

Wrocław, dnia 5 lutego 2024 r.

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

**Odwołujący:** **RDF sp. z o.o.**, adres: ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka, KRS 0000398025, NIP 7582350657, reprezentowana przez: r.pr. Katarzynę Skiba - Kuraszkiewicz, **SQUARE Tax Legal Services**, ul. Michalczyka 5, 53-633 Wrocław, email: [katarzyna.skiba-kuraszkiewicz@sqrlegal.pl](mailto:katarzyna.skiba-kuraszkiewicz@sqrlegal.pl)

**Zamawiający:** **Urząd Miasta i Gminy Góra Kalwaria**, ul. 3 Maja 10, 05-530 Góra Kalwaria, tel: 22/ 727 34 14, e-mail: [przetargi@gorakalwaria.pl](mailto:przetargi@gorakalwaria.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Góra Kalwaria oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych*, znak sprawy: ZAP.271.1.2024.ASK, (dalej: „**Postępowanie**”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 stycznia 2024 r., pod numerem 00051453-2024.

## ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – Spółki **RDF sp. z o.o.**, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm., dalej: „**Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w Postępowaniu niezgodnego z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych opisu przedmiotu zamówienia, opisu warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodnych z przepisami tejże ustawy zapisów wzoru umowy, tj. wobec niezgodnych z przepisami ustawy zapisów SWZ wskazanych w treści niniejszego odwołania.
- II. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**
  1. **art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 114 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp** poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wymogu posiadania zezwoleń na zbieranie i przetwarzanie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego w sposób nieproporcjonalny co do zakresu przedmiotowego zamówienia, naruszający zasady uczciwej konkurencji i finalnie prowadzący do wniosku, że warunki te nie stanowią weryfikacji minimalnego poziomu zdolności do należytego wykonania zamówienia.

2. **art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach**, Dz.U. z 2023 r., poz. 622 (dalej: „Ucpg”) poprzez wprowadzenie wymogu podania przez wykonawców wraz z ofertą wykazu instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych (rozdz. II pkt 9.2).1. lit. b) SWZ) dla wszystkich kodów odpadów, które wskazano w OPZ, w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewiduje możliwości przedstawienia informacji wyłącznie o zbierającym co do części odpadów (zbieranych selektywnie, w małych ilościach), co prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w tym zakresie, zwłaszcza, że art. 6d ust. 4 pkt 5) Ucpg wprost pozwala na zastosowanie takiego rozróżnienia, a nadto taki wymóg nie uwzględnia wszystkich wymogów i okoliczności mających znaczenie dla sporządzenia oferty;
3. **art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 353(1) kc** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co przejawia się w takim przedstawieniu szacunkowej ilości odpadów, które uniemożliwia prawidłową i odpowiadającą warunkom rynkowym kalkulację ceny wykonania zamówienia; skutkiem takiego sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia może być również złożenie przez wykonawców nieporównywalnych ofert (co będzie wynikało przykładowo z przyjęcia innych założeń przy wycenie 1Mg odpadów), co z kolei prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności;
4. **art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp** poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie raportów dziennych, jak i poprzez wprowadzenie wymogu w tym zakresie, mimo iż wymóg ten nie służy realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego (jest zbędny) i w powiązaniu z wysokimi karami umownymi staje się rozwiązaniem służącym wyłącznie dyscyplinowaniu i karaniu wykonawcy;
5. **art. 353 (1) kc i art. 487 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp, oraz art. 99 ust. 1 Pzp** poprzez wprowadzenie do zapisów Projektowanych Postanowień Umownych (PPU) kary umownej rażąco wygórowanej i nieproporcjonalnej do wagi, charakteru i zakresu zobowiązania, któremu wykonawca uchybił, przy czym wprowadzenie takiego postanowienia umownego narusza zasady współżycia społecznego, zaburza wzajemność świadczeń, a także uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów (ryzyka) realizacji przedmiotu zamówienia;
6. **art. 439 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353(1) kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez określenie mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia pokrycia realnego zwiększenia kosztów wykonywania usługi w okresie obowiązywania umowy, które to działanie wpływa

niekorzystnie na konkurencyjność postępowania, ograniczając krąg potencjalnych oraz prowadzi do pokrzywdzenia wykonawcy poprzez narażenie go na straty wynikające z realizacji usługi za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów świadczenia usługi.

**III.** W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę o** uwzględnienie odwołania w całości i:

a. nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów SWZ poprzez:

i. zmianę zapisu rozdz. II pkt 7.2. lit. d) SWZ poprzez

1. ograniczenie warunku udziału w postępowaniu wyłącznie do posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodach 20 03 01, odpadów ulegających biodegradacji, szkła, tworzy sztucznych i papieru (lub odpowiednio umowy z podmiotem posiadającym takie zezwolenia) oraz wykreślenia wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów objętych OPZ;

2. wykreślenie zwrotu „ważne do końca realizacji zamówienia”;

ii. odstąpienie od wymogu żądania wskazania w ofercie instalacji dla odpadów, które zbierane są w małych ilościach i w tym zakresie przestanie na wymogu wskazania zbierającego;

iii. podanie ilości odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości i z PSZOK w latach 2021- 2023 z podziałem na poszczególne frakcje (w każdym z lat osobno);

iv. zastąpienie obowiązku składania raportów dziennych obowiązkiem składania raportów tygodniowych wraz z jednoznacznym wskazaniem, jakie informacje winny zostać w tym raporcie (oraz raporcie miesięczny) podane, względnie zmianę terminu, do którego należy przedstawić raport dzienny do godziny 15. następnego dnia roboczego;

v. zmianę z § 4 ust. 1 PPU w ten sposób, żeby dostosować wysokość kar umownych za nieodebranie odpadów w terminie do stawek wykorzystywanych na rynku, tj. ustalić ich wysokość na poziomie maksymalnie 100 zł (niezależnie od nieruchomości) za każdy dzień zwłoki, a kary za przekazanie nierzetelnych sprawozdań do 200 zł, rezygnując z kary odnoszącej się do raportów dziennych;

vi. zwiększenie częstotliwości waloryzacji przewidzianej w § 2 i 3 PPU do „co 6 miesięcy” oraz określenie maksymalnej wartości korekty wynagrodzenia wykonawcy z tytułu waloryzacji także przy wyższym wzroście ceny paliwa niż 13,6%, przy jednoczesnym naliczaniu waloryzacji w sposób narastający.

**IV. Interes:** Odwołujący ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „w przypadku odwołań dotyczących postanowień SIWZ szkoda wykonawcy ma ze swej natury charakter hipotetyczny, a interes w uzyskaniu zamówienia można przypisać każdemu wykonawcy deklarującemu zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dla którego postanowienia SIWZ mogą być potencjalnie niekorzystne” (tak KIO w wyroku z dnia 8 stycznia 2020r., sygn. akt KIO 2592/19). Wobec powyższego Odwołujący

wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem sformułowanie postanowień SWZ w sposób niezgodny z przepisami, tj. w szczególności w sposób, który nie uwzględnia wszystkich istotnych dla sporządzenia oferty okoliczności i wymagań, narusza zasady równej i uczciwej konkurencji oraz nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej, utrudnia mu dostęp do uzyskania zamówienia i jako taki jest dla niego niekorzystny.

- V. Termin:** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 25 stycznia 2024 r. W tym samym dniu opublikowano również SWZ. Tym samym 10-cio dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

### Uzasadnienie

- I. Naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 114 oraz w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wymogu posiadania zezwoleń na zbieranie i przetwarzanie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego w sposób niezgodny z wymaganiami Pzp.**

1. W rozdziale II SWZ Zamawiający wskazał warunki, które muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z pkt. 7.2. lit. d tego rozdziału SWZ Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że posiada:

*d) aktualne i ważne do końca realizacji niniejszego zamówienia zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów lub pozwolenie zintegrowane, o których mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2023 poz. 1587 z późn. zm.) w zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem niniejszego zamówienia.*

*Lub w przypadku nieposiadania wyżej wymienionych zezwoleń posiada oświadczenie podmiotu, do którego będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w przedmiocie:*

- *posiadania przez niego ww. zezwoleń wraz z kopiami tych zezwoleń,*
- *tytułu prawnego do zagospodarowania odpadów z terenu gminy Góra Kalwaria objętych zamówieniem, wraz z kopiami tych uprawnień, oraz umowę z tym podmiotem na przetworzenie odpadów objętych niniejszym zamówieniem.*

*W przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, wymagany warunek musi być spełniony, co najmniej przez jednego z Wykonawców.*

2. **Tak określone warunki udziału w postępowaniu są nieproporcjonalne, a w części także zbędne, co wyklucza weryfikację, czy prawidłowo określają one minimalny poziom zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia, a w praktyce utrudnia, a wręcz uniemożliwia ocenę, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.** W tym zakresie Odwołujący podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 42/19: *"Oczywiste jest bowiem, że to zamawiający muszą sformułować swoje wymagania, a nie wykonawcy się ich domyślać, a reguła ta wpisuje się w całą wieloletnią praktykę zamówień publicznych i bogate orzecznictwo i jest wyrazem*

*realizacji zasad przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wymogi muszą być bowiem znane od początku postępowania i konsekwentnie realizowane do jego końca."*

3. Odnosząc się do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów należy wskazać na kilka elementów.
4. Po pierwsze, warunek dotyczy odpadów objętych przedmiotem zamówienia, co prowadzi do wniosku, że intencją Zamawiającego jest, żeby zezwolenie na przetwarzanie i zbieranie obejmowało wszystkie rodzaje odpadów wymienione w SWZ, a więc zarówno te odbierane od właścicieli nieruchomości, jak i te odbierane z PSZOK. W OPZ Zamawiający dla odpadów odbieranych z zabudowy jednorodzinnej i wielorodzinnej wymienia osiem grup odpadów (odpowiednio pkt 3 i 4 OPZ), natomiast dla odpadów odbieranych z PSZOK jest to już czternaście grup, w tym (cyt.: ) *odpady oznaczone jako odpady niebezpieczne w 20 grupie katalogu odpadów określonego w Rozporządzeniu Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. 2020 poz. 10) (rozpuszczalniki, kwasy, alkalia, lampy fluorescencyjne, oleje, tłuszcze, farby, tusze, baterie i akumulatory, itp.) oraz odpady o kodzie 20 01 99 Ex – odpady nieklasyfikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu substancji we krwi, w szczególności igły i strzykawki.*
5. W praktyce oznacza to konieczność okazania zezwoleń na zbieranie i przetwarzanie dla prawie 40 różnych rodzajów odpadów – odpadów oznaczonych prawie 40 różnymi kodami odpadów.
6. Jednocześnie, jak wynika z tabeli kosztów, wykonawca ma podać cenę jednostkową wspólną dla odpadów 20 01 32 oraz 20 01 99 ex przy założeniu, że w całym okresie realizacji zamówienia tych odpadów będzie 0,100 Mg, dla odpadów 20 01 10 Odzież i 20 01 11 Tekstylnia Zamawiający założył ilość 0,050 Mg, a dla frakcji odpadów niebezpiecznych odbieranych z PSZOK podano ilość 41,513 Mg, dla zużytego sprzętu elektrycznego 48,285 Mg, a dla opon 175,057 Mg. Dla porównania najliczniejsza frakcja odbieranych odpadów – odpady o kodzie 20 03 01 może sięgnąć 10 000 Mg.
7. Już z samych Tabel kosztowych wynika, że niektóre odpady, choć wymieniane w OPZ, będą w ramach przedmiotu zamówienia odbierane w ilościach wręcz śladowych. W praktyce natomiast odpady o niektórych kodach w ogóle mogą nie pojawić się w całym okresie realizacji zamówienia w strumieniu odpadów przewidzianych do odbioru.
8. Warunek udziału w postępowaniu powinien stanowić minimalny poziom kwalifikacji. Zamawiający nie może więc oczekiwać, że wykonawca będzie dysponował już na etapie wykazywania spełnienia warunku zezwoleniami na zbieranie i przetwarzanie wszystkich odpadów, jakie mogą pojawić się do odbioru w całym okresie realizacji zamówienia (nawet tych, których pojawienie się w strumieniu odpadów przewidzianych do odbioru jest mało prawdopodobne). Wymóg okazywania zezwolenia na przetwarzanie i zbieranie wszystkich kodów odpadów jest więc nadmiarowy i nieproporcjonalny, a przede wszystkim nie stanowi weryfikacji minimalnych poziomów zdolności do realizacji zamówienia.
9. Po drugie, Zamawiający wymaga posiadania zezwolenia zarówno na przetwarzanie, jak i zbieranie odpadów (wskazuje na to użycie spójnika „i”). Zaznaczyć należy, że zbieranie i przetwarzanie odpadów to dwa różne procesy gospodarowania odpadami. Zgodnie z przepisami ustawy o odpadach zbieranie odpadów to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów (art. 3 ust. 1 pkt 34 u.o.).

Takie procesy prowadzone są m. in. na stacjach przeładunkowych, bazach magazynowanych. Natomiast przetwarzanie odpadów to procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie (art. 3 ust. 1 pkt 21 u.o.), które co do zasady prowadzone są w instalacjach do przetwarzania odpadów.

10. Wykonawca niniejszego zamówienia po pierwsze w ogóle nie musi zbierać odpadów objętych przedmiotem zamówienia, tj. jeśli przed przekazaniem odpadów do instalacji nie będzie ich czasowo przechowywał/magazynował np. na swojej bazie, stacji przeładunkowej w ogóle nie potrzebuje pozwolenia na zbieranie odpadów. To czy będzie mu potrzebne tego typu zezwolenie zależy od przyjętej przez niego logistyki odbiorów, w tym odległości od wybranych do realizacji zamówienia instalacji. Już więc z tego powodu, wprowadzenie takiego warunku udziału w postępowaniu, zwłaszcza względem wszystkich kodów odpadów, jakie są wymieniane w OPZ, pozostaje nieproporcjonalne – niezwiązane z przyjętym przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający nie przesądza, nie nakazuje wykonawcom zbierać (czasowo magazynować) odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości, to tak zdefiniowany warunek udziału w postępowaniu pozostaje bez związku z opisem przedmiotu zamówienia.
11. Odnośnie przetwarzania odpadów to faktycznie każdy rodzaj odebranych przez wykonawcę odpadów będzie musiał zostać ostatecznie przetworzony, przy czym wykonawca musi przekazać bezpośrednio do instalacji wyłącznie odpady o kodzie 20 03 01 (niesegregowane, zmieszane odpady komunalne) oraz odpady ulegające biodegradacji. Pozostałe odpady objęte przedmiotem zamówienia mogą, zgodnie z właściwymi przepisami, zostać przekazane do przetworzenia, do instalacji za pośrednictwem innych podmiotów, w tym zbierających. W przypadku małych ilości odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości, o czym szerzej poniżej, wykonawca nawet nie musi mieć wiedzy odnośnie do tego, do jakiej instalacji zbierający przekaże odpady. Zaznaczyć należy, że w OPZ wymienia się odpady o bardzo różnych właściwościach i cechach. W praktyce odpady o różnych kodach (właściwościach, cechach) są przetwarzane w różnych wyspecjalizowanych instalacjach, przykładowo przeterminowane leki będą musiały trafić zapewne do spalarni odpadów, zużyte urządzenia elektryczne do stacji demontażu, zużyte opony na składowiska, gdzie służą do budowy ich skarp lub do zakładów produkujących z nich granulaty itd. Skoro w OPZ wymienia się prawie 40 frakcji różnych odpadów, odpady te docelowo będą przetwarzane zapewne co najmniej w kilkunastu różnych instalacjach zlokalizowanych w Polsce, a może i poza jej granicami.
12. Warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu zezwolenia na przetwarzanie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia (względnie umowy zawartej z takim podmiotem) nie stanowi więc wyrazu minimalnego poziomu kwalifikacji, jest wygórowany i nie przystaje, ani do realiów rynkowych, ani do specyfiki i charakteru przedmiotu zamówienia. Ustawodawca, o czym szerzej poniżej, choć oczekuje, że gmina będzie wiedziała, do jakich instalacji trafiają odpady odbierane z jej terenu, to wymóg ten ogranicza do tych odpadów, które odbierane są w większych ilościach.
13. Zaznaczyć przy tym należy, że w niniejszej sprawie warunek został opisany jako warunek łączny, tj. należy posiadać zarówno zezwolenie na zbieranie, jak i przetwarzanie odpadów, a do tego wszystkich, nawet jedynie potencjalnie odbieranych z gminy odpadów. Wszystko to dodatkowo powoduje, że warunek staje się bardzo wygórowany. Wykonawca, przed złożeniem oferty, powinien znać wszystkie instalacje, do których mają trafić odpady i zezwolenia dla nich wraz z zawartymi umowami okazać Zamawiającemu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy

mówimy o realizacji zamówienia w okresie dwóch kolejnych lat, gdzie w praktyce instalacje wykorzystywane do realizacji zamówienia mogą i zapewne zmieniać się kilkukrotnie, w zależności od dostępności instalacji, cen na tych instalacjach, czy na bieżąco zawieranych umów. O ile więc zrozumiałe jest, że Zamawiający chce mieć pewność, że wykonawca jest zdolny do zagospodarowywania podstawowych frakcji odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości (bo np. znalezienie z dnia na dzień instalacji, która przetworzy ok 5000 Mg odpadów o kodzie 20 03 01 rocznie może nie być łatwe), o tyle oczekiwanie, że wykonawca jeszcze przed uzyskaniem zamówienia zawrze umowy na zagospodarowywanie wszystkich, nawet potencjalnie odbieranych z terenu gminy odpadów jest wygórowane i nieadekwatne do roli, jaką mają pełnić warunki udziału w postępowaniu.

14. W tym kontekście należy wskazać również na dodatkowe kwestie, które budzą wątpliwości interpretacyjne takiego warunku udziału w postępowaniu. Literalnie rozumienie tego warunku prowadzi to do wniosku, że ten sam podmiot musi posiadać zarówno zezwolenie na zbieranie, jak i przetwarzanie odpadów. Sytuacja, w której wykonawca wykaże, że posiada zezwolenie na zbieranie odpadów oraz umowę z podmiotem trzecim, posiadającym stosowne zezwolenia, na ich przetwarzanie może więc być niewystarczająca do spełnienia warunku. Pytanie także, jak podejść do sytuacji, w której wykonawca miałby zezwolenie na zbieranie tylko niektórych kodów odpadów, czy w takiej sytuacji mógłby się posiłkować umową z podmiotem zbierającym? Czytając warunek udziału w postępowaniu literalnie może powstać wątpliwość, czy dopuszczalne jest jego spełnienie w ten sposób, że w przypadku dwóch podmiotów wspólnie wykonujących zamówienie jeden z nich będzie dysponował zezwoleniem na zbieranie co do wszystkich kodów odpadów, a drugi będzie dysponował zezwoleniem na przetwarzanie wszystkich kodów odpadów. To wiąże się także z tym, że dla każdego kodu Zamawiający chce *de facto* wskazania instalacji, nie przewiduje natomiast takiego rozwiązania, że odpady mogą być przekazane zbierającemu (szerzej na ten temat w uzasadnieniu zarzutu 2). Jeśli wątpliwości te są zasadne, warunek staje się jeszcze trudniejszy do spełnienia. Przetwarzaniem odpadów niebezpiecznych wskazanych w OPZ, ale i przeterminowanych leków, zużytego sprzętu zajmują się podmioty wyspecjalizowane, które zazwyczaj nie świadczą innych usług i co istotne, prowadząc instalacje do przetwarzania tego typu odpadów mogą w ogóle nie posiadać zezwolenia na ich zbieranie. Jak więc wykonawca, który zazwyczaj tego typu odpady odebrane z gminy oddaje zbierającemu ma spełnić warunek udziału w postępowaniu?
15. Po trzecie, zgodnie z treścią warunku zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów powinny być ważne do końca realizacji niniejszego zamówienia. Takie ukształtowanie tego warunku prowadzi do sytuacji, w której nie będzie go spełniać każdy wykonawca, któremu termin ważności zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów skończy się w okresie realizacji zamówienia. Jest to sytuacja, która może znacząco wpłynąć na ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu. Zaznaczyć należy, że przedmiot zamówienia będzie realizowany do 30.06.2026r. Większość podmiotów działających na rynku posiada pozwolenia na zbieranie odpadów oraz pozwolenia na ich przetwarzanie wydane na podstawie przepisów ustawy o odpadach jako tzw. zezwolenia sektorowe z okresem obowiązywania 10 lat. Co istotne, obowiązująca ustawa o odpadach, która wchodziła w życie z dniem 1 stycznia 2023r., zakładała wygaśnięcie zezwoleń wydanych przed jej wejściem w życie najpóźniej w trakcie 2015r. Do tego czasu przedsiębiorcy mieli uzyskać nowe zezwolenia. Na rynku funkcjonuje więc bardzo dużo zezwoleń, których okres obowiązywania będzie kończył się w 2024r. i na początku 2025r. Przepis art. 226a u.o. zakłada, po spełnieniu pewnych warunków, przedłużenie okresu obowiązywania takich

decyzji do dnia 31 grudnia 2025 r. Na chwilę obecną w całym kraju toczy się setki postępowań w przedmiocie wydania nowych zezwoleń na przetwarzanie i/lub zbieranie odpadów i bardzo mało podmiotów legitymuje się tego typu zezwoleniami ważnymi do 30 czerwca 2026r. Jednocześnie posiadanie zezwolenia na cały okres realizacji zamówienia na etapie ubiegania się o jego udzielenie nie jest konieczne, a w szczególności znów wykracza poza to, co można uznać za minimalny poziom zdolności, kwalifikacji do realizacji zamówienia. Umowa opisuje procedurę zmiany instalacji wskazanej w umowie, a co za tym idzie, jeśli nastąpi taka sytuacja, że podmiot, z którym wykonawca współpracuje utraci zezwolenie na przetwarzanie odpadów, zawsze możliwe jest zastąpienie jednej instalacji, inną. Jest to powszechnie akceptowana na rynku praktyka. Wymóg okazania zezwoleń ważnych w całym okresie realizacji zamówienia jest więc zbyt daleko idący.

16. Należy podkreślić, że: *Zgodnie z ustawą Pzp prawem zamawiającego jest wybór i skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu. Prawo to nie oznacza jednak, że zamawiający obowiązany jest opisać wszystkie potencjalnie możliwe kwalifikacje i uprawnienia niezbędne do należytej realizacji zamówienia. [...] Nie ulega również wątpliwości, iż zamawiający korzystając ze swojego prawa w zakresie opisanego warunków udziału w postępowaniu ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zamówienia. Tym samym konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana przez zamawiającego z poszanowaniem naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp oraz zgodnie z wytyczną z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 10 października 2022 r. KIO 2521/22). Na rynku funkcjonuje bardzo duża liczba wykonawców zdolna do realizacji zamówienia, którzy jednocześnie na moment składania ofert w postępowaniu nie będą posiadali kompletu wszystkich zezwoleń oczekiwanych przez Zamawiającego wydanych na cały okres realizacji zamówienia, co prowadzi do wniosku, że warunki wykraczają poza to co konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego wykonania niniejszego zamówienia.*

## **II. Naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5) Ucpg poprzez wymóg podania przez wykonawców wraz z ofertą wykazu instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych dla wszystkich kodów odpadów**

1. Zamawiający w SWZ wskazał na wymóg podania przez wykonawców wykazu instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych (rozd. II pkt 9.2).1. lit. b) SWZ) dla wszystkich kodów odpadów, które wskazano w OPZ. Zamawiający nie przewidział zatem możliwości przedstawienia informacji wyłącznie o zbierającym co do części odpadów (zbieranych selektywnie, w małych ilościach). Powyższe prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w tym zakresie, zwłaszcza, że art. 6d ust. 4 pkt 5) Ucpg wprost pozwala na zastosowanie takiego rozróżnienia.
2. Zgodnie z art. 6d ust. 5 pkt 5) Ucpg „*Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady”. Ustawodawca wprost w przepisach zapewnił zatem*



możliwość, żeby co do części odpadów (niewielkich ilości odpadów zbieranych selektywnie) zamawiający mógł wymagać wskazania jedynie podmiotu zbierającego, ale już nie instalacji.

3. Wymogi wynikające z SWZ są więc dalej idące niż wymogi, jakie zgodnie z przepisami ustawy ucpg Zamawiający może wprowadzić do SWZ, a nadto nie uwzględniają wszystkich okoliczności istotnych dla sporządzenia oferty.
4. Jak wyjaśniono powyżej odpady odbierane z terenu gminy w małych ilościach to zazwyczaj odpady niebezpieczne, przeterminowane leki, tekstylia, opony, zużyty sprzęt elektroniczny itd., a więc odpady, które są zbierane i kolejno przetwarzane w specjalistycznych instalacjach. Często przy tym ustawa o odpadach czy inne szczegółowe przepisy określają dodatkowe, bardzo rygorystyczne warunki ich przetwarzania. Powoduje to, że ilość instalacji przeznaczonych do przetwarzania tego typu odpadów jest niewielka. Podmioty je prowadzące, z uwagi na wysoki stopień specjalizacji, zazwyczaj przy tym nie są zainteresowane ubieganiem się o zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów.
5. Wykonawcy ubiegający się o takie zamówienia, w tej sytuacji, albo zbierają tego typu odpady z terenu wszystkich gmin, w których świadczą usługę, i po uzbieraniu odpowiednich ilości (czasem jest to raz na rok, albo i rzadziej) przekazują je do podmiotu zbierającego (który dopiero po zebraniu tego typu odpadów od kilku wykonawców dysponuje ilością odpadów, której przekazanie do przetwarzania zaczyna być opłacalne), albo wręcz zapewniają sobie odbiór odpadów przez zbierających wyspecjalizowanych w gospodarowaniu takimi odpadami. To zbierający dopiero przy tym instalację w zależności od tego, jakie ostatecznie odpady są zebrane, jaka jest w danym momencie dostępność instalacji i koszty związane z jej zapewnieniem.
6. Przy takim sposobie funkcjonowania rynku ustawodawca nie widzi konieczności by gmina miała wiedzę o instalacjach, do których trafiają tego typu odpady. Wykonawca może zadeklarować, że odpady x będzie zagospodarowany w instalacji y, ale w praktyce odpady x może być do zagospodarowania dopiero za rok lub nawet dwa lata, a wtedy trafi do takiej instalacji, która w danym momencie będzie dostępna. Po przekazaniu odpadów do zagospodarowania, Zamawiający otrzymuje przy tym dokumenty potwierdzające tą okoliczność i wskazują instalację. Kontrola jest w tym przypadku zapewniona, choć jest to kontrola post factum.
7. Oczekiwanie, że wykonawca wskaże do oferty instalacje oraz instalacje zastępcze dla wszystkich, nawet tylko potencjalnie przewidzianych do odbioru odpadów jest zbyt wygórowane i jak wskazano powyżej sprzeczne z zapisami ustawy ucpg.

### **III. Naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 353(1) kc poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie ilości odpadów.**

8. W pkt. 6.6.2. OPZ wskazano, że: „Ilość odpadów odebranych i zagospodarowanych z terenu gminy Góra Kalwaria wyniosła:  
b. w roku 2022:  
z nieruchomości zamieszkałych: 9636,850Mg;  
PSZOK: 904,080 Mg  
c. w roku 2023 (styczeń - listopad):  
z nieruchomości zamieszkałych: 9013,810 Mg  
PSZOK: 895,583 Mg”

9. Obecnie w OPZ podana jest więc łączna ilość odebranych odpadów komunalnych z gminy w roku 2023. W tabeli kosztowej, która stanowi załącznik nr 2 do SWZ wskazano natomiast szacunkowe ilości odpadów komunalnych przewidziane do odbioru w okresie trwania umowy, które posłużą do złożenia porównywalnych ofert. Warto przy tym zaznaczyć, że Zamawiający zakłada wspólną cenę jednostkową dla większej ilości odpadów (jedna cena jednostkowa dla odpadów o różnych kodach) i w ślad za tym w Tabelach podaje wspólne ilości szacunkowe dla takich odpadów.
10. W praktyce oznacza, że z SWZ nie wynika, jaka może być do odbioru ilość odpadów komunalnych o poszczególnych kodach i ilości tej nie można prognozować na bazie danych z lat ubiegłych, czy jakichkolwiek innych danych zawartych w SWZ.
11. Tymczasem okoliczność ta jest istotna, jeśli wykonawca ma prawidłowo ustalić cenę jednostkową, zwłaszcza w tych przypadkach, gdy jest to cena wspólna dla różnych odpadów. Zaznaczyć bowiem w tym miejscu należy, że koszt zagospodarowania odpadów objętych tą samą ceną jednostkową może być wręcz skrajnie różny. Przykładowo zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 – opakowania z papieru i tektury może wiązać się dla wykonawcy z zyskiem, natomiast za zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 01 01 – Papier i tektura wykonawca zdecydowanie będzie musiał zapłacić. Zależność ta występuje w zasadzie przy każdej pozycji z Tabeli kosztów, przy czym w przypadku odpadów o niektórych kodach koszty zagospodarowania bywają wręcz skrajnie różne – za zagospodarowanie Mg niektórych odpadów niebezpiecznych można zapłacić nawet kilkanaście tysięcy złotych, a za odpady łącznie podawane z nimi w tej samej pozycji Tabeli kosztowej tylko kilkaset złotych. Bez wiedzy, jaki może być stosunek odpadów droższych w zagospodarowaniu względem tych tanich, wykonawca nie może prawidłowo skalkulować ceny ofertowej.
12. Taki opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, nie uwzględnia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w konsekwencji uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny w taki sposób, że odpowiadała warunkom rynkowym co do poszczególnych kodów odpadów.
13. Odwołujący podkreśla, że nieprecyzyjne sformułowanie OPZ ma bezpośrednie przełożenie na cenę oferty, którą będą proponowali wykonawcy. Należy zwrócić uwagę, że waga kryterium ceny łącznej oferty brutto została określona na 60% (por. rodz. II pkt 12 SWZ, s. 24 SWZ), ma więc niebagatelny wpływ na ostateczny wynik postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej.
14. Dodać przy tym należy, że uwzględniając specyfikę tego typu zamówień, Odwołujący nie oczekuje wskazania przez Zamawiającego dokładnej ilości odpadów danej frakcji (kodu) przewidzianych do odbioru, ale wskazania danych historycznych, na podstawie których wykonawca będzie mógł przeprowadzić własne szacunki.

#### **IV. Naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie raportów dziennych.**

15. Zamawiający wprowadził do SWZ obowiązek składania przez wykonawcę raportów dziennych, miesięcznych i rocznych z realizacji wykonywanych usług.
16. Zgodnie z pkt 6.15 i nast. OPZ wymogi dotyczące raportów dziennych są następujące:  
Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia raportów dziennych, które powinny zawierać dane dot.:  
*☐ ilości zebranych odpadów w podziale na frakcje,*

☒ *wszelkich niestandardowej sytuacji z możliwością zamieszczania dodatkowych informacji, które mogłyby mieć wpływ na dokumentację stanu spraw przy ewentualnych sporach sądowych,*

☒ *kwitach wagowych,*

*16) Raporty o których mowa powyżej mają być przesłane do Zamawiającego w następnym dniu roboczym do godziny 10:00 przy czym przez „dni robocze” przyjmuje się dni tygodnia od poniedziałku do piątku (lub inne dni pracujące dla Zamawiającego) z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy oraz dni wolnych od pracy u Zamawiającego.*

17. Wskazane tu zapisy OPZ dotyczące raportów dziennych są po pierwsze nieprecyzyjne. Wykonawca, co wyjaśniono powyżej, w celu realizacji zamówienia w ogóle nie musi zbierać odpadów. Wydaje się, że intencją Zamawiającego jest podawanie mu w raportach informacji o ilości odebranych od właścicieli nieruchomości w danym dniu odpadów komunalnych, ale jeśli taka jest intencja, zapis OPZ powinien brzmieć inaczej. Dalej Zamawiający pisze o „wszelkich niestandardowych sytuacjach” nie definiując, o jakie sytuacje może tu chodzić. Również dalsze rozwinięcie tego zapisu nie wiele wnosi do sprawy, skoro nie wiadomo, o jakie spory sądowe chodzi (między wykonawcą a zamawiającym, czy między zamawiającym a właścicielami nieruchomości). Wreszcie Zamawiający oczekuje kwitów wagowych, ale nie wiadomo, z jakiej wagi (gdzie zlokalizowanej). Czy chodzi tu o kwity z wagi, jaką wykonawca ma zamontować na bazie magazynowo – transportowej (o ile ma i o ile zakłada się, że każdy transport będzie przechodził przez bazę, tj. odpady nie będą wożone bezpośrednio na instalację, do czego wykonawca ma prawo), czy kwity wagowe z instalacji lub od zbierającego, do którego wykonawca będzie przekazywał odpady. Kwestia ta jest bardzo istotna, bowiem wykonawca musi wiedzieć, przed złożeniem ofert, jakie kwity wagowe będą od niego wymagane tak by z góry ułożyć logistykę odbiorów (która z kolei ma istotne znaczenie dla kosztów realizacji zamówienia). Obecny zapis OPZ jest ogólny i całkowicie niezrozumiały.
18. Nie można także nie dostrzec, że wykonawca ma przedkładać raporty do godziny 10. następnego dnia roboczego, co oznacza, że wykonawca dysponuje bardzo krótkim czasem na ich opracowanie. Biorąc pod uwagę krótkie terminy i ilość danych do przekazania, wykonawca musi założyć koszt zatrudnienia dodatkowego pracownika, a i być może wdrożenia jakiegoś rozwiązania informatycznego, które pozwoli na zbieranie, systematyzowanie, opracowanie i przekazywanie tego typu danych Zamawiającemu. Odwołujący nie wyklucza, że więksi wykonawcy mają tego typu rozwiązania elektroniczne, jednak dla mniejszych podmiotów jest to bardzo wysoki koszt.
19. Jednocześnie należy odnotować, że raporty, o których mowa, w odróżnieniu od raportów miesięcznych nie mają dodatkowych funkcji, w szczególności nie służą rozliczeniom stron. Zamawiający przewiduje jednak za naruszenie obowiązków związanych z ich przekazywaniem takie same kary, jak za naruszenia związane ze sporządzaniem raportów miesięcznych i rocznych. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy kary umowne są następujące: za przekazywanie Zamawiającemu nierzetelnych sprawozdań lub raportów (rocznych, miesięcznych i dziennych) w wysokości 2 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek. Strony ustalają, że kara nie będzie naliczana jeżeli błąd w sprawozdaniu lub raporcie będzie wynikać z oczywistej omyłki rachunkowej lub pisarskiej oraz za nieprzekazanie Zamawiającemu sprawozdań lub raportów w terminie wynikającym z umowy w wysokości 200,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.
20. Raportyienne, w świetle powyższego, stanowią więc w istocie wyłącznie narzędzie do nakładania na wykonawcę kar umownych i podwyższenia, w sposób nie mający żadnego uzasadnienia w potrzebach

Zamawiającego, kosztów realizacji zamówienia. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że Zamawiający nie oddeleguje swojego pracownika, który na bieżąco, tj. każdego dnia, będzie analizował raporty składane przez wykonawcę, a nawet jeśli to wnioski wynikające z tych analiz do niczego nie są Zamawiającemu potrzebne. Nawet jeśli wykonawca wpisze do raportu, że jednego dnia odebrał z gminy x Mg odpadów, a drugiego y Mg to tego typu wahania są naturalne i o niczym nie świadczą. Po co więc Zamawiającemu dane zbierane z taką częstotliwością?

21. Wykonawca wnosi więc o zmianę raportów dziennych na raporty tygodniowe, wskazując, że raporty składane w takich cyklach są równie dobrym narzędziem do bieżącej kontroli realizacji zamówienia przez wykonawcę, a nawet lepszym od raportów dziennych bo pozwalają na łatwiejsze ustalenie pewnych wzorców i odchyień od nich nie mających charakteru normalnych zmian w strukturze odpadów. Jeśli by zaś miały pozostać raporty dzienne, Odwołujący wnosi co najmniej o wydłużenie czasu na ich przedstawienie do godz. 15. następnego dnia roboczego.

#### **IV. Naruszenie art. 353 (1) kc i art. 487 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp, oraz art. 99 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie do PPU rażąco wygórowanej kary umownej**

22. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 3) PPU kara umowna będzie naliczana „za przekazywanie Zamawiającemu nierzetelnych sprawozdań lub raportów (rocznych, miesięcznych i dziennych) w wysokości 2 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek. Strony ustalają, że kara nie będzie naliczana jeżeli błąd w sprawozdaniu lub raporcie będzie wynikać z oczywistej omyłki rachunkowej lub pisarskiej”, natomiast zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 5) PPU, wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne 5) za nieodebranie odpadów w ustalonym terminie reklamacyjnym, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wysokości:
  - a) dla nieruchomości o zabudowie jednorodzinnej w wysokości 500,00 zł,
  - b) dla nieruchomości o zabudowie wielorodzinnej w wysokości 1 000,00 zł”.
23. W ocenie Odwołującego kary umowne zaproponowane przez Zamawiającego po pierwsze są nieadekwatne do wskazanych naruszeń i rażąco wygórowane.
24. Co do kary umownej za nieodebranie odpadów w ustalonym terminie reklamacyjnym należy wskazać, że Zamawiający ani w SWZ ani w PPU nie przewidział żadnych warunków rozpatrywania reklamacji, nie przewidział terminów, które miałyby być dochowane, ani warunków uwolnienia się od odpowiedzialności przez wykonawcę.
25. Przypomnieć przy tym należy, że kara może dotyczyć nieodebrania w ww. terminie odpadów z jednej nieruchomości. Właściciel nieruchomości jednorodzinnej zapewne w ciągu roku nie zapłaci gminie 500 zł opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, tymczasem już za jeden dzień zwłoki w odbiorze odpadów kara ta właśnie tyle wyniesie. Już więc po jednym dniu kara może być wyższa niż całkowita opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi z danej nieruchomości, która poza kosztami odbioru odpadów, służy pokryciu kosztów zagospodarowania odpadów, kosztów działań edukacyjnych i administrowania systemem przez gminę. Jednocześnie właściciel nieruchomości, ani nawet sama gmina, nie poniesie z tego tytułu żadnej wymiernej szkody. Analogicznie podejść należy do nieruchomości wielorodzinnych.
26. Co do kary za nierzetelne sprawozdania, wskazać należy, że kara ta została ustalona „na sztywno”, tj. należy się w takiej samej wysokości, niezależnie od rodzaju „nierzetelności”. Niezależnie więc od tego, czy wykonawca pomylił się przy podawaniu jednej wartości, czy kilkunastu, kara będzie taka sama. Taka

sama kara będzie naliczana za każde sprawozdanie, mimo iż cele, jakim służą różne sprawozdania są różne. W przypadku raportu miesięcznego, dokument ten służy wzajemnym rozliczeniom stron, a więc nierzetelność może na te rozliczenia mieć wpływ. Tymczasem, raporty dzienny, o czym szerzej powyżej, w zasadzie nie ma żadnego celu, a umowa nie przewiduje procedury jego uzgadniania. Te raporty mają charakter wyłącznie informacyjny, a co za tym idzie nierzetelność w nim, zwłaszcza usunięta w ramach raportu miesięcznego, nie może być źródłem nawet potencjalnej szkody dla Zamawiającego.

27. Kara umowna w takim kształcie, w jakim obecnie jest ukształtowana, będzie więc miała w wielu przypadkach charakter rażąco wygórowany i nieproporcjonalny do wagi, charakteru i zakresu zobowiązania, któremu wykonawca uchybił.
28. Pamiętać należy, że zgodnie z art. 483 § 1 KC, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jednocześnie zgodnie z art. 484 § 1 KC, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.
29. Jak wskazuje się jednak w orzecznictwie Izby, *jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (353<sup>1</sup> KC) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 KC). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353<sup>1</sup> KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych.*
30. *W kontekście powyższego podkreślić należy, iż kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałyby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia. (tak: wyrok KIO z dnia 16 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2296/20).*
31. W niniejszej sprawie, ze względów opisanych powyżej, kara przewidziana przez Zamawiającego jest rażąco wygórowana i nieadekwatna do sytuacji, w jakiej może zostać naliczona.

**V. Naruszenie art. 439 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353(1) kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez niewłaściwe określenie mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia**

32. Jak wskazuje się w doktrynie, „*Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Zapewnia niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniającą możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Zapobiega obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych. (...) Stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy*” (tak M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz).
33. Klauzula waloryzacyjna wprowadzona przez Zamawiającego do § 9 PPU tak określonych celów nie spełnia.
34. Zamawiający w §9 ust. 2 PPU wskazał bowiem, że „*Pierwsza waloryzacja może nastąpić po upływie 12 miesięcy licząc od dnia 1.07.2024 r., a kolejna nie wcześniej niż po 1.01.2026 r.*”
35. Już na wstępie Zamawiający znacznie ogranicza możliwość waloryzacji wynagrodzenia opóźniając ją o 12 miesięcy liczonych od lipca 2024r. Przy założeniu, że pierwsza waloryzacja odbędzie się dokładnie po 12 miesiącach, czyli 1.07.2025 r., a wykonawca będzie kalkulował koszty realizacji zamówienia jeszcze wcześniej, wykonawca w lutym 2024r. musi oszacować, jak będą kształtowały się koszty realizacji zamówienia praktycznie za półtora roku. Biorąc pod uwagę, jak często zmieniają się w ostatnich miesiącach koszty realizacji tego typu zamówień i jak często występują ich wahania, jest obiektywnie niemożliwe. Takie ukształtowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie spełnia więc celów tego typu klauzul, jedynie bowiem formalnie mamy do czynienia z wypełnieniem obowiązków ustawowych, w praktyce zaś wykonawca przez szereg miesięcy nie będzie mógł z klauzuli skorzystać, a więc musi przyjąć na siebie podwyższone ryzyko gospodarcze.
36. Idąc dalej w §9 ust. 3 PPU Zamawiający określił szczegółowe warunki waloryzacji wynagrodzenia w zależności od zmiany średniej ceny paliwa. Zgodnie z tym postanowieniem „*Waloryzacja może nastąpić w przypadku, gdy średnia cena paliwa (Olej Napędowy Ekodiesel) opublikowana przez PKN Orlen, wrośnie lub zmaleje co najmniej o 10% względem ceny paliwa (Olej Napędowy Ekodiesel) na dzień złożenia oferty (weryfikacja na ostatni dzień 12 miesiąca) o:*
- 1) co najmniej 10% jednakże nie więcej niż o 10,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 2 do umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,3%,*
  - 2) co najmniej 10,6% jednakże nie więcej niż o 11% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 2 do umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,4%,*
  - 3) co najmniej 11,1% jednakże nie więcej niż o 11,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 2 do umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,5%,*
  - 4) co najmniej 11,6% jednakże nie więcej niż o 12% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 2 do umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,6%,*
  - 5) co najmniej 12,1% jednakże nie więcej niż o 12,5 % to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 2 do umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,7%,*
  - 6) co najmniej 12,6% jednakże nie więcej niż o 13 % to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 2 do umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,8%,*

7) co najmniej 13,1% jednakże nie więcej niż o 13,5 % to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 2 do umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,9%,

8) co najmniej 13,6% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w załączniku nr 2 do umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1%.”

37. Analizując cytowane PPU należałoby dojść do wniosku, że waloryzacja określona w niniejszej sprawie będzie wynosiła maksymalnie 1 %, bo przy średniej cenie paliwa wyższej niż 13,6 % od ceny na dzień otwarcia ofert Zamawiający nie przewidział już kolejnych progów procentowych co do waloryzacji. Odnosząc się do tego należy po pierwsze wskazać, że cena paliwa jest tylko jednym z wielu czynników kosztowych. Czynnikiem ten odgrywa przy tym istotną rolę przy kosztach odbioru odpadów. Przy zagospodarowaniu koszt ten gra prawie żadnego znaczenia. Z założenia więc klauzula dotyczy tylko jednego czynnika cenotwórczego, a więc w zakresie najistotniejszych ryzyk – ryzyka wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów, wykonawca nie może liczyć na waloryzację i całość ryzyka (możliwego do przewidzenia) musi objąć swoją ofertą. Jednak nawet w zakresie wzrostów kosztów paliwa, ryzyko, jakie bierze na siebie Zamawiający jest bardzo ograniczone. Po pierwsze, wzrost kosztów paliwa nie jest liczony narastająco, jeśli więc w miesiący liczenia waloryzacji nie będzie dużej różnicy kosztów, waloryzacja nie będzie liczona, nawet jeśli przez pozostałe 11 miesięcy będą występowały duże różnice. Po drugie, wzór zakłada max pułap wzrostu cen na poziomie 13,6%. Jeśli cena wzrośnie więcej wykonawca i tak nie otrzyma waloryzacji wynagrodzenia. Tymczasem ryzyko wzrostu cen o wyższy wskaźnik, nie dość, że występuje, to wykonawca nie może się przed wystąpieniem tego ryzyka w żaden sposób zabezpieczyć.
38. W okresie stabilizacji gospodarczej, przy niskim poziomie inflacji, waloryzacja w wysokości do 1% (bo taką de facto założył Zamawiający) może byłaby rozwiązaniem korzystnym dla wykonawcy. Jednakże obecnie mamy do czynienia z bardzo wysokim i do tego szybko zmieniającym się poziomem inflacji. Główny Urząd Statystyczny 5 stycznia 2024 r. podał przykładowo, że **w grudniu 2023 r. inflacja wyniosła 6,1% w ujęciu rok do roku. Inflacja jest obecnie najwyższa od ponad 20 lat i na dzisiaj trudno przewidzieć jak będzie kształtowała się sytuacja w tym obszarze. Warto przy tym odnotować, że z uwagi na sytuację pandemiczną oraz kryzys energetyczny koszty niektórych dóbr, zwłaszcza paliw, rosną w tempie wyższym niż inflacja. Sytuacja ta uległa istotnemu pogorszeniu na skutek wojny na Ukrainie i nie sposób obecnie ustalić, jak sytuacja ta będzie zmieniać się w kolejnych miesiącach czy latach, przy czym prognozy ekonomistów w tym zakresie nie są pozytywne.**
39. Przy tak niskim maksymalnym poziomie waloryzacji (odnoszącym się tylko do jednego czynnika kosztowego) i w sytuacji rynkowej, z jaką mamy obecnie do czynienia, klauzula waloryzacyjna nie pełni więc swojego zadania. Nie dzieli ona bowiem w sposób uczciwy ryzyka gospodarczego pomiędzy Zamawiającego a wykonawcę, lecz większość tego ryzyka, w tym ryzyka będącego skutkiem działań wojennych prowadzonych na Ukrainie, przerzuca na wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

---

r.pr. Katarzyna Skiba – Kuraszkiewicz

**Załączniki:**

- Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- Odpis KRS,
- Dowód wniesienia opłaty od odwołania, Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.