

GMINA OLESNO
ul. Pieloka 21, 46-300 Olesno
NIP 5761562352

Olesno, dnia 17.12.2019 r.

Nr IX.271.33.2019

INFORMACJA

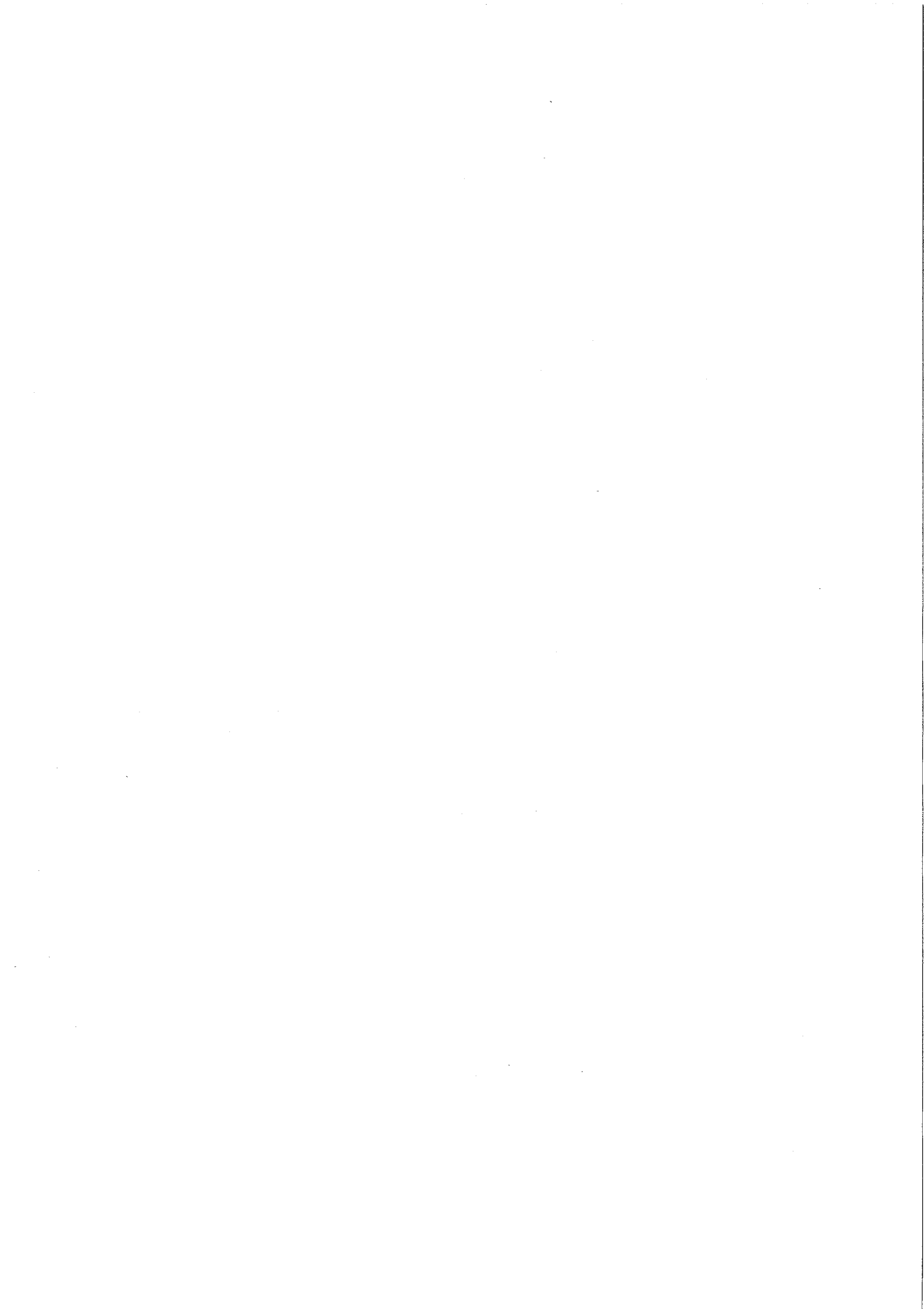
o otrzymaniu odwołania od postanowień SIWZ dla zamówienia pn. **„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Olesno”**

Zamawiający działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843) informuje, że zostało wniesione odwołanie od postanowień SIWZ opracowanej dla potrzeb postępowania pn. **„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Olesno”**.

Zamawiający wzywa Wykonawców do przyłączenia do postępowania odwoławczego. Treść odwołania z dnia 16.12.2019 r. stanowi załącznik do niniejszej informacji.

Burmistrz Olesna


Sylwester Lewicki



FBSerwis SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa
tel. (48) 22 623 63 80
fax (48) 22 623 60 34
fbserwis@fbserwis.pl

fbserwis

Warszawa, dnia 16 grudnia 2019 roku

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

Zamawiający:
Gmina Olesno
46-300 Olesno, ul. Pieloka 21
tel.: +48 343509172
e-mail: zamowienia@olesno.pl

Odwołujący:
FBSerwis S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
reprezentowana przez:
r.pr. Mateusza Szymczaka
tel.: 571 296 925
e-mail: mateusz.szymczak@fbserwis.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Olesno” („Zamówienie”), prowadzonego przez Gminę Olesno („Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego, którego ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 6 grudnia 2019 r., nr ogłoszenia 2019/S 236-579182, nr wew. Zamawiającego IX.271.33.2019 („Postępowanie”)

ODWOŁANIE

W imieniu wykonawcy **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, którego uwierzytelniony odpis przekazuję 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 2019 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 naruszenie **art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. przez ustanowienie w § 2 ust. 1 Projektu Umowy wymogu dotyczącego obowiązku wyposażenia nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w pojemniki do gromadzenia odpadów **przed dniem 1 stycznia 2020 r.**, który to wymóg jest niemożliwy do zrealizowania przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie świadczy na rzecz

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

fbserwis

Zamawiającego usługę odbioru odpadów i który posiada własne pojemniki na odpady na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia (jest de facto świadczeniem niemożliwym),

co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania jednego z wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców.

nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SIWZ poprzez

- 1) zmianę § 2 ust. 1 Projektu Umowy w zakresie przesunięcia terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy na dzień przypadający na co najmniej 30 dni po zawarciu umowy w sprawie zamówienia,
ewentualnie poprzez
- 2) zmianę § 2 ust. 1 Projektu Umowy przez zapisanie, że obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemniki winien być zrealizowany w okresie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

Wnoszę również o:

- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według spisu, który zostanie przedstawiony na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego.

Uzasadnienie

1. Uzasadnienie zarzutu

Jednym z najistotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia jest oznaczenie przez podmiot zamawiający terminów na realizację obowiązków wykonawcy.

Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 2967/13 „okres, którym dane zamówienie ma być realizowane i określenie szczególnych regulacji w tym zakresie ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a w szczególności ma znaczenie dla wyceny tej oferty pod kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia”.

Ustanowienie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki jego przedmiotu oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może bezpośrednio prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Ustawy pzp i tym samym prowadzić do naruszenia powyższej normy prawnej (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1860/10; KIO/UZP 1864/10). Takie działanie narusza również przepis art. 29 ust. 2 Ustawy pzp, albowiem stanowi przejaw opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (zob. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/KD 107/10).

fbserwis

W stanie faktycznym sprawy niniejszej Zamawiający określił niezwykle krótki termin na wykonanie obowiązku wyposażenia nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w pojemniki do gromadzenia odpadów. W § 2 ust. 1 Projektu Umowy wskazał mianowicie, że termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy następować będzie od dnia 1.01.2020 r., przy czym Wykonawca zobowiązany jest przed nadejściem w/w terminu podjąć wszystkie czynności niezbędne do wdrożenia kompleksowego systemu odbioru i zagospodarowania odpadów, w szczególności wyposażać nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w pojemniki.

Tak krótki termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie realizuje przedmiot umowy, jest nawet nie tyle trudne, co wręcz niemożliwe do wykonania. W tym zakresie świadczenie wykonawcy wynikające z umowy winno być uznane za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 k.c.

Jak się wskazuje w doktrynie prawa cywilnego, niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 § 1 k.c., to niemożliwość obiektywna, co oznacza, że danego świadczenia nie byłby w stanie spełnić nie tylko dłużnik, ale również nikt inny, zaś naturę takiej niemożliwości uzasadniają ograniczenia wynikające z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1973 r. sygn. akt III CRN 255/73, wyroku SN z 8 maja 2002 r. sygn. akt III CKN 1015/99; wyroku SN z 8 stycznia 2009 r. sygn. akt I CSK 239/08 wyroku SN z 20 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 611/08).

W doktrynie jako przypadek niemożliwości świadczenia kwalifikuje się również tzw. niemożliwość gospodarczą, w przypadku której spełnienie świadczenia jest wprawdzie możliwe z technicznego punktu widzenia, ale całkowicie nieuzasadnione z punktu widzenia racjonalności ekonomicznej, ze względu na konieczne koszty i starania. Taką sytuację można oceniać w kategoriach niemożliwości świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. w sytuacji (i tylko wówczas), gdy spełnienie świadczenia byłoby ekonomicznie nieracjonalne dla kogokolwiek, a nie tylko dla konkretnego dłużnika (tak P. Machnikowski, System Prawa Prywatnego t. 5 Prawo zobowiązań – część ogólna pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2013, s. 567; podobnie W. Popiołek, komentarz do art. 387 k.c., K. Pietrzykowski (red.) Kodeks cywilny. Komentarz, tom I, Warszawa 2013).

W tym miejscu przypomnieć należy, że wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert w Postępowaniu przypada na dzień 19 grudnia 2019 r. Biorąc pod uwagę:

- Konieczność oceny przez Zamawiającego złożonych ofert i ustalenie, który z wykonawców złożył ofertę najkorzystniejszą,
- Obowiązek wezwania takiego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z Postępowania – w ustawowym terminie 10 dni od dnia otrzymania wezwania,
- Ryzyko wystąpienia konieczności wezwania wykonawcy do uzupełnienia bądź wyjaśnienia oferty lub przedłożonych dokumentów,
- 10-dniowy okres stand-still, w trakcie którego zawarcie umowy w sprawie zamówienia będzie niedopuszczalne,
- Ryzyko wnoszenia ewentualnych środków ochrony prawnej i oczekiwania na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej,

jest zupełnie nieprawdopodobne, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta przed dniem 1 stycznia 2020 r. Tym samym wykonawcy nie będą mieli żadnej możliwości, aby w okresie od zawarcia umowy do dnia 1 stycznia 2020 r. wyposażać nieruchomości w pojemniki na odpady.

Niezależnie od tego, nawet gdyby przyjąć zupełnie nierealną i nieprawdopodobną hipotezę, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpiłby w dniu 20 grudnia br. (a więc jeden dzień po otwarciu

fbserwis

ofert), a umowa zostałaby zawarta niezwłocznie po upływie 10-dniowego okresu stand-still (tj. w dniu 31 grudnia br.), to i tak wybrany wykonawca musiałby w ciągu niecałego jednego dnia rozstawić pojemniki na wszystkich nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia.

Okoliczność powyższa świadczy o nieprawidłowym, tj. naruszającym przepisy art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP opisanemu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, gdyż dotrzymanie terminów określonych przez Zamawiającego jest niemożliwe przez żaden z podmiotów działających na rynku.

Prawidłowa realizacja obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki (kilkanaście tysięcy takich pojemników) wymaga przeznaczenia istotnych nakładów pracy oraz poświęcenia czasu znacząco przekraczającego przyjęte przez Zamawiającego terminy. Ponadto wiąże się z poniesieniem istotnych kosztów przez danego wykonawcę, przez co zasadniczo może być wykonana dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Rozmieszczenie pojemników na odpady na nieruchomościach jest długotrwałym i skomplikowanym logistycznie procesem. Pojemniki w pierwszej kolejności muszą zostać zakupione w ilościach i rodzajach dostosowanych do specyfiki zamówienia oraz wymagań zamawiającego wynikających obowiązującego w Gminie Olesno systemu gospodarowania odpadami, w tym co do ich odpowiedniego oznaczenia. Samo rozmieszczanie pojemników musi być dokonywane w ściśle usystematyzowany sposób – właściwe pojemniki (różniące się od siebie co do rodzaju, koloru i pojemności) muszą być dostarczone w odpowiednie miejsca docelowe

Sama operacja rozstawiania pojemników w skali całej gminy wymaga w ocenie Wykonawcy przeznaczenia co najmniej 30 dni (przy czym jest to termin bardzo restrykcyjny).

W tym miejscu warto w szerokim zakresie przywołać trafne zdaniem Odwołującego stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2411/13; KIO 2434/13, zgodnie z którym:

„ustalony przez zamawiającego w konkretnej dacie termin na uruchomienie usług, bez określenia odpowiedniego okresu liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, zmierzających do uruchomienia usług, narusza art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Należy wskazać, iż w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwych usług objętych przedmiotowym zamówieniem, wykonawca wybrany do wykonania zamówienia podjął szereg działań o charakterze przygotowawczym, które wymagają określonego czasu dla wykonawcy. (...)

Izba wskazuje, że tylko wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, a które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usług i muszą być uwzględnione w wycenie oferty. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie przewidział żadnego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług, zakładając bezkrytycznie zakończenie postępowania przed datą 1 stycznia 2014 r. i uznając, że skoro zawarcie umów może nastąpić w pierwszym tygodniu grudnia to wyłoniony wykonawca będzie miał jakiś (nie wiadomo jaki), czas na przygotowanie się do świadczenia usług. Należy podkreślić, iż zgodnie z wymogami zamawiającego wyłoniony (...)

Mając na względzie powyższe należy wskazać, iż pomimo szeregu działań, które wykonawca zmuszony jest podjąć przed rozpoczęciem świadczenia właściwej usługi, a

fbserwis

które sam zamawiający przewiduje, w żaden sposób nie określił on minimalnego nawet czasu, w którym wykonawca będzie w stanie w sposób należyty przygotować się do świadczenia usług. Choć można zakładać, że zakończenie postępowania nastąpi jeszcze przed 1 stycznia 2014 r., to nie jest to pewne ani w żaden sposób określone kiedy i nie wiadomo czy i ile dni wykonawcy zostanie na przygotowanie się do świadczenia usług. Czas na przygotowanie się do świadczenia usług uzależniony jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego, tj. zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Naturalną rzeczą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może toczyć się w różnym czasie. Mogą to być terminy minimalne określone w ustawie P.z.p., ale i terminy nieporównanie dłuższe związane ze składaniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej, jak również uzależnione od działań zamawiającego, czy też od innych czynników wpływających na przedłużenie się procedury udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne nie mają pewności, kiedy będą mogli rozpocząć przygotowania do świadczenia usługi, a co najistotniejsze, nie mają pewności, ile będą mieli czasu na podjęcie tych przygotowawczych czynności. Nie mogą zatem wycenić tych prac i związanego z nimi ryzyka, w szczególności także uzależnienia od powyższego kar umownych przewidzianych przez zamawiającego z tytułu nierozpoczęcia świadczenia usług w określonym terminie. Z tych też względów Zamawiający powinien określić czas niezbędny na przygotowanie do świadczenia usługi liczony od momentu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Należy przy tym stanowczo zaznaczyć, że w stanie faktycznym sprawy jedynie wykonawca aktualnie świadczący usługę odbioru odpadów z obszaru gminy Olesno ma zapewnioną możliwość dotrzymania terminu przyjętego przez Zamawiającego. Wspomniany wykonawca dysponuje już bowiem pojemnikami na odpady znajdującymi się na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia, co oznacza, iż nie będzie on już musiał – w przeciwieństwie do Odwołującego i innych wykonawców – podejmować żadnych czynności w celu spełnienia określonego w § 2 ust. 1 Projektu Umowy obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki przed dniem 1 stycznia 2020 r.

Wspomniany wykonawca posiada nad innymi przedsiębiorcami tak istotną przewagę konkurencyjną, że tylko on jest w stanie spełnić wymagania określone przez Zamawiającego.

Taka przewaga w postępowaniu o udzielenie zamówienia winna zostać przez Zamawiającego odpowiednio zniwelowana w drodze zapewnienia odpowiednio długiego terminu na realizację przedmiotu zamówienia.

W pełni należy podzielić pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 11 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2708/13, zgodnie z którym „*termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak wyznaczony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotowi, który dotychczas świadczył usługi na rzecz zamawiającego i posiada infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą nabyć lub wydzierżawić niezbędny sprzęt.*” (por. również uzasadnienie wyroku Izby z 12 lipca 2010 r. KIO/UZP 1246/10).

W świetle powyższego uzasadnione jest zobowiązanie Zamawiającego do dokonania zmiany kwestionowanego zapisu w sposób proponowany przez Odwołującego – tj. tak, aby wykonawca realizujący przedmiot zamówienia miał zapewniony okres co najmniej 30 dni na wyposażenie nieruchomości w pojemniki na odpady.

2. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazuje, iż posiada Interes we wniesieniu odwołania, albowiem spełnia warunki udziału w postępowaniu i jest w stanie złożyć prawidłową ofertę, uwzględniającą wszystkie (poza zakwestionowanymi w Odwołaniu) wymagania określone przez Zamawiającego. Tym samym, w przypadku uwzględnienia Odwołania i nakazaniu Zamawiającemu poprawienia niekonkurencyjnych zapisów SIWZ Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamówienia będącego przedmiotem Postępowania.

Wobec powyższego, interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania nie może budzić żadnych wątpliwości.

3. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia dla niniejszego Postępowania w dniu 6 grudnia 2019 r.

W związku z powyższym, niniejsze Odwołanie jest wnoszone z zachowaniem ustawowego terminu dziesięciodniowego, wynikającego z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

* * *

Podpis jest prawidłowy

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Dokument podpisany przez MATEUSZ
ŁUKASZ SZYMCZAK
Data: 2019.12.16 10:05:15 CET

Załączniki:

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