

Dąbrowa Górnicza 18 lipca 2022 r

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

Odwołujący: **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o.**
ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza
KRS: 0000054542
reprezentowana przez **Ryszarda Grońskiego** umocowanego na podstawie umowy stałego zlecenia, w zakres której wchodzi przedmiot niniejszej sprawy
email: 1rgronski@gmail.com

Zamawiający: **Gmina Łazy**
ul. Traugutta 15, 42-450 Łazy
tel.: +48 326729422, faks: +48 326729448
email: wirum@lasy.pl
NIP : 649-22-68-348

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „**Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości gminy Łazy na których zamieszkują mieszkańcy**” Numer referencyjny: **WID.271.8.2022**
Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr **2022/S 128-364925**. Specyfikacja Warunków Zamówienia jest dostępna na stronie internetowej <https://bip.umlasy.finn.pl/bipkod/18614845>

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 3 w zw. z art. 505 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2021 poz. 1129), zwanej w dalszej treści niniejszego pisma „ustawą”, wnosimy odwołanie wobec:

- czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny ofert nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji” oraz ustalenie sposobu oceny 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 a także

sprzeczny z opisem sposobu rozpatrywania reklamacji opisanym w OPZ zawartym w § 1 ust 1 Wzoru umowy;

- czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu w ramach kryterium oceny ofert nr 3 „Aspekt środowiskowy” jednorodnej punktacji z tytułu dysponowania i realizowania zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6 co powoduje, że kryterium nie promuje użycia pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi zrównując punktację z tytułu zaoferowania realizacji zamówienia przy użyciu takich pojazdów z punktacją za użycie pojazdów spalinowych spełniających normę EURO 6, które nie zostały uznane za pojazdy ekologiczne i których użycie szkodzi środowisku w większym stopniu, niż użycie pojazdów na paliwo alternatywne;

- czynności sporządzenia w treści formularza oferty, tabeli pozwalającej na zaoferowanie pojazdów w ramach kryterium nr 3 w sposób utrudniający weryfikację tożsamości oraz faktycznych parametrów pojazdów, co utrudnia ocenę ofert w ramach kryterium nr 3 oraz nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;

- zaniechanie czynności ustalenia kryterium oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia wykonawcy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji powodując że o udzielenie zamówienia obok podmiotów odpowiednio doświadczonych, na jednakowych zasadach mogą ubiegać się podmioty pozbawione jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia;

- zaniechanie czynności ustalenia kryterium oceny spełniania warunków dysponowania potencjałem technicznym pozwalającym na realizację zamówienia, podczas gdy realizacja zamówienia wymaga dysponowania szeregiem pojazdów, czego potwierdzeniem są zapisy SWZ zawierające opis kryterium oceny ofert „Aspekt ekologiczny” , a także całkowita rezygnacja z weryfikacji spełniania takiego warunku;

- umieszczenie w treści SWZ 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 szykanującego 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.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) **Art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1 ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy** na skutek czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny ofert nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji” oraz ustalenie sposobu oceny 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 a także sprzeczny z opisem sposobu rozpatrywania reklamacji opisanym w OPZ zawartym w § 1 ust 1 Wzoru umowy, przez co kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;
- 2) **Art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1 ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy** na skutek czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu w kryterium oceny ofert nr 3 „Aspekt środowiskowy” jednorodnej punktacji z tytułu dysponowania i realizowania zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6 co powoduje, że kryterium to nie promuje użycia pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi zrównując punktację z tytułu zaoferowania realizacji zamówienia przy użyciu takich pojazdów z punktacją za użycie pojazdów spalinowych spełniających normę EURO 6, które nie zostały uznane za pojazdy ekologiczne i których użycie szkodzi środowisku w większym stopniu, niż użycie pojazdów na paliwo alternatywne a także

sporządzenia w treści formularza oferty, tabeli pozwalającej na zaoferowanie pojazdów w ramach kryterium nr 3 w sposób utrudniający weryfikację tożsamości oraz faktycznych parametrów pojazdów, co utrudnia ocenę ofert w ramach kryterium nr 3 oraz jej weryfikację na skutek czego kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;

- 3) **Art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy** na skutek zaniechania czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia wykonawcy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji powodując że o udzielenie zamówienia obok podmiotów odpowiednio doświadczonych, na jednakowych zasadach mogą ubiegać się podmioty pozbawione jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia;
- 4) **Art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy** na skutek zaniechania czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny spełniania warunków dysponowania potencjałem technicznym pozwalającym na realizację zamówienia, podczas gdy realizacja zamówienia wymaga dysponowania szeregiem pojazdów, czego potwierdzeniem są zapisy SWZ zawierające opis kryterium oceny ofert „Aspekt ekologiczny”, a także całkowita rezygnacja z weryfikacji spełniania takiego warunku;
- 5) **Art. 436 pkt 3 oraz art. 8 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 SWZ 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.

Wskazując na powyższe, wnosimy o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności sporządzenia SWZ i ogłoszenia o zamówieniu;
2. Wprowadzenie zmian SWZ w zakresie kryterium nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji ” oraz w zakresie kryterium nr 3 „Aspekt środowiskowy” w sposób określony w uzasadnieniu zarzutów;
3. Ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób określony w uzasadnieniu zarzutów;
4. Ustalenie warunku dysponowania udziału w postępowaniu potencjałem technicznym w sposób określony w uzasadnieniu zarzutów;
5. Wprowadzenie we wzorze umowy górnej granicy kar umownych;
6. Przesunięcia terminu do złożenia ofert w sposób umożliwiający ich przygotowanie po dokonaniu zmian.

UZASADNIENIE

W dniu 06 lipca 2022 roku Zamawiający umieścił na swoim profilu nabywcy dokumentację 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 16 lipca 2022 roku (sobota). Zatem jego wniesienie do dnia 18 lipca 2022 roku czyni zadość wymaganiom ustawowym co do dotrzymania terminu do wniesienia odwołania.

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. Odwołujący może w ten sposób ponieść szkodę wynikającą z braku możliwości uczciwego konkurencyjnego o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Powyższe wyczerpuje materialno – prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 505 pkt 1 ustawy.

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1. **Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1 ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy** na skutek czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny ofert nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji” oraz ustalenie sposobu oceny 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 a także sprzeczny z opisem sposobu rozpatrywania reklamacji opisanym w OPZ zawartym w § 1 ust 1 Wzoru umowy, przez co kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

W punkcie XX SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert:

Cena 60 %

Termin rozpatrzenia reklamacji 20%

Aspekt środowiskowy 20 %

Sposób oceny oferty w ramach kryterium „Termin rozpatrzenia reklamacji” został opisany w punkcie XVIII SWZ:

❖ **Termin rozpatrzenia reklamacji (T)** (dla zadania nr 1 i zadania nr 2)

W ramach danego kryterium Wykonawca otrzyma punkty za rozpatrzenie reklamacji w zakresie zgłoszonych nieprawidłowości związanych z odbiorem odpadów komunalnych, (takich jak np.: nieodebranie odpadów z posesji, niepozostawienie worków na odpady segregowane, pozostawienie niewystarczającej liczby worków na odpady segregowane itp.) wg poniższego schematu:

- za rozpatrzenie reklamacji w terminie 1 roboczego od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego- 20,00 punktów
- za rozpatrzenie reklamacji w terminie 2 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego – 10,00 punktów
- za rozpatrzenie reklamacji w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego - 0,00 punktów

Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji zamieszczonej przez Wykonawcę w formularzu oferty. Wykonawca zobowiązany jest zadeklarować w formularzu oferty, oferowany termin rozpatrzenia reklamacji. Brak informacji w formularzu ofertowym będzie traktowany jako termin 3 dni i oferta otrzyma 0,00 pkt. Jak wynika z przytoczonych zapisów SWZ, Zamawiający zamierza przyznać 20 punktów za zadeklarowanie rozpatrzenia reklamacji w terminie 1 dnia roboczego od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego.

Zamawiający nie zdefiniował w SWZ określenia „rozpatrzenie reklamacji”. Odwołujący posłużył się zatem wykładnią językową tego terminu. Zgodnie z definicją Wielkiego Słownika Języka Polskiego Instytutu Języka Polskiego PAN, rozpatrzyć oznacza: „dokładnie zapoznać się z czymś i przeanalizować w celu oceny lub podjęcia jakiejś decyzji.”

W treści kryterium Zamawiający nie zażądał poinformowania Go w określonym terminie o wyniku takiego rozpatrzenia reklamacji. Z treści kryterium nie wynika również jakoby wykonawca był zobowiązany do podjęcia w zaoferowanym terminie jakichkolwiek czynności w celu usunięcia wad stanowiących podstawę reklamacji.

Kryterium w obecnej treści, nie posiada zatem żadnego związku z rzeczywistym poziomem realizacji przyszłego zamówienia. Nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Niezależnie bowiem od zaoferowanej liczby dni takowego „rozpatrzenia reklamacji”, nadal nie wiadomo kiedy zostanie naprawione uchybienie objęte reklamacją.

Powyższe zapisy SWZ stoją w jawnej sprzeczności z zapisami OPZ zawartego w § 1 ust 1 Wzoru umowy. W punkcie VII. Reklamacje (odpowiednio dla Zadania nr 1 i Zadania nr 2), Zamawiający zawarł następujące dyspozycje:

„1. W przypadku zgłoszonych nieprawidłowości związanych z odbiorem odpadów komunalnych, (takich jak np.: nieodebranie odpadów z posesji, niepozostawienie worków na odpady segregowane, pozostawienie niewystarczającej liczby worków na odpady segregowane itp.) zgodnie z uzgodnionym harmonogramem, Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia nieprawidłowości w trybie reklamacyjnym maksymalnie w ciągu 3 dni roboczych od otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego. Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca poinformuje e-mail Zamawiającego o zrealizowaniu zgłoszenia. W przypadku zaoferowania w formularzu oferty terminu krótszego na realizację reklamacji, obowiązuje termin zaoferowany.”

Przytoczone wyżej zapisy OPZ wprost zakładają usunięcie nieprawidłowości w terminie co najwyżej trzech dni roboczych od otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego, zaś w przypadku zaoferowania w formularzu oferty terminu krótszego na realizację reklamacji, obowiązuje termin zaoferowany. Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca ma obowiązek poinformowania Zamawiającego pocztą elektroniczną o zrealizowaniu zgłoszenia.

Tymczasem z treści opisu kryterium oceny ofert nie wynikają obowiązku podejmowania żadnych działań ani informowania Zamawiającego. Wynika tylko termin rozpatrzenia reklamacji.

Opis przedmiotu zamówienia w punkcie XVIII SWZ oraz w punkcie VII.1 OPZ są wzajemnie rozbieżne. Opis jest zatem niejednoznaczny.

Odwołujący wnosi o zmianę opisu oraz sposobu oceny w ramach kryterium nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji”. Wnosimy o zmianę nazwy kryterium na „Termin załatwienia reklamacji” a także o jednoznaczne podanie w treści kryterium, że zaoferowany termin odnosi się nie jak obecnie , do samego procesu decyzyjnego u wykonawcy, lecz do usunięcia nieprawidłowości objętych reklamacją oraz powiadomienia Zamawiającego pocztą elektroniczną o sposobie i terminie zakończenia usuwania wad.

W obecnym stanie sprawy, Zamawiający naruszył przepisy Art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1 ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy.

2. Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1 ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy na skutek czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu w kryterium oceny ofert nr 3 „Aspekt środowiskowy” jednorodnej punktacji z tytułu dysponowania i realizowania zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6 co powoduje, że kryterium to nie promuje użycia pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi zrównując punktację z tytułu zaoferowania realizacji zamówienia przy użyciu takich pojazdów z punktacją za użycie pojazdów spalinowych spełniających normę EURO 6, które nie zostały uznane za pojazdy ekologiczne i których użycie szkodzi środowisku w większym stopniu, niż użycie pojazdów na paliwo alternatywne a także sporządzenia w treści formularza oferty, tabeli pozwalającej na zaoferowanie pojazdów w ramach kryterium nr 3 w sposób utrudniający weryfikację tożsamości oraz faktycznych parametrów pojazdów, co utrudnia ocenę ofert w ramach kryterium nr 3 oraz jej weryfikację na skutek czego kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Pierwsza część zarzutu dotyczy sposobu przyznawania punktacji za poszczególne rodzaje zaoferowanych pojazdów. Sposób oceny w ramach kryterium nr 3 „Aspekt środowiskowy” został opisany następująco:

❖ **Kryterium: Aspekt środowiskowy (A)** – (dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6) – max 20 pkt **(A)** **(dla zadania nr 1)**

W kryterium „aspekt środowiskowy” - ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez emisje spalin pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zebranych odpadów komunalnych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których Wykonawca realizował będzie zamówienie. Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 5 samochodów (1 szt. śmieciarki, 1 szt. samochód specjalistyczny - śmieciarko-myjka, 2 szt. samochodów skrzyniowych przystosowanych do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach, 1 szt. pojazdu hakowego lub bramowego przystosowanego do odbioru odpadów w kontenerach).

Punkty będą przyznawane wg poniższych zasad:

Wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami spełniającymi w/w normy:

- 0 pojazdów- 0,00 punktów
- 1 pojazd -5,00 punktów
- 2 pojazdy (w tym co najmniej 1 szt. śmieciarki) – 10,00 punktów
- 3 pojazdy (w tym co najmniej 1 szt. śmieciarki i 1 szt. samochód specjalistyczny – śmieciarko-myjka) – 15,00 pkt
- 4 pojazdy i więcej (w tym co najmniej 1 szt. śmieciarki i 1 szt. samochód specjalistyczny – śmieciarko-myjka i 1 samochód skrzyniowy) - 20,00 punktów.

Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w formularzu oferty.

❖ **Kryterium: Aspekt środowiskowy (A)** (dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6) **(A)** **(dla zadania nr 2)**

W kryterium „aspekt środowiskowy”– ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez emisje spalin pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zebranych odpadów komunalnych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których Wykonawca realizował będzie zamówienie. Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 2 samochody (1 szt. śmieciarka, 1 szt. samochód skrzyniowy).

Punkty będą przyznawane wg poniższych zasad:

Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia pojazd spełniający w/w normy:

- 0 pojazdów- 0,00 punktów
- 2 pojazdy (w tym co najmniej 1 szt. Śmieciarka i 1 szt. samochód skrzyniowy) – 20,00 punktów.

Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w formularzu oferty.

Zamawiający w jednakowym stopniu promuje zarówno pojazdy niskoemisyjne jak również pojazdy spalinowe spełniające normę spalania EURO 6. Tymczasem z punktu widzenia ochrony środowiska, pojazdy spalające paliwa ciekłe nie są uważane za proekologiczne.

Powyższa problematyka została uregulowana przepisami ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1083 , 1260) (*uoeipa*).

W art. 2 pkt 11 *uoeipa* zdefiniowano pojęcie paliw alternatywnych:

11) paliwa alternatywne – energię elektryczną lub paliwa wykorzystywane do napędu silników:

- a) pojazdów silnikowych w rozumieniu art. 2 pkt 32 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym,
- b) pojazdów szynowych,
- c) jednostek pływających

– stanowiące substytut dla paliw pochodzących z ropy naftowej lub otrzymywanych w procesach jej przetwórstwa, w szczególności wodór, biopaliwa ciekłe, paliwa syntetyczne i parafinowe, sprężony gaz ziemny (CNG), w tym pochodzący z biometanu, skroplony gaz ziemny (LNG), w tym pochodzący z biometanu, lub gaz płynny (LPG).

Opisane w kryterium nr 3 pojazdy to pojazdy elektryczne lub pojazdy napędzane gazem ziemnym lub pojazdy spełniające normę emisji spalin EURO 6.

Zamawiający błędnie przyjął, że wpływ na środowisko wszystkich trzech rodzajów pojazdów, napędzanych zarówno paliwami alternatywnymi, jak też olejem napędowym, jest taki sam.

Ustawodawca w treści **uoelpa** wyraźnie oddzielił i zróznicował energię elektryczną i wodór, biopaliwa ciekłe, paliwa syntetyczne i parafinowe, sprężony gaz ziemny (CNG), w tym pochodzący z biometanu, skroplony gaz ziemny (LNG), w tym pochodzący z biometanu, lub gaz płynny (LPG), wskazując je jako paliwa alternatywne, od paliw pochodzących z ropy naftowej lub otrzymywanych w procesach jej przetwórstwa.

Przywołana ustawa w zakresie swojej regulacji wdraża dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/94/UE z dnia 22 października 2014 r. w sprawie rozwoju infrastruktury paliw alternatywnych (Dz. Urz. UE L 307 z 28.10.2014) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1161 z dnia 20 czerwca 2019 r. zmieniającą dyrektywę 2009/33/WE w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz. Urz. UE L 188 z 12.07.2019). Zgodnie z przywołanymi dyrektywami, paliwa alternatywne oznaczają paliwa lub źródła energii, które służą, przynajmniej częściowo, jako substytut dla pochodzących z surowej ropy naftowej źródeł energii w transporcie i które mogą potencjalnie przyczynić się do dekarbonizacji transportu i poprawy ekologiczności sektora transportu.

Wpływ na środowisko pojazdów elektrycznych i CNG jako zasilanych paliwami alternatywnymi, jest znacznie mniejszy, niż pojazdów spalinowych nawet spełniających normę EURO 6. Różnica ta powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści opisu kryterium nr 3.

W obecnym kształcie, kryterium oceny ofert nr 3 deprecjonuje wykonawców dysponujących pojazdami z napędem elektrycznym i CNG zaś premiuje wykonawców posługujących się pojazdami spalinowymi EURO6.

Jakkolwiek wpływ na środowisko pojazdów na paliwa alternatywne jest znacznie mniejszy, to Zamawiający zrównuje je w punktacji z nie uznawanymi za ekologiczne w takim samym stopniu pojazdami spalinowymi EURO6.

Odwołujący podnosi, że istniejący obecnie opis Kryterium nr 3 nie zapewnia odpowiedniego wyróżnienia użycia do realizacji zamówienia pojazdów z napędem uznanym instytucjonalnie (*uo*e*i*p*a*) za proekologiczny od użycia pojazdów z silnikami spalającymi pochodne ropy naftowej (benzynę i olej napędowy).

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę opisu kryterium nr 3 i nadanie mu brzmienia:

Dla Zadania nr 1

Kryterium: Aspekt środowiskowy (A) – dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów:

- a) spełniających normę emisji spalin EURO 6 – max 10 pkt
- b) pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym – max 20 pkt (A)

W kryterium „aspekt środowiskowy” - ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez emisje spalin pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zebranych odpadów komunalnych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których Wykonawca realizował będzie zamówienie. Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 5 samochodów (1 szt. śmieciarki, 1 szt. samochód specjalistyczny - śmieciarko-myjka, 2 szt. samochodów skrzyniowych przystosowanych do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach, 1 szt. pojazdu hakowego lub bramowego przystosowanego do odbioru odpadów w kontenerach).

Punkty będą przyznawane wg poniższych zasad:

a) wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6:

0 pojazdów- 0,00 punktów

1 pojazd śmieciarka- 2,5 punktu

1 pojazd specjalistyczny śmieciarko-myjka - 2,5 punktu

1 pojazd skrzyniowy/dostawczy - 2,5 punktu

1 pojazd hakowiec lub bramowiec - 2,5 punktu

b) wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym:

0 pojazdów- 0,00 punktów

1 pojazd śmieciarka - 5 punktów

1 pojazd specjalistyczny śmieciarko-myjka - 5 punktów

1 pojazd skrzyniowy/dostawczy - 5 punktów

1 pojazd hakowiec lub bramowiec - 5 punktów

Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w formularzu oferty.

Dla Zadania nr 2

Kryterium: Aspekt środowiskowy (A) – dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów:

a) spełniających normę emisji spalin EURO 6 – max 10 pkt

b) pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym – max 20 pkt (A)

W kryterium „aspekt środowiskowy”– ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez emisje spalin pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych wielkogabarytowych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których Wykonawca realizował będzie zamówienie. Na podstawie obecnie wykonywanej usługi

Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 2 samochody (1 szt. śmieciarka, 1 szt. samochód skrzyniowy).

Punkty będą przyznawane wg poniższych zasad:

a) wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6:

0 pojazdów- 0,00 punktów

1 pojazd śmieciarka – 5 punktów

1 pojazd skrzyniowy/dostawczy - 5 punktów

b) wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym:

0 pojazdów- 0,00 punktów

1 pojazd śmieciarka– 10 punktów

1 pojazd skrzyniowy/dostawczy - 10 punktów

Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w formularzu oferty.

Przyjęcie zaproponowanego rozwiązania zapewni promowanie ofert zawierających rozwiązania pro środowiskowe a co za tym idzie, zbuduje prokonkurencyjny charakter przedmiotowego zamówienia.

Druga część zarzutu dotyczy sposobu weryfikacji zaoferowanych pojazdów. W treści formularza oferty, Zamawiający sporządził tabelę pozwalającą na zaoferowanie pojazdów w ramach kryterium nr 3. W kolumnie drugiej tabeli Zamawiający żąda podania: marki i numeru rejestracyjnego pojazdu.

Dowód: Formularz oferty (Załącznik nr 2 do SWZ)

Podanie wyłącznie marki i numeru rejestracyjnego pojazdu utrudnia weryfikację tożsamości oraz faktycznych parametrów pojazdów. Zatem ocena ofert w ramach kryterium nr 3, jej weryfikacja oraz porównanie poziomu oferowanego wykonania

przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach są znacząco utrudnione.

Odwołujący podnosi, że wszyscy uczestnicy postępowania a także sam Zamawiający powinni posiadać możliwość weryfikacji informacji dotyczących zaoferowanych pojazdów. Powyższe informacje można znaleźć na oficjalnej stronie internetowej:

<https://historiapojazdu.gov.pl>, którą Odwołujący cytuje poniżej:

HistoriaPojazdu.gov.pl Bezpłatny raport z Centralnej Ewidencji Pojazdów

Wpisz dane z dowodu rejestracyjnego:

Wypełnij wszystkie pola.

Numer rejestracyjny

Numer VIN

Data pierwszej rejestracji

Obecnie, nie posiadając wskazanych wyżej, trzech powiązanych ze sobą danych, ani Zamawiający, ani wykonawcy, nie będą posiadać możliwości weryfikacji zaoferowanych pojazdów.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie zmiany do opisu kolumny drugiej tabeli w Formularzu oferty (punkt 6) i wprowadzenie następującego: „Marka i typ pojazdu, numer rejestracyjny, numer VIN, data pierwszej rejestracji pojazdu oraz podstawa dysponowania”

Powyższe pozwoli na weryfikację złożonej oferty i przyznanie punktacji za pojazdy realnie istniejące oraz będące w dyspozycji składającego ofertę wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zajmowała stanowisko w kwestii istotności opisu kryteriów oceny ofert. 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."

W obecnym stanie sprawy, Zamawiający naruszył przepisy Art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1 ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy.

3. **Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy** na skutek zaniechania czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia wykonawcy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji powodując że o udzielenie zamówienia obok podmiotów odpowiednio doświadczonych, na jednakowych zasadach mogą ubiegać się podmioty pozbawione jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z treścią przepisu art. 112 ust. 1 ustawy:

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności

Zamawiający ma zatem obowiązek dokonać określenia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec całkowitego nie ustalenia przedmiotowego warunku udziału nastąpiło dopuszczenie do realizacji zamówienia podmiotu, który nigdy nie realizował usług odbioru odpadów w podobnej skali to jest o podobnej rozpiętości geograficznej, ilości odpadów do odbioru i zagospodarowania, asortymentu odpadów a także o podobnym wolumenie finansowym. Zamawiający pozbawił się możliwości uzyskania zapewnienia rzetelnej realizacji przez podmiot odpowiednio do tego przygotowany.

Odwołujący podnosi, że warunki udziału powinny być ustalane na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia (por. KIO 697/17).

Proporcjonalność w kontekście warunków udziału w postępowaniu wyraża się takim ich sformułowaniem, które - z jednej strony - zabezpiecza zamawiającego przed wykonawcami, którzy ze względu na sytuację podmiotową lub stopień skomplikowania zamówienia nie dają rękojmi jego należytego wykonania, z drugiej - nie stanowi nadmiernej bariery uniemożliwiającej ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom dającym rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia (por. KIO 2368/15)

Legitymowanie się przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne wiedzą i doświadczeniem ma być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne, potwierdzające, że wykonawca posiada wystarczającą zdolność, wiedzę i doświadczenie, aby z pozytywnym skutkiem mógł podjąć się realizacji zamówienia publicznego. (por. KIO 2005/14)

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia warunku udziału o następującym brzmieniu:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy – w tym okresie, należycie wykonali lub wykonuje co najmniej jedną usługę obejmującą odbieranie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych o wartości brutto nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł, o czasie świadczenia nie krótszym niż przez kolejne 12 miesięcy.

Zamawiający naruszył Art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy

4. **Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy** na skutek zaniechania czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny spełniania warunków dysponowania potencjałem technicznym pozwalającym na realizację zamówienia, podczas gdy realizacja zamówienia wymaga dysponowania szeregiem pojazdów, czego potwierdzeniem są zapisy SWZ zawierające opis kryterium oceny ofert „Aspekt ekologiczny” , a także całkowita rezygnacja z weryfikacji spełniania takiego warunku.

Zamawiający nie ustalił warunku udziału w postępowaniu dysponowania potencjałem technicznym. Nie żąda także złożenia stosownego wykazu sprzętu technicznego.

Tymczasem w punkcie XVIII SWZ, w treści opisu kryterium oceny ofert nr 3, dla Zadania nr 1 Zamawiający zapisał:

„Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 5 samochodów (1 szt. śmieciarki, 1 szt. samochód specjalistyczny - śmieciarko-myjka, 2 szt. samochodów skrzyniowych przystosowanych do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach, 1 szt. pojazdu hakowego lub bramowego przystosowanego do odbioru odpadów w kontenerach).”

Dla Zadanie nr 2 zapisał:

„Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 2 samochody (1 szt. śmieciarka, 1 szt. samochód skrzyniowy).”

Powyższe oznacza, że w istocie rzeczy Zamawiający postawił wymagania odnoszące się do niezbędnego potencjału technicznego który powinien znajdować się w dyspozycji wykonawcy.

Pomimo że wymagania te zostały opisane w SWZ, jednak nie spełniają stawianej im przez ustawodawcę roli. Nie służą do weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji zamówienia.

Zamawiający powinien był wyartykułować je w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ żądając w celu potwierdzenia spełniania takiego warunku, złożenia stosownego wykazu sprzętu którym dysponuje wykonawca w celu realizacji zamówienia.

Niepełnienie warunku udziału skutkować powinno odrzuceniem oferty. Warunek postawiony przez Zamawiającego niejako „obok” jego miejsca w systemie, wbrew swojej roli, nie podlega weryfikacji. To prowadzić może do dopuszczenia do realizacji zamówienia przez wykonawców nie posiadających nawet minimalnego potencjału o którym w treści kryterium oceny ofert napisał Zamawiający.

Zamawiający naruszył Art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy

5. Zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 oraz Art. 8 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 SWZ 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 szykanującego 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 spreczny 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 § 7 ust 1 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Zamawiający nie ustalił górnej wysokości wszystkich kar umownych, które mogą zostać naliczone wykonawcy. Może to prowadzić do nieograniczonego w czasie i wysokości zaspokajania pieniężnego Zamawiającego ze szkodą dla Wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne z naturą i funkcją kar umownych.

Zaniechanie ustalenia górnej granicy kar umownych wprost narusza przepis art. 436 pkt. 3 ustawy pzp:

Art. 436. Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;

Podobny przypadek był rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt. KIO 2950/20 w sprawie wywołanej odwołaniem obecnego Odwołującego.

W wyroku z dnia 27 listopada 2020 roku Izba orzekła:

„W tym wypadku § (...) wzoru umowy pozbawiony jest górnej wysokości zsumowanych kar umownych. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę, że w nowej ustawie Pzp obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. - w art. 436 pkt 3 Pzp taki wymóg w kontekście umowy zawieranej w trybie Pzp został zamieszczony. Mimo, że nie określono danego pułapu, kwestia ta niewątpliwie musi zostać uregulowana w takiej umowie, co nie ma miejsca w aktualnym jej brzmieniu. Izba zauważa, że z "Raportu dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych", przygotowanego przez UZP w 2018 roku, wynika że z kar umownych korzysta dwóch na trzech zamawiających. Wykonawcy są najczęściej karani za nieterminowość. W raporcie zauważono, że zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców.”

Zarzuty Odwołującego znajdują wsparcie także w jednolitym poglądzie judykatury przed wejściem w życie aktualnej ustawy PZP.

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 współżycia 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 § 7 ust 1 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. 436 pkt 3 ustawy oraz Art. 18 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

*Ryszard Groński
Pełnomocnik Odwołującego
Dokument podpisany elektronicznie*

Załączniki:

- kopia informacji odpowiadającej aktualnemu odpisowi z Krajowego Rejestru Sądowego ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.;
- Pełnomocnictwo dla Ryszarda Grońskiego;
- dowód wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- umowa zlecenia stanowiąca podstawę udzielenia pełnomocnictwa;

- dowód wniesienia wpisu od odwołania;
- dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu;