny z naturą zobowiązania stanowiącego przedmiot zamówienia prawnego oraz zasadami współżycia społecznego i obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem,

a nadto przez wprowadzenie możliwości ograniczenia przedmiotu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości zamówienia lub świadczenia stron

tj. przez ustalenie w § 10 ust. 2 Załącznika nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia projektu umowy (dalej: „**Projekt Umowy**” lub „**PU**”), że każda ze Stron umowy może ją rozwiązać przy zachowaniu 2-miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na ostatni dzień kolejnego miesiąca”,

podczas gdy wprowadzenie takiego nieograniczonego (niezależnego od istnienia jakiegokolwiek przyczyny) prawa rozwiązania umowy z zachowaniem niezwykle krótkiego okresu wypowiedzenia narusza zasadę trwałości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz istotnie utrudnia, a w istocie uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej wobec braku pewności, w jakim okresie będzie on otrzymywał wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia i tym samym nie wskazuje, jaka będzie gwarantowana wysokość takiego wynagrodzenia,

a nadto prowadzi do naruszenia zasad przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany polegającej na wykreśleniu z § 10 Projektu Umowy postanowienia ust. 2.

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

1. Uzasadnienie zarzutu odwołania

Przystępując do uzasadnienia podniesionych w Odwołaniu zarzutów należy zauważyć, że opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności w postępowaniu i jest z jednej strony uprawnieniem, z drugiej zaś obowiązkiem Zamawiającego. Dokonując opisu Zamawiający musi pamiętać o tym, aby w sposób wyczerpujący i kompleksowy przedstawić swoje wymagania, a

jednocześnie uczynić to z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Doniosły charakter tej czynności wynika z tego, że dokonywany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia- co wprost wynika z regulacji zawartej w art. od 99 do 103 ustawy PZP.

Jak się wskazuje w tym zakresie w orzecznictwie, „prawidłowy opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny nie tylko dla ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia ale przede wszystkim odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby Zamawiającego a także umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.” (tak m.in. w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r. 2944/21).

Z opisem przedmiotu zamówienia nierozdzielnie związany opis obowiązków umownych związanych z realizacją zamówienia. Należy w tym zakresie wskazać na aprobowane w orzecznictwie stanowisko, w myśl którego co do zasady Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.

O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu **nie może jednak**

korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2399/15; podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 980/18; KIO 983/18).

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający niewątpliwie opisał przedmiot zamówienia oraz ukształtował zobowiązania umowne wykonawcy w taki sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu. Mianowicie wprowadził on do umowy w sprawie zamówienia postanowienie, zgodnie z którym każda z jej stron (w tym Zamawiający), bez konieczności wykazywania czy nawet podawania jakiegokolwiek przyczyny, miałaby możliwość zakończenia umowy z zachowaniem zaledwie dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia.

Zauważyć zaś należy, że przedmiotowa umowa co do zasady miałaby być realizowana przez okres 18 miesięcy. Z takim zatem założeniem – jak się wydaje – wykonawcy ubiegający się o zamówienie co do zasady powinni kalkulować cenę ofertową, uwzględniając w wynagrodzeniu oczekiwanym w dla całego okresu wynagrodzenia wszystkie koszty, które są związane z przygotowaniem potencjału niezbędnego do wykonania zamówienia (w szczególności: pozyskanie pojazdów odbierających odpady, organizacja bazy magazynowo-transportowej, zakup pojemników na odpady czy też zakup worków czy też – w przypadku niektórych wykonawców – utworzenie i wyposażenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK)).

Z tej przyczyny wiedza odnośnie do tego, w jakim zakresie (przez jaki czas) usługa stanowiąca przedmiot udzielanego zamówienia będzie faktycznie wykonywana jest kluczowa dla dokonania prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Każdy wykonawca, kalkulując swą ofertę, musi poczynić pewne założenia odnośnie do tego, na jakie wynagrodzenie z tytułu realizacji usługi może liczyć – aby w owym wynagrodzeniu móc adekwatnie uwzględnić pełne koszty związane z odpowiednim przygotowaniem się do realizacji zamówienia.

W tym kontekście, przepis art. 433 pkt 4 ustawy PZP nie bez powodu zakazuje Zamawiającemu przewidywania w umowie w sprawie zamówienia publicznego możliwości ograniczania jej zakresu bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (a takim ograniczeniem byłoby w istocie wcześniejsze rozwiązanie umowy bez podania przyczyny). Takie rozwiązanie, jak słusznie się wskazuje w orzecznictwie, pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy (por. w szczególności uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP/1447/10).

Co więcej Zamawiający, przewidując w § 10 ust. 2 Projektu Umowy, uprawnienie do wcześniejszego rozwiązania umowy nie określił jakichkolwiek obiektywnych przesłanek, od których uzależniona byłaby możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy. Powoduje to *de facto*, że skorzystanie z uprawnienia do wcześniejszego rozwiązania umowy pozostawione zostało do uznania stron.

Taka konstrukcja wspomnianego uprawnienia z jednej strony uniemożliwia wykonawcom jakąkolwiek ocenę ryzyka wcześniejszego rozwiązania umowy (skoro decyzję o rozwiązaniu umowy Zamawiający może podjąć w sposób dowolny), z drugiej zaś rodzi ryzyko arbitralności czynności Zamawiającego. Po stronie wykonawców może pojawić się wrażenie, iż decyzja o rozwiązaniu umowy będzie podejmowana w oparciu o kryteria pozamerytoryczne, takie jak chociażby własne preferencje Zamawiającego odnośnie do osoby wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Taka arbitralność pozostaje w całkowitej sprzeczności z podstawowymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia, takimi jak zasada przejrzystości, równego

traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (które służą przecież zagwarantowaniu, że wykonawca składający ofertę najkorzystniejszą będzie realizował przedmiot udzielanego zamówienia) – a tym samym nie powinna ona mieć miejsca na gruncie prawidłowo prowadzonej procedury udzielania zamówienia publicznego.

Niezależnie od tego wskazać należy, że wprowadzenie do umowy postanowień umożliwiających jej wcześniejsze rozwiązanie bez jakiegokolwiek obiektywnej i weryfikowalnej przyczyny, pozostaje w sprzeczności z zasadą trwałości umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasada ta, jakkolwiek nie została wprost wyartykułowana w ustawie, to jednak w orzecznictwie i piśmiennictwie została uznana za zasadę obowiązującą. Pogląd o jej obowiązywaniu jest wyprowadzany regulacji ustawy Pzp, które co do zasady dopuszczają możliwość zarówno rozwiązania, jak i zmiany umowy, wyłącznie w przypadkach oznaczonych.

Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 104/23,

„cechą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Ustawodawca dał wyraz zasadzie trwałości i ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o udzielenie zamówienia publicznego poprzez określenie w Rozdziale 4 ustawy sytuacji uzasadniających odstąpienie do realizacji umowy oraz jej unieważnienie. Przyznanie podmiotom publicznym możliwość dowolnego rozwiązywania umów, w oparciu o nieweryfikowalne obiektywne i dowolne przesłanki stoi w sprzeczności z interesem publicznym oraz zasadą racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Celem bowiem postępowania o zamówienie publiczne jest wybór oferty najkorzystniejszej w perspektywie całego okresu jej obowiązywania i realizacja na podstawie takiej umowy określonych potrzeb publicznych. Zamawiający nie może wprowadzać do wzoru umowy postanowień, które de facto powodują, że wybór oferty i zawarcie umowy ma charakter "tymczasowy", lub "warunkowy", z uwagi na to, że podmiot publiczny zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy na podstawie dowolnej, niedającej się jednoznacznie i obiektywnie zweryfikować przesłanki, zastosowanie której jest wyłącznie zależne woli zamawiającego co do kontynuacji finansowania zamówienia. Izba podkreśla, że zasada ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikająca z umów o udzielenie zamówienia publicznego leży u podstaw kalkulacji kosztów realizacji zamówienia przez wykonawców, jak również stanowi istotny element strategii rozwoju działalności gospodarczej wykonawców. Rozwój zaś gospodarczy podmiotów prywatnych poprzez udział w rynku zamówień publicznych, pewność relacji handlowych z partnerami publicznymi stanowi istotny i niezwykle ważny czynnik w rozwoju gospodarczego kraju. Gdyby zatem dopuścić możliwość rozwiązywania umów przez podmioty publiczne w oparciu o nieskonkretyzowane przesłanki, niemające oparcia w przepisach ustawy Pzp, niewątpliwie takie działania stanowiłoby istotne zagrożenia dla stabilności relacji gospodarczych z podmiotami publicznymi, a tym samym stałyby w sprzeczności z dążeniem do budowania silnego, przewidywalnego i konkurencyjnego rynku zamówień publicznych.”

Podobne stanowisko wyraziła Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3481/22:

„Zamawiający przewidując postanowienie pozwalające na wypowiedzenie umowy jest zobowiązany ustalić gwarantowaną wielkość świadczenia, czego Zamawiający nie uczynił. Postanowienie § 8 ust. 2 wzoru umowy przeczy zasadzie trwałości umów o zamówienie publiczne i w sposób niedozwolony i niezasadniony pozwala na ograniczenie zamówienia

w dowolnym czasie i zakresie (patrz też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3107/21). Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495). Zamawiający jest więc uprawniony zawrzeć w umowie przesłanki rozwiązania umowy za wypowiedzeniem, niemniej jednak muszą one być w sposób jasny i precyzyjny zdefiniowane. Niedookreślone postanowienia umożliwiające rozwiązanie umowy na każdym etapie jej realizacji przekładają się na różną ocenę ryzyk przez poszczególnych wykonawców, co niewątpliwie ma także wpływ na porównywalność ofert w postępowaniu.”

Z ostrożności wskazuję, że w ocenie Odwołującego Zamawiający miałby również możliwość doprecyzowania wskazanego zapisu § 10 ust. 2 Projektu Umowy w taki sposób, aby po pierwsze uzależnić możliwość rozwiązania umowy od zaistnienia precyzyjnie wskazanych i obiektywnych przesłanek, po wtóre zaś określić minimalną wielkość gwarantowanego świadczenia. W taki właśnie sposób Zamawiający określił możliwość rozwiązania umowy w § 15 ust. 2 i 3 Projektu Umowy – wskazują precyzyjnie przyczynę rozwiązania oraz okres (odpowiadający połowie zakładanego okresu realizacji zamówienia), po upływie którego prawo rozwiązania umowy będzie mogło zostać zrealizowane.

Jednakże w przypadku uprawnienia zapisanego w § 10 ust. 2 Projektu Umowy analogicznego doprecyzowania zabrakło – co przesądza o nieprawidłowości tegoż postanowienia. Odwołujący zaś, nie znając motywów, które przyświecały Zamawiającemu przy wprowadzaniu tego zapisów, nie jest w stanie sformułować propozycji zapisu uszczegółowiającego uprawnienie rozwiązania umowy, które odpowiadałoby rzeczywistym potrzebom Zamawiającego w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, celowe jest nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowienia § 10 ust. 2 z Projektu Umowy.

2. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a zakwestionowane – wadliwe i niekonkurencyjne – zapisy SWZ znacząco utrudniają mu rzetelne sporządzenie oferty i uzyskanie zamówienia.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać, otrzymując wysoką ocenę we wszystkich prawidłowych kryteriach oceny ofert.

3. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 czerwca br. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja warunków zamówienia i Projekt Umowy będący jej załącznikiem.

Niniejsze Odwołanie, wnoszone w dniu 1 lipca 2024 r., składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego dokumentów 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



* * *

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 pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS