



Banaszewska  
Gieruń-Banaszewski  
Kancelaria Prawna

Warszawa, 14 listopada 2023 r.

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

**Odwołujący:**

**ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.**  
ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław  
NIP: 8862370555, REGON: 890691182, KRS:  
0000114684  
numer telefonu: 71 33 75 125  
e-mail: [przetargi.ads@alba.com.pl](mailto:przetargi.ads@alba.com.pl)

reprezentowana przez:

**adw. dr Annę Banaszewską**

adres do doręczeń:

**Kancelaria Prawna BGB sc.**  
ul. Piłsudskiego 3/3, 50-048 Wrocław  
numer telefonu: 509 857 574  
e-mail: [ab@banaszewscy.pl](mailto:ab@banaszewscy.pl)

**Zamawiający:**

**Gmina Głuszycyca**  
ul. Parkowa 9, 58-340 Głuszycyca  
numer telefonu: 74 84 59 479  
e-mail: [sekretariat@gluszycyca.pl](mailto:sekretariat@gluszycyca.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Głuszycyca w trybie podstawowym na usługi pn.: „Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Gminy Głuszycyca w sezonie zimowym 2023/2024” (numer postępowania: NIBITZKiZP.271.3.24.2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w BZP w dniu 09.11.2023 r. pod numerem 2023/BZP 00485429/01)

### **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Odwołujący”, w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis znajduje

---

adw. Jadwiga Banaszewska tel. 508 24 13 74, e-mail [jb@banaszewscy.pl](mailto:jb@banaszewscy.pl)  
r.pr. Zbigniew Gieruń-Banaszewski tel. 501 66 36 47, e-mail: [zgb@banaszewscy.pl](mailto:zgb@banaszewscy.pl)  
adw. Maria Banaszewska tel. 509 39 77 05, e-mail [mb@banaszewscy.pl](mailto:mb@banaszewscy.pl)  
adw. dr Anna Banaszewska tel. 509 85 75 74, e-mail [ab@banaszewscy.pl](mailto:ab@banaszewscy.pl)

się w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: „p.z.p.”), składam odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Głuszycyca w trybie podstawowym na usługi pn.: „Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Gminy Głuszycyca w sezonie zimowym 2023/2024” (numer postępowania: NIBITZKiZP.271.3.24.2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w BZP w dniu 09.11.2023 r. pod numerem 2023/BZP 00485429/01) wobec treści dokumentów zamówienia.

#### **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:**

- 1. Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz art. 433 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. i w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 5 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 388 § 1<sup>1</sup> k.c., poprzez nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego i sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty oraz ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy co do sposobu wynagrodzenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia w sposób, który nie przewiduje wypłaty wynagrodzenia w zamian za istotną część świadczenia Wykonawcy, tj. przewidzenie wypłaty wynagrodzenia wyłącznie za efektywny czas pracy sprzętu i brak wynagrodzenia za: pełnienie całodobowych dyżurów, zapewnienie materiałów i utrzymywanie sprzętu w pełnej gotowości technicznej i eksploatacyjnej, co stanowi naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń, zasady współzycia społecznego oraz podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych oraz zaniechanie określenia minimalnej gwarantowanej wartości lub wielkości świadczenia stron, gdyż wartość świadczenia należnego wykonawcy pozostaje całkowicie uzależniona od warunków atmosferycznych, przy jednoczesnym oczekiwaniu przez Zamawiającego, by Wykonawca realizował istotną część usługi niezależnie od tych warunków, tj. by przez cały okres realizacji usługi Wykonawca pozostawał w gotowości technicznej oraz pełnił całodobowe dyżury całkowicie za darmo**

**Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia poprzez:**

- 1) nakazanie wykreślenia postanowienia § 3 ust. 5 projektu umowy;**
- 2) nakazanie wprowadzenia w § 5 ust. 1 projektu umowy stawki godzinowej za pozostawanie przez wykonawcę w gotowości technicznej oraz stawki godzinowej za pełnienie całodobowego dyżuru;**

- 3) nakazanie wprowadzenia w formularzu oferty – załącznik nr 8 do SWZ dla części I, części II i części III zamówienia pozycji wyceny za 1 godzinę gotowości technicznej oraz za 1 godzinę całodobowego dyżuru;
- 4) nakazanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w zakresie szacunkowej ilości godzin pracy w całym sezonie zimowym poprzez uwzględnienie godzin pozostawania w gotowości technicznej oraz godzin pełnienia dyżuru;
- 5) nakazanie określenia w projekcie umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

**Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.**

**Ponadto Odwołujący wnosi o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.**

### **Zachowanie terminu**

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p. w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej. W niniejszym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP dniu 09.11.2023 r. Tym samym termin do wniesienia odwołania został zachowany.

### **Interes we wniesieniu odwołania**

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi w zakresie letniego i zimowego utrzymania dróg jest zainteresowany złożeniem oferty. Działania Zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy sformułował treść specyfikacji warunków zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Nie ulega wątpliwości, że odwołanie mające na celu doprowadzenie zapisów SWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa wyczerpuje przesłanki określone w art. 505 ust. 1 p.z.p. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 p.z.p. została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący oświadcza, że uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie dokonania przelewu.

### **UZASADNIENIE**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 p.z.p. na realizację usług zimowego utrzymania dróg gminnych na terenie Gminy Głuszycza w sezonie zimowym 2023/2024. Zgodnie z postanowieniem rozdziału VI pkt 2 SWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

- likwidację skutków zimy, żywiołu śnieżnego i skutków obniżonej temperatury poprzez przejście na siebie obowiązku utrzymania przejezdności dróg, zmniejszenia lub ograniczenia zakłóceń ruchu drogowego wywołanego czynnikami atmosferycznymi; prowadzenie akcji zimowej całodobowo, w dni robocze i święta, w różnych warunkach atmosferycznych (opady śniegu, marznącego deszczu, zawieje, zamiecie śnieżne, niskie temperatury);
- utrzymywanie w pełnej gotowości technicznej i eksploatacyjnej środków transportowych i sprzętowych wraz z osprzętem przewidzianym do zwalczania skutków zimy;
- zapewnienie materiałów uszorstniających i soli;
- pełnienie całodobowych dyżurów.

Wyżej wskazany zakres obowiązków wykonawcy został w ten sam sposób określony w § 1 ust. 2 projektu umowy – Załącznik nr 14 do SWZ. Szczegółowo obowiązki Wykonawcy określone zostały w § 6 projektu umowy.

Za świadczenie Wykonawcy Zamawiający przewiduje **rozliczenie ryczałtowe wyłącznie za czas efektywnej pracy** następujących jednostek sprzętowych:

- pojazdu wyposażonego w pług i piaskarkę, ciągnika wyposażonego w pług, koparko-ładowarki – dla części I zamówienia;
- pojazdu wyposażonego w pług i piaskarkę, ciągnika wyposażonego w pług, koparko-ładowarki – dla części II zamówienia;

- pojazdu wyposażonego w pług i piaskarkę, koparko-ładowarki – dla części III zamówienia.

W myśl § 5 ust. 4 i 5 projektu umowy faktury wystawiane będą w oparciu o rejestr przepracowanych godzin, potwierdzonych przez upoważnioną przez Zamawiającego osobę według ryczałtowych stawek godzinowych określonych w złożonej ofercie. Stosownie do § 3 ust. 5 projektu umowy **Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy za czas spoczynku, kiedy nie są prowadzone prace w zakresie odśnieżania.**

Takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wynagradzania za świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia, które obejmuje szereg kosztów stałych, jakie Wykonawca musi ponieść w okresie realizacji zamówienia niezależnie od tego, czy będą zachodziły okoliczności pogodowe wymagające czynności „likwidacji skutków zimy” - a więc czynności za które Wykonawca otrzyma wynagrodzenie – prowadzi do sytuacji, w której świadczenia stron nie są ekwiwalentne. W skrajnym przypadku, tj. w przypadku bezśnieżnej zimy z dodatnimi temperaturami Zamawiający może otrzymać świadczenie w postaci zabezpieczenia na wypadek zaistnienia warunków zimowych bez konieczności zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy. Taki sposób ukształtowania wzajemnych zobowiązań stron w ramach umowy o zamówienie publiczne nie może zostać zaakceptowany. Jak już wskazano powyżej, jeżeli będziemy mieć do czynienia z bezśnieżną zimą w sezonie 2023/2024, to Wykonawca może w ogóle nie otrzymać wynagrodzenia za realizację usługi na rzecz Zamawiającego, przy jednoczesnym ponoszeniu istotnych kosztów związanych z zapewnieniem sprzętu, materiałów i pracowników. Niezależnie od panujących warunków pogodowych Wykonawca realizujący przedmiotową usługę jest zobligowany do zapewnienia określonego w OPZ sprzętu, materiałów i pracowników. Wykonawca niezależnie od warunków pogodowych ponosi szereg kosztów stałych związanych z realizacją usługi, tj. zapewnieniem pługopiaskarek, ciągników wyposażonych w pługi oraz koparko-ładowarek i utrzymywaniem tego sprzętu w pełnej gotowości technicznej i eksploatacyjnej, zapewnieniem materiałów uszorstniających i soli, zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę, pełnieniem całodobowych dyżurów. Wskazać należy, że zgodnie z SWZ oraz postanowieniami § 7 projektu umowy Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących przedmiot zamówienia w trakcie realizacji zamówienia, w zakresie obsługi sprzętu do odśnieżania. Zamawiający nie przewiduje rekompensaty kosztów ww. zatrudnienia ani też żadnych innych kosztów związanych z utrzymaniem gotowości do świadczenia usługi likwidacji skutków zimy na drogach gminnych. Pomimo ponoszenia przez Wykonawcę kosztów stałych kontraktu, Zamawiający ogranicza się wyłącznie do zapłaty za usługę wyłącznie w części polegającej na faktycznym wykorzystaniu sprzętu na drogach gminnych, pomijając całkowicie koszty pozostawiania wykonawcy w gotowości do realizacji usługi likwidacji skutków zimy na drogach gminnych.

Zamawiający oczekuje, że w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia istotną część usługi Wykonawca będzie *de facto* realizował za darmo, bez jakiegokolwiek wynagrodzenia. Należy wziąć pod uwagę szereg obowiązków Wykonawcy wynikających postanowień SWZ, np. że czas rozpoczęcia akcji to maksimum 60 minut (wynika z kryterium oceny ofert), że

dyżur musi być pełniony przez Wykonawcę całodobowo, że Wykonawca musi zabezpieczyć odpowiedni sprzęt w pełnej gotowości, że Wykonawca musi ponosić koszty stałe organizacji realizacji usługi, zatrudnienia pracowników, obsługi administracyjnej, koszty ubezpieczenia, koszty zakupu i magazynowania soli oraz piachu.

Odwołujący zaznacza ponadto, że postanowienia projektu umowy oraz SWZ nie zawierają ani racjonalnie określonej minimalnej wartości przedmiotu zamówienia, ani wielkości świadczenia stron stosowanie do art. 433 pkt 4 p.z.p. Postanowienia te noszą tym samym znamiona klauzul abuzywnych. Żadne postanowienia projektu umowy lub SWZ nie stanowią jednoznacznej deklaracji Zamawiającego co do wielkości zamówienia lub gwarancji co do tej wielkości. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Prawem zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia, bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty.

Należy uznać, że nieprawidłową praktyką jest wycena usług w zakresie zimowego oczyszczania dróg wyłącznie poprzez rozliczenie obmiarowe za efektywną pracę sprzętu. Taki sposób wynagradzania nie pozwala pokryć wszystkich kosztów, jakie Wykonawca będzie ponosił w związku z realizacją przedmiotowej usługi. Konieczne jest zapewnienie Wykonawcy wynagrodzenia za gotowość, które płacone będzie niezależnie od warunków atmosferycznych. Dodanie w formularzu cenowym dodatkowych pozycji wyceny za gotowość techniczną oraz za pełnienie dyżuru, pozwoli także Zamawiającemu zrealizować obowiązek sformułowany w dyspozycji art. 433 pkt 4 p.z.p. tj. określić w projekcie umowy minimalny gwarantowany zakres świadczenia. W obecnym brzmieniu dokumentów zamówienia nie sposób bowiem określić, jaki zakres zamówienia zostanie zrealizowany i jakie minimalne wynagrodzenie otrzyma Wykonawca realizujący przedmiotową usługę. Wskazać należy, że zgodnie z art. 388 § 1<sup>1</sup> k.c. jeżeli wartość świadczenia jednej ze stron w chwili zawarcia umowy przewyższa co najmniej dwukrotnie wartość świadczenia wzajemnego, domniemywa się, że przewyższa je w stopniu rażącym. W chwili zawarcia umowy Wykonawca ani Zamawiający nie będzie w stanie określić wartości świadczenia Zamawiającego, możliwa natomiast będzie do wyliczenia wartość świadczenia wykonawcy związana z zapewnieniem materiałów, sprzętu oraz pracowników.

Zamawiający ukształtował warunki zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z ponoszeniem kosztów realizacji usługi związanych z pozostawaniem w gotowości do zapobieżenia oraz likwidacji śliskości na drogach gminnych w Gminie Głuszyca. Ze względu na powyższe wykonawca nie może skalkulować ryzyk związanych z realizacją umową i obliczyć ceny ofertowej. Postanowienia wzoru umowy zawierają elementy zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji przy kreowaniu postanowień projektu umowy

i naruszył zasadę uczciwej konkurencji, zasadę proporcjonalności, zasadę przejrzystości, zasadę efektywności udzielania zamówień, a także zasady współżycia społecznego.

W imieniu Odwołującego

dr Anna Banaszewska

adwokat

Załączniki:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi z rejestru przedsiębiorców ALBA Dolny Śląsk sp. z .o.o.
2. Pełnomocnictwo
3. Dowody uiszczenia opłaty skarbowej
4. Dowód uiszczenia wpisu
5. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu