

ZP II.271.5.4.2017

Kłodzko, dnia 26 kwietnia 2017r.

Zamawiający:

Gmina Miasta Kłodzko

Plac Bolesława Chrobrego 1

57-300 Kłodzko

Wykonawcy ubiegający się o zamówienie

**WEZANIE DO PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, pod nazwą **„Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych w sektorze zachodnim Gminy Miasta Kłodzka”**. Postępowanie nr ZP II.271.5.4.2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 072-138282 w dniu 12 kwietnia 2017r., zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego (Bip) oraz na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego w dniu 12 kwietnia 2017r.

Działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający informuje, że do przedmiotowego postępowania zostało wniesione drogą elektroniczną w dniu 24 kwietnia 2017r. **odwołanie** wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Wykonawcę **FBSerwis S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**.

**Zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zamieszcza kopię odwołania na swojej stronie internetowej i jednocześnie wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.**

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego **w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania**, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia dostarcza się Prezesowi Izby (Krajowej Izby Odwoławczej) w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Z mocy art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej z stron.

Zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddała opozycję. Postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji Izba może wydać na posiedzeniu niejawnym. Na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga.

Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

Odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

  
Z up. Burmistrza  
Z-ca BURMISTRZA  
Wiesław Tracz

Sporządziła: M. Gredys

FBSerwis SA  
ul. Stawki 40  
01-040 Warszawa  
tel. (+48) 22 623 63 80  
fax (+48) 22 623 60 34  
[fbserwis@fbserwis.pl](mailto:fbserwis@fbserwis.pl)

fbserwis

Warszawa, dnia 24 kwietnia 2017 roku

Do:

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

Zamawiający:

Gmina Miasta Kłodzko  
Pl. Bolesława Chrobrego 1  
57-300 Kłodzko  
[zamowienia.pub@um.klodzko.pl](mailto:zamowienia.pub@um.klodzko.pl)

Odwołujący:

**FBSerwis S.A.**  
ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa  
reprezentowany przez:  
Karolinę Szymczak  
[karolina.szymczak@fbserwis.pl](mailto:karolina.szymczak@fbserwis.pl)  
ul. Stawki 40  
01-040 Warszawa  
oraz  
adw. Michała Wojciechowskiego  
[michal.wojciechowski@dzp.pl](mailto:michal.wojciechowski@dzp.pl)  
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.  
Rondo ONZ 1  
00-140 Warszawa

**dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych w sektorze zachodnim Gminy Miasta Kłodzka*” (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Gminę Miasta Kłodzko (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 kwietnia 2017 r. nr **2017/S 072-138282**

## ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, które składam w załączeniu, na podstawie **art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z

FBSerwis SA  
Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
KRS 0000421036, NIP 5272676062, REGON 146097236  
Kapitał zakładowy 88 000 000,00 PLN, wpłacony w całości



2015 r., poz. 2164 ze zm.; dalej: "**ustawa PZP**"), wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu obrazę:

**art. 353 (1) Kodeksu cywilnego** – poprzez sprzeczne z naturą stosunku zlecenia ukształtowanie zobowiązania wykonawcy w części dotyczącej osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w latach 2018 - 2020, przy jednoczesnym bardzo niskim poziomie selektywnej zbiórki odpadów na terenie Gminy Miasta Kłodzko oraz nieobjęcia przedmiotem zamówienia wyposażenia właścicieli nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki odpadów, co w praktyce uniemożliwia osiągnięcie wskazanych celów i czyni zobowiązanie wykonawcy w powyższym zakresie zobowiązaniem o rezultacie, bądź biorąc pod uwagę zastrzeżenie kary umownej w przypadku nieosiągnięcia przez wykonawcę wskazanych poziomów - zobowiązaniem o charakterze gwarancyjnym.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

- a) uwzględnienie odwołania w całości,
- b) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ – w zakresie projektu umowy poprzez określenie, iż kara umowna (o której mowa w § 11 ust. 10 pkt. g) zastrzeżona na wypadek przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w latach 2018 – 2020 nałożona zostanie jedynie w przypadku, gdy cele te nie zostaną osiągnięte z powodu niedochowania przez wykonawcę należytej staranności,
- c) nakazanie Zamawiającemu objęcia przedmiotem zamówienia wyposażenia właścicieli nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki odpadów,

Ponadto wnoszę o:

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

## Uzasadnienie

1. Zgodnie z postanowieniem II.2.3 SIWZ oraz § 4 ust. 9 Umowy Zamawiający wymaga, aby wykonawca „*działając w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Kłodzka*” osiągnął w okresie od 1 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2018 r., od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r., od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. odpowiednie poziomy: - recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, - recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych, oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania. Poziom do osiągnięcia został określony w rozporządzeniach Ministra

Środowiska w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych („Rozporządzenie”) oraz w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów. W zakresie recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych poziomy te, zgodnie z powołanym Rozporządzeniem, wynoszą odpowiednio:

- 30 % w 2018 r.
- 40 % w 2019 r.
- 50 % w 2020 r.

Wykonawca ma realizować umowę do 31 grudnia 2020 r.

2. W przypadku nieosiągnięcia poziomów określonych w Rozporządzeniu wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej, która „liczona będzie w sposób określony w art. 9 x ust. 3 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach” („UCPG”) – postanowienie art. projektu Umowy. Zgodnie natomiast z art. 9 x ust. 3 karę oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Wskazać należy ponadto, iż w dniu 5 kwietnia 2017 r. opublikowane zostało Rozporządzenie Rady Ministrów zmieniające rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska (Dz.U. 2017 poz. 723), zgodnie którym nastąpi znaczny wzrost stanowiących podstawę naliczania kar, o których mowa w art. 9 x ust. 3 UCPG, tzw. stawek opłaty marszałkowskiej. Bazowa dla wyliczenia kary stawka opłaty marszałkowskiej za umieszczenie na składowisku odpadów niesegregowanych:

- 140 zł w 2018 r. (30% poziom odzysku wymagany Rozporządzeniem)
  - 170 zł w 2019 r. (40% poziom odzysku wymagany Rozporządzeniem)
  - 270 zł w 2020 r., (50% poziom odzysku wymagany Rozporządzeniem)
- w porównaniu do 120,76 zł w roku 2017.

3. UCPG przewiduje nałożenie kary za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu na gminy, które są zobowiązane do osiągnięcia tych poziomów zgodnie z UCPG. Zamawiający natomiast sugeruje, iż to wykonawca działając w imieniu i na rzecz gminy będzie zobowiązany do osiągnięcia tych poziomów. Powyższe budzi wątpliwości, co do prawidłowości takiego rozwiązania, gdyż Zamawiający wydaje się przenosić na wykonawcę swoje obowiązki w całości.
4. Gromadzenie przez mieszkańców Gminy Miasta Kłodzko odpadów w sposób selektywny odbywa się w większości w workach. W przeciwieństwie do większości przetargów tego typu, do obowiązków wykonawcy nie należy wyposażenie mieszkańców w worki, a jedynie ich zaferowanie możliwości zakupu worków mieszkańcom. Konieczność zakupu



worków przekłada się w opinii Odwołującego bezpośrednio na mniejsze niż w innych gminach ilości odpadów gromadzonych przez właścicieli nieruchomości w sposób selektywny. Zdaniem Odwołującego zapewnienie właścicielom nieruchomości worków przez wykonawcę (poprzez objęcie wyposażenia w worki przedmiotem zamówienia) zwiększyłoby szanse na wzrost poziomu selektywnej zbiórki.

Zgodnie z podanymi przez Zamawiającego w SIWZ danymi w roku 2016 odnotować można znaczący spadek ilości odpadów zbieranych selektywnie w 2016 r. przy wzroście ilości mieszanych począwszy od 2014 r. Udział selektywnej zbiórki wynosił:

Tab. 1

Rodzaj odpadów	Ilość odpadów odebranych [Mg]		
	2014	2015	2016
Zmieszane (20 03 01)	3645,42	3718,76	4030,22
Szkło	87,88	96,37	87,63
tworzywa sztuczne	43,72	75,8	48,69
papier i tektura	87,82	69,85	38,13
Suma wszystkich odpadów	3864,84	3960,78	4204,67
% szkło ze wszystkich odpadów	2,27%	2,43%	2,08%
% tworzywa sztuczne ze wszystkich odpadów	1,13%	1,91%	1,16%
% papier i tektura ze wszystkich odpadów	2,27%	1,76%	0,91%

Jednocześnie, poziom recyklingu i odzysku odpadów w latach 2012-2015 w całej gminie miasta Kłodzko (tj. część zachodnia – objęta Postępowaniem i część wschodnia – postępowanie prowadzone równoległe przez Zamawiającego) kształtował się następująco:

Tab.2.

Rok	Poziom recyklingu i odzysku papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła
2012	11,46 %
2013	12,23 %
2014	15,16 %
2015	16,41 %
2016	brak danych

Z przedstawionych powyżej w tabeli nr 1 oraz tabeli nr 2 danych oraz biorąc pod uwagę, iż istniejące na terenie Regionu Południowego instalacje RIPOK, do których trafiać mogą odpady zmieszane nie posiadają obecnie zaawansowanych technologii pozwalających na wysegregowanie istotnych (pozwalających na osiągnięcie wymaganych poziomów) ilości frakcji szkła, papieru i plastiku ze strumienia odpadów zmieszanych, wynika, iż przy zachowaniu dotychczasowego poziomu zbiórki selektywnej osiągnięcie celów określonych w Rozporządzeniu jest niemożliwe. Ponadto należy wskazać, że surowce wysegregowane ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych są o wiele gorszej jakości, a tym samym pomimo ich pozyskania, mogą nie zostać przyjęte przez recyklerów, a tym samym wykonawca nie uzyska potwierdzenia przekazania odpadów do recyklingu.

5. Mając na uwadze powyższe, tj.
  - a. zobowiązanie wykonawcy do osiągnięcia poziomów określonych w Rozporządzeniu, oraz
  - b. wynikającą z przedstawionych danych liczbowych niemożliwość spełnienia tego obowiązku,

przy jednoczesnej wysokiej (i coraz wyższej w kolejnych latach obowiązywania umowy) karze umownej za brak spełnienia obowiązków, uznać należy, iż zobowiązanie wykonawcy ma w przedmiotowym zakresie charakter zobowiązania rezultatu – umowa o dzieło lub roboty budowlane, bądź charakter gwarancyjny – typowy dla umów ubezpieczenia lub w końcu, jest umową o świadczenie niemożliwe.

6. Stosunek zobowiązaniowy, który powstanie pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym w następstwie rozstrzygnięcia Postępowania i zawarcia umowy najbardziej zbliża się do umowy zlecenia (art. 750 K.c), a więc umowy starannego działania. Tym samym odpowiedzialność wykonawcy ograniczona być powinna jedynie do obowiązku starannego działania – nie może być on zobowiązany do osiągnięcia rezultatu, w szczególności, gdy działając z należytą starannością rezultatu osiągnąć nie może.
7. Gdyby z kolei uznać, że zobowiązanie w przedmiotowym zakresie ma charakter gwarancyjny, to także jest on sprzeczny z naturą umów nienazwanych, w przedmiocie odbierania i zagospodarowania odpadów. Jest bowiem zgodnie z UCPG rolą zamawiającego (gminy) zapewnienie i propagowanie selektywnej zbiórki odpadów.

Przerzucanie całości obowiązków na wykonawcę i „wykupowanie u niego polisy ubezpieczeniowej” uznać należy za niepoprawne i niekorzystne dla mieszkańców, którzy poniosą wyższe koszty zagospodarowania odpadów. W przypadku braku zmiany umowy w postulowanym zakresie **wykonawcy składający ofertę w przetargu powinni przeciw „wkalkulować” w cenę kwotę kar umownych z powodu nieosiągnięcia poziomów określonych w Rozporządzeniu.**



8. W końcu wskazać należy, iż można by umowę w przedmiotowym zakresie traktować jako umowę o świadczenie niemożliwe, a tym samym dotkniętą sankcją nieważności.

#### **Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia**

9. Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a zakwestionowane – wadliwe – zapisy SIWZ dotyczące obowiązków w zakresie odzysku i recyklingu niektórych frakcji odpadów znacząco utrudniają mu uzyskanie zamówienia, gdyż zakładając niemożliwość osiągnięcia przedmiotowych poziomów złoży ofertę o wyżej cenie ofertowej (z wliczeniem potencjalnych kar umownych), podczas gdy konkurenci wykonawcy mogą takiego założenia nie przyjąć i złożyć oferty rzekomo cenowo korzystniejsze dla Zamawiającego.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać.

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

10. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 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 24 kwietnia 2017 r., składane jest zatem w ustawowym terminie. 10 dniowy termin upływający 22 kwietnia – sobota uległ przesunięciu na poniedziałek 24 kwietnia.

\* \* \*

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Karolina Szymczak  
Pełnomocnik

#### Załączniki:

1. Pełnomocnictwo
2. Potwierdzenie wniesienia opłaty od odwołania