

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp.j.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Kancelaria Prawna Schampera,
Dubis, Zając i Wspólnicy sp. j.

ul. Kazimierza Wielkiego 3
50-077 Wrocław, Polska
E-Mail: wroclaw@sdzlegal.pl
Tel: +48 71 326 51 40
Fax: +48 71 326 51 41

www.schindhelm.com

Sąd Rejonowy
dla Wrocławia Fabrycznej
VI Wydział Gospodarczy KRS
KRS: 0000888560
NIP: 895-17-80-757
REGON: 932832704

Biuro:
Wrocław

Telefon:
0048 71 326 51 40

E-Mail:
wroclaw@sdzlegal.pl

Wrocław, dnia 10 lutego 2025 r.

Odwołujący: **RDF sp. z o.o.**, ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców pod numerem KRS: 0000398025,
zastępowana przez radcę prawnego Magdalenę Kacalę, adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp. j., ul. Kazimierza Wielkiego 3, 50-077 Wrocław, tel.: (71) 326 51 40, fax: (71) 326 51 41,
e-mail: wroclaw@sdzlegal.pl; magdalena.kacala@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Gmina Dąbrówka**, ul. Tadeusza Kościuszki 14, 05-252 Dąbrówka, e-mail: zamowienia@dabrowka.net.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka*”, numer referencyjny: ZRS.271.1.1.2025

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2025 r. pod numerem: 63434-2025, Numer wydania: Dz.U. S: 20/2025



ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – **RDF sp. z o.o.**, w oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej jako „Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”, oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostało wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:

- 1) **naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 114 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale VI SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać instalację komunalną do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, działającą na podstawie wymaganych przepisami prawa zezwoleń, w sytuacji, gdy tylko posiadanie odpowiedniej instalacji pozwoli na zagospodarowanie wszystkich kodów odpadów objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, w tym w ramach zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk (katalog odpadów niemożliwy do ustalenia na obecnym etapie), a tylko taki warunek pozwoli na zapewnienie osiągnięcia celów Zamawiającego w Postępowaniu;
- 2) **naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 114 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale VI SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, biorąc pod uwagę konieczność zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk (katalog odpadów niemożliwy do ustalenia na obecnym etapie);
- 3) **naruszenie art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.”), która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 października 2025 r. Pomimo tego, że treść aktu prawnego jest znana wykonawcom, to nie są jeszcze znane konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów np. co do wielkości i jakości strumienia, co ma wpływ na realizację zamówienia i jego koszty. Zamawiający nie zawarł we Wzorze Umowy postanowień, które pozwalałyby na jej dostosowanie do nowych warunków, w których



wykonawca będzie świadczył usługę (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy), co narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć – powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych;

- 4) **naruszenie art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że w §14 ust. 4 pkt 1, 2, 3, 4 Wzoru Umowy stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy uzależnione od 5% zmiany wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa GUS, a dodatkowo globalnie ograniczono maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia do 20% wysokości cen jednostkowych brutto, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt niski, aby urzeczywistniał cel klauzuli, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego w ramach tzw. klauzuli waloryzacyjnej tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.
- 5) **naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 106 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.” i w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tzw. poziomów recyklingu, o których mowa § 1 ust.1 Wzoru Umowy, w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj.:
- a) znanego Zamawiającemu problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”,
 - b) najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce,
 - c) wdrożonego w okresie realizacji umowy tzw. „systemu kaucyjnego”, który w sposób niewątpliwie wpłynie na ilość i morfologię odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy),

czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w wysokości 55% w 2025 r., 56% w 2026 r. oraz 57% w 2027 r. (okres realizacji zamówienia to 30 miesięcy), sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej, (§ 11 ust. 3 Wzoru Umowy), co z kolei narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty, a co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny)

- 6) **naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c.** poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§ 11 ust. 3 Wzoru Umowy) **w wysokości rażąco wygórowanej**, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła” (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na surowce) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 11 ust. 3 Wzoru Umowy, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;
- 7) **naruszenie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale VII SWZ przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, przez co Zamawiający dopuszcza udzielenie zamówienia wykonawcom nierzetelnym, którzy, z przyczyn leżących po ich stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonali lub nienależycie wykonali albo długotrwale nienależycie wykonywali istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania – co poważnie zagraża realizacji niniejszego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w niniejszym odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

- 1) **Ad. zarzut z pkt 1** - zmiany w Rozdziale VI SWZ poprzez dodanie warunku udziału w Postępowaniu: „wykonawca musi posiadać instalację komunalną do zagospodarowania



zmieszanych odpadów komunalnych, działającą na podstawie wymaganych przepisami prawa zezwoleń”;

- 2) **Ad. zarzut z pkt 2** - zmiany w Rozdziale VI SWZ poprzez dodanie warunku udziału w Postępowaniu: „*wykonawca musi posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach*”;
- 3) **Ad. zarzut z pkt 3** - wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 października 2025 r., które z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) **Ad. zarzut z pkt 4** - zmiany §14 ust. 4 Wzoru Umowy poprzez zmianę klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel klauzuli i pozwalał na dostosowanie Umowy do zmieniającej się sytuacji gospodarczej, tj.:
 - a) zmniejszenie wysokości zmiany wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa GUS do 3%,
 - b) zwiększenie maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 30% wysokości cen jednostkowych wynagrodzenia brutto.
- 5) **Ad. zarzut z pkt 5** - wykreślenia § 11 ust. 3 Wzoru umowy;
- 6) **Ad. zarzut z pkt 6** - wykreślenia § 11 ust. 3 Wzoru umowy;
- 7) **Ad. zarzut z pkt 7** - zmiany w Rozdziale VII SWZ poprzez dodanie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej niewskazane wprost w żądaniu, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania Odwołującego – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Termin

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp: *odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.* Dokumenty zamówienia zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 29 stycznia 2025 r. - Odwołujący dochował zatem terminu na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 515 Pzp.

Interes



Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia. Tymczasem Odwołujący, jako podmiot działający w branży odbioru odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co wypełnia materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie formułowania obowiązków umownych, w tym kar umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, czym godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto, takie postanowienia SWZ, prowadzą do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia (tak np. KIO 1987/21).

UZASADNIENIE

I. Istotne okoliczności faktyczne

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest o odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka (dalej jako „Postępowanie”).
2. Już na wstępie Odwołujący wskazuje, że opublikowane przez Zamawiającego dokumenty zamówienia przygotowane zostały w sposób nieprawidłowy, nieprecyzyjny i uniemożliwiający prawidłowe skalkulowanie i sporządzenie oferty przez wykonawców. Ponadto sposób ukształtowania przez Zamawiającego postanowień umownych, przenoszący w sposób nadmierny ryzyka kontraktowe na wykonawcę, przy jednoczesnym braku dostosowania Wzoru Umowy do niestabilnej sytuacji gospodarczej, wskazuje dodatkowo na niezgodność działań Zamawiającego z zasadami współżycia społecznego, nadużycie przez niego pozycji dominującej w Postępowaniu i wpływa zawężająco na konkurencję w Postępowaniu. W świetle powyższego wniesienie niniejszego odwołania jest w konieczne i w pełni uzasadnione.

II. Zarzut nr 1 – warunek dot. instalacji do zagospodarowania odpadów



3. Zamawiający zaniechał wprowadzenia w Rozdziale VI SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać instalację komunalną działającą na podstawie wymaganych przepisami prawa zezwoleń. Jednakże, tylko w ten sposób Zamawiający zapewni realizację zamówienia zgodnie z przepisami prawa.
4. Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: *prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów **wymaga uzyskania zezwolenia.***
5. Zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: *Instalacją komunalną jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniająca:*
 - 1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub
 - 2) (uchylony)
 - 3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.
6. Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: *Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest **obowiązany** przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne **do instalacji komunalnej** zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4.*
7. **Jednakże, Zamawiający nie odniósł się w formułowanych warunkach do kwestii zagospodarowania odpadów, która jest nie mniej istotna niż sam odbiór i transport odpadów. W takiej sytuacji, kwestia zezwolenia na przetwarzanie odpadów w ogóle nie będzie weryfikowana na etapie postępowania o udzielenia zamówienia. Powoduje to, że warunek w obecnym brzmieniu dopuszcza do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie dysponują uprawnieniami do realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa – jest bowiem oczywiste, że wykonawca musi mieć uprawnienie do zagospodarowania odpadów.**
8. Co ważne – zgodnie z art. 27 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: *Jeżeli wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów przekazuje odpady następnemu posiadaczowi odpadów, który posiada decyzję wymienioną w ust. 2 pkt 1 **[zezwolenie na zbieranie***



odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów] lub 2 albo posiada wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. a, odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami, z chwilą ich przekazania, przechodzi na tego następnego posiadacza odpadów.

9. Zgodnie z art. 194 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: *Administracyjną karę pieniężną wymierza się za: (...) zlecenie wykonywania obowiązku gospodarowania odpadami podmiotom, które nie uzyskały wymaganych decyzji lub wymaganego wpisu do rejestru, wbrew przepisom art. 27 ust. 2. Zgodnie z art. 194 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: Administracyjna kara pieniężna za naruszenia, o których mowa w ust. 1, wynosi nie mniej niż 1000 zł i nie może przekroczyć 1 000 000 zł.*
10. **Zatem, jeśli Zamawiający pozwoli, by odpady odbierał podmiot nieposiadający odpowiednich uprawnień, odpowiedzialność za np. nieprawidłowo zagospodarowane odpady nie zostanie przekazana odbiorcy, tylko będzie ciążyła na Gminie, która może być obciążana administracyjną karą pieniężną w wysokości do 1 000 000 zł!**
11. Ponadto, Odwołujący wskazuje, że taki warunek udziału w Postępowaniu nie ograniczy nadmiernie konkurencji w Postępowaniu, ponieważ każdy wykonawca odbierający odpady, może zawrzeć umowę konsorcjum z podmiotem prowadzącym instalację i złożyć ofertę w Postępowaniu. W ten sposób, interes Zamawiającego będzie zabezpieczony, ponieważ podmiot prowadzący instalację będzie solidarnie zobowiązany za realizację zamówienia.
12. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp: *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób **proporcjonalny** do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*
13. Zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp: *w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące **niezbędnego** wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.* Innymi słowy, Zamawiający powinien określać warunki udziału w Postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie niezbędnym do jego prawidłowej realizacji. **Warunek dot. posiadania instalacji komunalnej spełnia te wymogi.**
14. W tym stanie rzeczy zarzut postawiony w pkt 1 *petitum* odwołania, jest w pełni zasadny.



III. Zarzut nr 2 – warunek dot. zezwolenia na zbieranie odpadów

15. Odwołujący wnosi o wprowadzenie w Rozdziale VI SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.
16. Obecnie w Rozdziale VI ust. 2 pkt 2 lit b) SWZ jest warunek w brzmieniu: „*posiada **wpis do bazy BDO w zakresie zbierania i transportu wszystkich odpadów wskazanych w SWZ** (art. 49 ustawy o odpadach, z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2023, poz. 1587) - przez cały okres świadczenia usługi, umożliwiający realizację zamówienia*”.
17. Odwołujący wyjaśnia, że wpis w BDO, nie stanowi źródła uprawnień dla zbierania odpadów (w przeciwieństwie do wpisu w zakresie transportu odpadów). Co do zbierania odpadów, źródłem uprawnień jest decyzja administracyjna - zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach – w zakresie zbierania odpadów w BDO może znaleźć się informacja o fakcie, że dany podmiot posiada zezwolenie na zbieranie odpadów, ale należy weryfikować to konkretne zezwolenie, a nie odzwierciedlający je wpis w BDO, który może być błędny lub nieaktualny.
18. Zatem, aktualne brzmienie warunku określonego w Rozdziale VI ust. 2 pkt 2 lit b) SWZ, jest nieprecyzyjne i nie realizuje swojej roli.
19. Odwołujący wskazuje, że wprowadzenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zezwolenia na zbieranie odpadów, jest uzasadnione oceną uprawnień oraz zdolności technicznych niezbędnych do realizacji zamówienia, uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i pozwala na rzetelną weryfikację wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w Postępowaniu, z zastosowaniem zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.
20. Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: *prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia*. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 tej ustawy „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, o którym mowa w pkt 5 lit. b*. **Ponadto, Odwołujący powołuje się na argumentację przedstawioną w ppkt 10 uzasadnienia niniejszego odwołania, która w pełni znajduje tu zastosowanie – konsekwencje przekazania odpadów dla Zamawiającego będą ograniczone tylko wtedy, gdy przekaże odpady Mieszkańców uprawnionemu podmiotowi.**

21. Zamawiający powinien zweryfikować posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów, uwagi na to, że są to minimalne ustawowe wymogi do realizowania przedmiotu zamówienia, a jeśli wykonawca nie dysponuje tymi uprawnieniami, nie może realizować zamówienia. Stanowi to wyraz zasady proporcjonalności oraz zasady efektywności, zgodnie z którą Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację. Tymczasem proporcjonalne i pozwalające na weryfikację wykonawców warunki udziału w Postępowaniu, dają rzeczywiste narzędzia do weryfikacji wykonawców, którzy będą mogli złożyć oferty w postępowaniu.
22. W tym stanie rzeczy, zarzut postawiony w pkt 2 *petitum* odwołania jest w pełni zasadny.

IV. Zarzut nr 3 – dotyczący systemu kaucyjnego

23. Odwołujący żąda wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy, w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty, skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 października 2025 r. Na etapie składania ofert, wykonawcom znana jest treść aktu prawnego, ale nie są znane ani możliwe do przewidzenia konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów. Przepisy te z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy - w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy.
24. Nowelizacja u.g.o. wprowadziła m.in. nowe przepisy do ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (Dz.U. z 2023 r. poz. 1658, j.t. ze zm., dalej jako „u.g.o.”), przede wszystkim w nowym Rozdziale 6b „System kaucyjny”. **Dodatkowo, obecnie trwają prace nad zmianą tych przepisów – jednak zmiany te nie znane wykonawcom.**
25. Nowelizacja u.g.o. dostosowuje polskie prawo do rozwiązań obowiązujących w Unii Europejskiej. Od 1 października 2025 r. wprowadzony zostanie system kaucyjny na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. **Kluczowe dla nowego systemu kaucyjnego, jest wprowadzenie zasady, że sklep będzie naliczał mieszkańcowi kaucję za opakowanie (np. za butelkę PET), a kaucja ta będzie zwracana mieszkańcowi przy zwrocie**

opakowania do sklepu, czy tzw. butelkomatu. To jednostka handlowa będzie zbierała odpady komunalne PET – nie trafią one do tzw. żółtego pojemnika i nie zostaną odebrane i zagospodarowane przez wykonawcę.

26. Jak wskazano na stronie internetowej Ministerstwa Klimatu i Środowiska: „Obecnie **znaczna część odpadów powstających z opakowań, które planuje się objąć systemem kaucyjnym, zbierana jest razem z innymi odpadami komunalnymi w systemie gminnym**. Nowe rozwiązanie zwiększy poziom selektywnego zbierania, a w efekcie także recyklingu odpadów opakowaniowych i zmniejszy zaśmieszenie środowiska¹”. Oznacza to, że **strumień odpadów w ramach nowego systemu kaucyjnego pomniejszy strumień odpadów wykonawcy – a są to odpady nadające się do recyklingu i po ich odebraniu oraz wysegregowaniu, wykonawca osiąga z tytułu ich sprzedaży przychód.**
27. W uzasadnieniu projektu ustawy Nowelizacji u.g.o. (Druk Sejmowy nr 3380, Sejm IX Kadencji, projekt z dnia 15 czerwca 2023 r.), czytamy m.in., że:
- Polska ma „obowiązek zapewnienia selektywnego zbierania odpadów opakowaniowych powstałych z butelek jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje o pojemności do trzech litrów wraz z ich zakrętkami i wieczkami na poziomie 77% w 2025 r. oraz 90% w 2029 r.”;
 - „Wprowadzający produkty w opakowaniach na napoje oraz wprowadzający bezpośrednio produkty w opakowaniach na napoje, którzy będą tworzyć system kaucyjny, będą w ramach tego systemu obowiązani do (...) selektywnego zbierania opakowań i odpadów opakowaniowych w celu osiągnięcia wymaganych poziomów selektywnego zbierania opakowań i odpadów opakowaniowych”;
 - W związku z powyższym **odpady zebrane w danej gminie z jednostek handlu detalicznego i hurtowego oraz innych punktów zbierających opakowania i odpady opakowaniowe objęte systemem kaucyjnym, a następnie przekazane do recyklingu będą mogły zostać rozliczone w ramach sprawozdań gminnych**”.
28. Ustawodawca ma zatem pełną świadomość, że wprowadzenie zachęty finansowej (kaucji), zwiększy poziom selektywnego zbierania odpadów z tworzyw sztucznych, a także że **odpady te nie będą zbierane razem z innymi odpadami komunalnymi, ale uspokaja gminy, że będą mogły wliczyć sobie do swoich sprawozdań dotyczących tzw. poziomów recyklingu odpady odebrane w ramach systemu kaucyjnego.**

¹ Dostęp: <https://www.gov.pl/web/klimat/od-2025-roku-bedzie-obowiazywawal-w-polsce-system-kaucyjny-rzad-przyjal-nowelizacje-ustawy-o-gospodarce-opakowaniami-i-odpadami-opakowaniowymi>

29. Zarówno ustawodawca, jak i Zamawiający w niniejszym Postępowaniu, nie przewidzieli skutków owych przepisów dla trwającej umowy na odbiór i zagospodarowanie selektywnie zbieranych odpadów komunalnych. **Nie ulega wątpliwości, że wykonawca, po wejściu w życie systemu kaucyjnego, odbierze mniej odpadów komunalnych (mniej odpadów trafi do tzw. żółtego pojemnika). Dodatkowo, że strumienia odpadów wyłączone zostaną odpady o wysokiej wartości, nadające się do recyklingu (PET, opakowania szklane). W chwili obecnej, nie jest jednak możliwe wykazanie, udowodnienie, czy choćby uprawnienie wystąpienia konsekwencji Nowelizacji u.g.o. dla niniejszego zamówienia, dlatego Zamawiający powinien wprowadzić mechanizmy, które będą umożliwiały dostosowanie treści umowy do realiów prawnych i gospodarczych, które zaistnieją w okresie realizacji zamówienia.**
30. **Wprowadzenie systemu kaucyjnego wywrze skutki nie tylko dla wykonawcy i Zamawiającego, ale dla całego systemu naczyń połączonych, który tworzy gospodarkę odpadami komunalnymi.** Zdecydowana większość sortowni i instalacji w Polsce nie jest dostosowana do omawianych tu zmian – tj. do przetwarzania strumienia selektywnie zebranych odpadów bez butelek PET, metalowych puszek czy też szklanych butelek opakowaniowych – które to w znacznym stopniu zostaną objęte systemem kaucyjnym. Wszystko to generuje ryzyko zwiększenia cen za zagospodarowanie odpadów z uwagi na zachwianie popytu i podaży na surowce wtórne oraz koszty wprowadzenia zmian technologicznych w sortowniach czy instalacjach. **Nowe rozwiązania mogą znacząco wpłynąć na cały rynek gospodarki odpadami, w tym na koszty realizacji zamówienia.**
31. Dodatkowo, należy wziąć pod uwagę, że zmiany nie zostaną wprowadzone „z dnia na dzień” w nocy z 31 września 2025 r. na 1 października 2025 r., ale że rozwiązania te są wprowadzane od teraz sukcesywnie, w miarę bieżących możliwości – system kaucyjny już teraz jest stosowany fakultatywnie.
32. Odwołujący zauważa także, że konsekwencje systemu kaucyjnego, mogą przybrać efekt zupełnie niespodziewany, niemożliwy do przewidzenia, pomimo tego, że akt prawny jest już znany. Zamawiający, co prawda w § 14 ust. 3 pkt 4 Wzoru Umowy, przewidział przesłanki zmiany umowy odnoszące się do „*zmian w zawartej Umowie w przypadku gdy konieczność zmian wynika ze zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa, prawomocnych orzeczeń lub ostatecznych aktów administracyjnych właściwych organów - w takim zakresie, w jakim będzie to niezbędne w celu dostosowania Umowy do zaistniałego stanu prawnego lub faktycznego oraz w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, wpływają na należyte wykonanie tej umowy*”, ale **choć w czasie realizacji zamówienia przepisy mogą się nie zmienić, to system kaucyjny istotnie wpłynie na sposób świadczenia usługi. Zamawiający natomiast zupełnie pomija tę okoliczność, co powoduje, że**

wykonawca musi uwzględniać dodatkowo niepotrzebnie kolejne ryzyka w cenie ofertowej, czego można byłoby uniknąć, gdyby Zamawiający wprowadził omawiane tu przesłanki zmiany umowy do Wzoru Umowy.

33. Ponadto, zasada przejrzystości postępowania wymaga, aby wydatkując środki publiczne, Zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Zasadom tym przeczy sytuacja, w której wykonawcy muszą wycenić w ofercie ryzyka multiplikowane bezzasadnie przez Zamawiającego.
34. W konsekwencji powyższego, doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.
35. Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty.
36. Z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp wynika, że Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – a więc także uwzględniając system kaucyjny, który ma bardzo istotny wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie umowy. **Oferty składane przy Wzorze Umowy o aktualnej treści będą nieporównywalne, ponieważ każdy wykonawca inaczej wyceni ryzyko wynikające z wejścia w życie systemu kaucyjnego.** Dodatkowo, art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp art. 439 ust. 1 Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia przesłanek do zmiany umowy, które są precyzyjne, jednoznaczne, określają rodzaj i zakres zmian oraz warunki wprowadzenia zmian, czego Zamawiający zaniechał.
37. W tym stanie rzeczy, zarzut postawiony w pkt 3 *petitum* odwołania jest w pełni zasadny.

V. Zarzut nr 4 – klauzula waloryzacyjna

38. Zgodnie z § 14 ust. 4 Wzoru Umowy:

pkt 1) Zmiana wynagrodzenia może mieć miejsce w sytuacji kiedy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%. Waloryzacja będzie dokonana poprzez zmianę wysokości cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 (oraz odpowiednio wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy) o wysokość opublikowanego wskaźnika inflacji przez GUS obowiązującego na dzień podpisania aneksu. Za podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, Strony Umowy przyjmują wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 65, poz. 545, z późn. Zm.) - zwany dalej wskaźnikiem GUS; początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowi data zawarcia Umowy; jeżeli Umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert,

pkt 2) pierwsza waloryzacja może nastąpić nie wcześniej niż 6 miesiącach od daty zawarcia umowy,

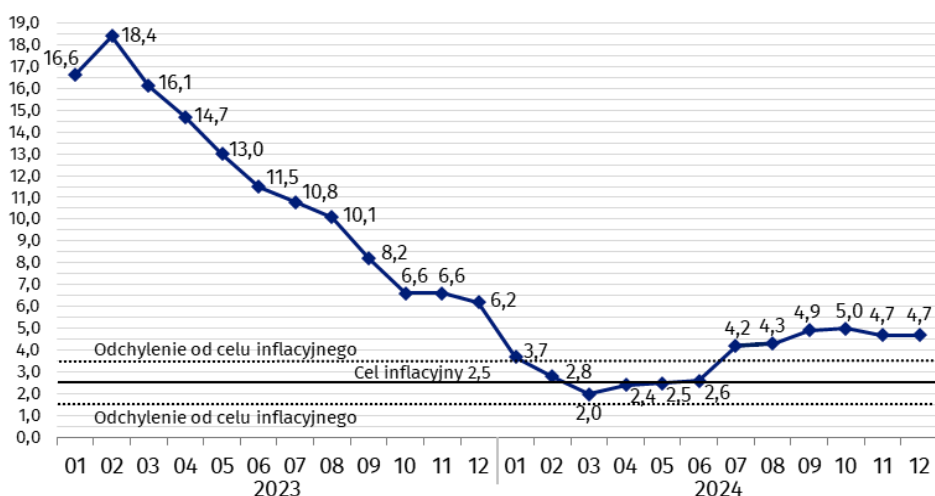
pkt 3) ewentualna druga i następne waloryzacje będą możliwe na analogicznych warunkach jak w pkt poprzedzających, w przypadku, gdy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%, nie wcześniej, niż po upływie 6 miesięcy od dnia dokonania poprzedniej waloryzacji,

pkt 4) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 20% wysokości cen jednostkowych brutto, o których mowa w §3 ust. 2 Umowy.

39. W ocenie Odwołującego, założenia Zamawiającego, nie przystają do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Zgodnie z komunikatami GUS, ceny towarów i usług konsumpcyjnych w grudniu 2024 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku **wzrosły o 4,7%** (przy wzroście cen usług – o 6,6% i towarów – o 4,0%). W stosunku do poprzedniego miesiąca ceny towarów i usług utrzymały się przeciętnie na poziomie zbliżonym do zanotowanego przed miesiącem (przy wzroście cen usług – o 0,1% i utrzymujących się na tym samym poziomie cenach towarów). Wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych w 2024 r. w stosunku do roku poprzedniego **wyniósł 3,6%**. **Odwołujący podkreśla, że inflacja na poziomie nawet 4% w skali roku, to nadal bardzo wysoki poziom wzrostu cen, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę czas trwania przedmiotowego zamówienia – z założenia**

opiewającym na 30 miesięcy świadczenia usługi. Dokonując waloryzacji co 6 miesięcy, w ostatnim roku może nie wystarczyć środków na dokonanie kolejnych zmian wynagrodzenia, kiedy Zamawiający ograniczył globalną wartość zmiany ceny do 20% wysokości cen jednostkowych brutto – a każda zmiana będzie np. na poziomie 5%.

40. Zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego (w %) przedstawiają się następująco:



Dowód: strona internetowa GUS: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-w-grudniu-2024-roku,2,158.html>

41. Co więcej, Odwołujący zwraca uwagę na niespójność samego Zamawiającego, który z jednej strony warunkuje możliwość ubiegania się o waloryzację od zaistnienia sytuacji, w której nastąpił już 5% wzrost wskaźnika cen towarów i usług, na bazie których realizowana będzie usługa, a z drugiej strony ogranicza maksymalny (w skali 2,5 rocznego kontraktu) poziom waloryzacji do zaledwie maksymalnych 20% wysokości każdej ceny jednostkowej (stawki) za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów w ujęciu całkowitym. Zakładając więc, że w każdym półroczu ceny wzrastałyby np. o 6 %, to w ostatnim półroczu wykonawca nie miałby już możliwości w pełnym zakresie dostosować wysokości wynagrodzenia do wzrastających cen. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien konsekwentnie przewidywać odpowiednio zwiększone maksymalne poziomy waloryzacji, tj. na poziomie ok. 30%. Tymczasem, sytuacja z jaką mamy do czynienia obecnie, powoduje, że klauzula waloryzacyjna ma charakter wręcz pozorny, tzn. z jednej strony wskaźnik inflacji ustalony jest na stosunkowo wysokim poziomie, a z drugiej strony mamy zbyt niskie limity maksymalnej waloryzacji, czyli jeżeli ceny wzrastałyby

o 4%, to wykonawca i tak nie miałby możliwości uzyskania pełnej rekompensaty związanej z wzrostem kosztów realizacji kontraktu.

42. Wykonawca nie wie i obiektywnie nie ma możliwości pozyskania wiedzy co do tego, w jaki sposób, przez cały okres realizacji zamówienia, kształtować się będzie poziom cen, więc wszelkie rozważania co do sytuacji gospodarczej w kraju w najbliższych latach, są mocno niepewne. **Mając na uwadze dynamicznie zmieniającą się sytuację gospodarczą, ale też okres realizacji zamówienia, Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający powinien być wziąć pod uwagę powyższe okoliczności i stworzyć Wzór Umowy w taki sposób, aby umowa mogła zostać elastycznie dostosowana do aktualnej rzeczywistości gospodarczej. W ocenie Odwołującego reakcja ta powinna być „naturalna”, tj. odpowiadająca faktycznym wahaniom cen, a nie sztucznie uzależniona od przekroczenia procentowego progu zmiany ceny i w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawcy limitowana (stąd postulat podniesienia limitu maksymalnej waloryzacji do poziomu 30%).**
43. **Odwołujący ma świadomość, że Zamawiający musi wskazać we Wzorze Umowy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz maksymalny poziom waloryzacji, ale poziomy te muszą być adekwatne do sytuacji rynkowej, a nie sztucznie ukształtowane, po to, aby unicestwić właściwą waloryzację, czyli zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na realny wzrost cen.**
44. Zdaniem Odwołującego, ideą waloryzacji powinno być nie to, żeby ją maksymalnie utrudnić wykonawcy, ale żeby uelastyczyć umowy o zamówienie publiczne i dostosowywać je do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej po to, żeby wykonawcy nie musieli (w momencie składania ofert) zawyżać cen jednostkowych na wypadek większych wzrostów cen. Nie chodzi więc o to, żeby maksymalnie zawyżać minimalne poziomy wzrostu cen, które będą umożliwiały ubieganie się przez wykonawcę o waloryzację, jak również nie chodzi o to, żeby tę mocno limitować, bowiem takie działania ze strony zamawiających tylko zmuszają wykonawcę do tego, aby już na początku (w momencie składania ofert) zawyżał swoją cenę ofertową, mając świadomość tego, że zmiana tej ceny w trakcie realizacji umowy będzie bardzo trudna. Intencją klauzul waloryzacyjnych, o których mowa w przepisie art. 439 Pzp było to, żeby jej zapisy ułatwiały, a nie utrudniały dostosowanie umów do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Stąd, minimalny poziom cen wzrostu cen powinien być realny (oparty na aktualnie dostępnych wskaźnikach, a nie na historycznych), a maksymalne poziomy waloryzacji muszą być na tyle wysokie, żeby wykonawca miał gwarancję, że nawet jeżeli w trakcie realizacji kontraktu ceny wzrosną znacząco (np. w przypadku wyjątkowo pesymistycznego scenariusza wzrostu cen na poziomie np. 8-10% rocznie), to strony dostosują umowę do aktualnej sytuacji gospodarczej.

45. Jak przy tym podkreśla się w komentarzu do ustawy: *Wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć różne podłoże, to w art 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 6 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów) na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. (zob. red. H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, Wydanie II).*
46. Prawidłowo sformułowane klauzule waloryzacyjne pozwalają więc na dostosowanie umowy do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Nie służą one jakimukolwiek uprzywilejowaniu jednej ze stron umowy (zwłaszcza, że działają symetrycznie), a ich celem jest wyłącznie przywrócenie stosunku zobowiązaniowego do stanu pierwotnie uzgodnionego przez strony i zapobieżenie sytuacjom, gdzie wykonawcy zmuszeni są wręcz do zawyżania cen ofertowych (poprzez wkalkulowanie zbyt ryzyka wzrostu cen na zbyt dużym poziomie), co jest zjawiskiem niepożądanym z punktu widzenia finansów publicznych.
47. Klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp, ma kluczowe znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia, zatem jej postanowienia powinny być nie tylko precyzyjne, ale też adekwatne do celu, jakemu klauzula ma służyć. W tym kontekście **aktualne brzmienie klauzuli waloryzacyjnej celowi takiemu nie służy i świadczy wręcz o zachwianiu równowagi stron.**
48. Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 5 stycznia 2022 r.: *Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma*

*obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. **Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.** (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3600/21).*

49. W związku z tym, że projektowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie jest dostosowana do realiów kontraktu i zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, w ocenie Odwołującego nie odpowiada ona tym samym wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie, a co najmniej stanowi o pozornym ich wypełnianiu. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje także Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 353¹ k.c. i 5 k.c. Jak zauważa się w doktrynie „w art. 353(1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Dodatkowo zgodność czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami **zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy**” (Fuchs Bernadetta w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, art. 353-534, Wolters Kluwer Polska, 2018).
50. Odwołujący podkreśla, że poszanowanie ustawowo ustanowionej zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych, które już dziś pozwalają na przyjęcie za pewne, że inflacja w kolejnych miesiącach jest niemożliwa do przewidzenia.

51. Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *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 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.)*. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1283/20, LEX nr 3051333).
52. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności Odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Pzp ani k.c. Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Należy podkreślić, że istotą zasady efektywności jest osiąganie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. *best value for money*. Czynności i zaniechania Zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W świetle powyższego za zasadny uznać należy postulat Odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej.
53. Należy wskazać także na nieprawidłowe ukształtowanie przez Zamawiającego warunków zamówienia w zakresie dotyczącym przesłanek zmian umowy, który jest zapisem niekompletnym, tj. nie uwzględnia on aktualnej sytuacji geopolitycznej i kluczowych zdarzeń, które wpływają na realizację kontraktu, jego rentowność i ekwiwalentność świadczeń stron. W §11 Wzoru Umowy Zamawiający zamieścił zamknięty katalog okoliczności, które będą umożliwiały stronom dokonanie zmian umowy. W orzecznictwie sądów powszechnych zwraca się przy tym uwagę, że: *treść zasad współżycia społecznego nie jest zdefiniowana. Podkreśla się, że przy uwzględnieniu, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.), należy przyjąć, że odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa. Ujmując rzecz ogólnie, można*

przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania.” (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, sygn. akt: I ACa 454/20, LEX nr 3189604). Do takich reguł niewątpliwie należeć będą zasady słuszności, zasady uczciwego obrotu, zasady uczciwości czy zasady lojalności (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt: I ACa 1106/18, LEX nr 3122714). Odwołujący stoi więc na stanowisku, że odmowa wprowadzenia realnej i odpowiadającej istniejącym warunkom rynkowym klauzuli waloryzacyjnej, stanowić będzie próbę przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za niemożność realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie w warunkach siły wyższej, co jest działaniem moralnie nagannym i nieetycznym, całkowicie naruszającym zasadę równości stron postępowania, a w konsekwencji sprzecznym z zasadami współżycia społecznego.

54. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnoś ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia. Zasada przejrzystości, w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego skalkulowania, przygotowania i złożenia oferty w Postępowaniu oraz oszacowania kosztów realizacji ze świadomością zapewnienia ich pokrycia przez Zamawiającego w przypadku niezależnych od wykonawcy wzrostów poszczególnych istotnych kosztów realizacji umowy.

55. W tym stanie rzeczy zarzut postawiony w pkt 4 *petitum* odwołania, jest w pełni zasadny.

VI. Zarzut nr 5 – kara umowna wprowadzona w § 11 ust. 3 Wzoru Umowy jest nieprawidłowa i odnosi się do świadczeń niemożliwych

56. Zgodnie z § 11 ust. 3 Wzoru Umowy: „*Niezależnie od kar umownych wskazanych powyżej Zamawiający obciąży Wykonawcę także kwotą odpowiadającą 50% wysokości kary, którą zostanie obciążona Gmina Dąbrówka za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ust 2 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach naliczonej zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ww. ustawy, jeżeli działanie lub zaniechanie WYKONAWCY przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co WYKONAWCA wyraża zgodę*”.

57. Zgodnie z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:
- 55% wagowo - za rok 2025;
 - 56% wagowo - za rok 2026;
 - 57% wagowo - za rok 2027;
58. Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych „przenoszących” na wykonawcę 50% kary nałożoną na Gminę za nieosiągnięcie przez nią poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych na poziomie wskazanym powyżej, w sytuacji, gdy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu, spełnienie tych wymogów jest obiektywnie niemożliwe, zwłaszcza że odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu.
59. Dla potrzeb niniejszego odwołania Odwołujący będzie się posługiwał pojęciem „poziomy recyklingu” zamiast pojęciem „poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych”, którymi posługują się właściwe przepisy prawa i SWZ, w szczególności że przygotowanie do ponownego użycia w praktyce gospodarowania odpadami komunalnymi nie ma w ogóle zastosowania.
60. Pierwszą kwestią, na którą należy zwrócić uwagę jest fakt, że **wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienia, nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania. Z doświadczeń samego Odwołującego wynika, że strumień ten jest bardzo zanieczyszczony, co jest podstawowym problemem (zupełnie niezależnym od wykonawcy), który finalnie determinuje niemożność osiągnięcia poziomów recyklingu na poziomie wymaganym przez ustawodawcę.**
61. **Odwołujący powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2024 r., KIO 3638/24, w którym Izba nakazała wykreślenie kar umownych nakładających na wykonawcę za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu:**
- „Zarzut 6 dotyczy par. 11 ust. 1 - 2 PPU oraz par. 14 ust. 1 PPU, czyli wymaganych przez zamawiającego do osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych oraz skorelowanej z nimi kary umownej. **W ocenie KIO zarzut zasługuje na uwzględnienie i został przez odwołującego udowodniony. Za rozstrzygający w tym zakresie KIO uznała dowód z Raportu Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Otwock za 2023 rok. Z dowodu tego wprost wynika, że zamawiający za ubiegły rok***

osiągnął poziom 18,9% w zakresie recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych. Zamawiający danej tej nie kwestionował, ale mimo wskazania na nią przez odwołującego uważał, że przeniesienie obowiązku osiągnięcia poziomu 55% za rok 2025 (który z dużym prawdopodobieństwem będzie wyłącznym okresem świadczenia usługi) nie narusza przepisów ustawy. Zamawiający wprowadził zobowiązanie się w par. 19 ust. 5 zmienionych PPU do "do współdziałania z Wykonawcą w zakresie prawidłowej realizacji usługi, a w szczególności do:

- a) edukowania mieszkańców o prawidłowej segregacji odpadów,*
- b) Informowania mieszkańców o konieczności prawidłowego oznakowania posesji,*
- c) dostarczenie Wykonawcy wykazów nieruchomości oraz bieżącej aktualizacji tych wykazów."*

Niemniej jednak z raportu wynika, że mimo prowadzenia PSZOK, jego rozwoju w zakresie możliwości przyjmowania odpadów, prowadzonych przez gminę akcji edukacyjnych np. warsztaty "Moda na recykling" czy akcje "Świder uRzeka - Bądź eko nad rzeką!", sprzątnięcia świata, organizacji "jadłodzielni", te działania nie przekładają się znacząco na zmniejszenie ilości odpadów zmieszanych. Tezę o niemożliwości osiągnięcia poziomu 55% potwierdza również artykuł "Karalny poziom recyklingu", który opisuje z punktu widzenia IPOK skutki wprowadzenia systemu kaucyjnego, a także artykuł naukowy "Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia". W tym stanie rzeczy, skoro zamawiający nie osiągnął poziomu wymaganego dla 2023 r, który wynosił 35% wagowo, to nie ma dowodów na to, że w roku 2025 będzie możliwe osiągnięcie przez wykonawcę poziomu 55%. (...)

W ocenie KIO zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że zamawiający samodzielnie nie jest w stanie osiągnąć wymaganych ustawowo poziomów, a oczekuje, że taki poziom osiągnie wykonawca, któremu to zadanie powierza. (...)

*Co więcej jak słusznie podnosił odwołujący zamawiający ma szerszą niż wykonawca możliwość wpływu na podniesienie jakości segregacji przez mieszkańców, czy to przez nakładania mandatów za nieprawidłową segregację, czy prowadzenie akcji edukacyjnych. A mimo to nie był w stanie osiągnąć nawet poziomu 35%, a chce aby poziom 55% osiągnął wykonawca. Oczywiście w umowie zamawiający może zawrzeć postanowienia służące dyscyplinowaniu wykonawcy do wykonywania usługi na jak najwyższym poziomie jakości, w tym dążenia do osiągnięcia celów ustawowych. Natomiast w tej sprawie materiał dowodowy pokazuje, że to zobowiązanie nie jest możliwe do wykonania, co w ocenie KIO bardziej niż przywołane przez odwołującego przepisy wskazuje na pierwotną niemożność świadczenia na oczekiwanym przez zamawiającego poziomie jakości, czego ma świadomość zamawiający. W ocenie KIO zatem jeśli dokonać odesłania przez art. 8 ust. 1 ustawy do przepisów kodeksu cywilnego to ten stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 387 par. 1 kc. **Z tego względu KIO nakazała***

zamawiającemu usunięcie par. 11 ust. 1 - 3 i par. 14 ust. 1 PPU. Zamawiający obowiązek dążenia do osiągnięcia poziomów recyklingu powinien albo dostosować do faktycznie realnego poziomu, albo dostosować poziom kar nakładanych na wykonawcę, w taki sposób, aby dyscyplinowały wykonawcę i zachęcały do prawidłowej realizacji zamówienia, a nie karały za coś, co jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. KIO na podstawie art. 554 ust. 6 ustawy może wyłącznie nakazać wykreślenie tych postanowień umownych, pozostawiając zamawiającemu decyzję o tym, w jakim kierunku będzie dążył do umożliwienia wykonawcy realizacji tej umowy na realnym poziomie jakości”.

62. Odwołujący powołuje się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2024 r., KIO 102/24: *Izba rozpoznając ten zarzut uwzględniła przede wszystkim wskazany już wyżej fakt, że wykonawca nie ma wpływu na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na obowiązujące przepisy, w tym te dotyczące metodologii wyliczenia poziomu recyklingu i na planowane wprowadzenie systemu kaucyjnego. Tymczasem wszystkie te okoliczności mają wpływ na to, czy realne KIO 102/24 20 będzie osiągnięcie w okresie realizacji umowy poziomów recyklingu wymaganych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przez Zamawiającego.*

*Po pierwsze, należy uwzględnić, że **bardzo duży udział w całym strumieniu odpadów stanowią odpady zmieszane** (ok. 48% - wg wyliczeń Odwołującego, 47,08% - wg wyliczeń Zamawiającego w "Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi za 2022 r."), z których tylko niewielka część (ok. 4% - wg wyliczeń Odwołującego) nadaje się do recyklingu, a dodatkowo z pozostałych odpadów selektywnie zbieranych również nie wszystkie kwalifikują się do recyklingu. Już tylko ten fakt powoduje, że wykonawca ponosi ryzyko, iż wymaganych poziomów recyklingu nie uda się osiągnąć, a przecież nie ma on wpływu nie tylko na rzetelność segregacji odpadów "u źródła", ale też nie ponosi odpowiedzialności za edukowanie i motywowanie mieszkańców gminy w tym zakresie. Wykonawca ma wprowadzić obowiązek zgłaszania faktu niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (art. 6ka ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), ale powyższe nie zastąpi konieczności powszechnej mobilizacji wytwórców odpadów do ich rzetelnej segregacji, o co powinni zadbać nie tylko oni sami, ale także Zamawiający. Tymczasem na marginesie można zauważyć, że jak wynika z ww. "Analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi za 2022 r.", żadne akcje edukacyjne podejmowane przez Zamawiającego w 2022 r. nie dotyczyły kwestii należytego segregowania odpadów.*

*Po drugie, należy uwzględnić fakt wejścia w życie w dniu 04.09.2021 r. rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530), które przewiduje **nowe zasady obliczania poziomu recyklingu**. W myśl ww. zasad za odpad poddany recyklingowi*

*uznaje się odpad przetworzony na produkt, materiał lub substancję, które nie są odpadami, zaś masę takich odpadów oblicza się dopiero w chwili wprowadzenia odpadu do procesu recyklingu. W praktyce oznacza to, że **nie można zaliczyć do poziomu recyklingu odpadów, które zostaną odrzucone przez recyklerów jako nienadające się do recyklingu**. Zatem nawet strumień odpadów zbieranych selektywnie może nie zostać w całości zakwalifikowany do recyklingu, jeżeli okaże się, że nie spełnia wymogów koniecznych do poddania go takiemu procesowi. Wprawdzie Zamawiający wskazuje, że w 2022 r. Odwołujący osiągnął poziom recyklingu w wysokości 44,75%, ale **nie można pominąć coraz większych wymagań recyklerów co do jakości przekazywanych im do recyklingu odpadów**, których potwierdzeniem są dowody złożone przez Odwołującego w postaci informacji od konkretnych recyklerów w zakresie ich wymagań dotyczących papieru, drewna, czy szkła oraz w postaci oświadczeń recyklerów o wielkości zanieczyszczeń w przekazywanych im odpadach (od 6% do 20%).*

*Po trzecie, nie można pominąć faktu, że w 2025 r. zacznie obowiązywać w Polsce **system kaucyjny**, który obejmie butelki z tworzyw sztucznych i szkła odpowiednio o pojemności do 3 litrów i do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra, czyli ten rodzaj odpadów, który jest najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu, gdyż w największym stopniu kwalifikuje się do poddania temu procesowi. W myśl projektowanych reguł funkcjonowania tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane m.in. do sklepów wraz ze zwrotem kaucji, co **prawdopodobnie przyczyni się do popularności systemu kaucyjnego, ale jednocześnie zmniejszy dostępność wykonawców do ww. odpadów**.*

63. Odwołujący w całości podtrzymuje powyższą argumentację, gdyż ma ona zastosowanie w niniejszej sprawie.
64. Osiągnięcie poziomów recyklingu zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość znajduje się poza kontrolą wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Do najważniejszych zalicza się przede wszystkim:
- a) ilość zmieszanych odpadów komunalnych i poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli – **które wszystkie są zależne od gminy;**
 - b) sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), przez którego zapisy recyklerzy zmuszeni się wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi;

- c) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recyklerów;
 - d) wejście w życie tzw. „systemu kaucyjnego”.
65. Z powyższego wynika, że **możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, którego udział w odniesieniu do strumienia odpadów, który będzie odbierany przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, jest bardzo duży.**
66. W całym łańcuchu zdarzeń prowadzących do recyklingu odpadu, udział wykonawcy odbierającego i zagospodarowującego odpady, jest obiektywnie niewielki. Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że w celu poddania odpadów recyklingowi, odpady trafiają do recyklerów, którzy decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. **Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia.** Mało tego, jest faktem notoryjnym, że skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych jest zmienny, przy czym w odpadach tych jest najwięcej odpadów organicznych oraz papieru, co determinuje zanieczyszczenia odpadów wydzielonych do odzysku w instalacji MBP i w konsekwencji uniemożliwia ich recykling. Reasumując, **wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady – a ten strumień jest zbyt mały, żeby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie 55%, a potem także 56% i 57%. Zgodnie z Analizą stanu gospodarki odpadami na terenie Gminy Dąbrówka w 2023 r. Gminą osiągnęła poziom recyklingu 41,28%². Nie można zatem uznać, że poziom ten może wzrosnąć w tym roku aż do 55%.**
67. Do niemożności osiągnięcia wymaganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu, przyczyniła się też niewątpliwie okoliczność, że w ostatnich latach nastąpiła radykalna zmiana przepisów prawa, nie tylko w zakresie samych procentowych poziomów recyklingu za rok 2022 i kolejne lata (drastyczne wzrosty wymaganych poziomów recyklingu), ale przede wszystkim w zakresie sposobu obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych.

² Źródło: <https://bip.czarnadabrowka.pl/artukul/analiza-gospodarki-odpadami>

68. W dniu 20 sierpnia 2021 r. w zostało opublikowane Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530). Rozporządzenie w sprawie recyklingu weszło w życie w dniu 4 września 2021 r. Wprowadziło ono nowy, niekorzystny dla gmin i przedsiębiorców (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi:

- a) Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia 2021, *masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami;*
- b) W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że *masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu;*
- c) Ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021 wskazał, że „*masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi*”;
- d) Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 „*w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów*”. Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „*w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane*”.

69. Z zestawienia przedstawionych przepisów Rozporządzenia w sprawie recyklingu jednoznacznie wynika, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi **oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów do recyklingu – ale nie wszystkie procesy przetwarzania czy odzysku odpadów stanowią recykling.** Przykładowo, dla zobrazowania sytuacji – w zakresie odpadów szklanych, po wyjściu stłuczki szklanej z instalacji przygotowującej stłuczkę dla potrzeb hut szkła. Idąc dalej tym przykładem, tylko masa stłuczki szklanej, przekazanej do hut szkła, może być wliczana do poziomów recyklingu, bo tylko taka stłuczka jest przetwarzana na materiały, substancje, które nie są odpadami. Dla potrzeb obliczania poziomów recyklingu, istotne jest wprowadzenie odpadów

nie do jakiegokolwiek procesu recyklingu, ale do recyklingu, w wyniku którego odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Takie procesy recyklingu prowadzone są – w odniesieniu do „przykładowej” stłuczki szklanej w Polsce – w hutach szkła.

70. Podsumowując, uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczaniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), **należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia, które do tej pory były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, od 2022 roku nie są zaliczane do tej masy.** Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejsza się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recyklerów nie mogą zostać przetworzone. Potwierdzają to zresztą uzyskiwane przez Odwołującego dokumenty potwierdzające recykling, które uzyskuje on od recyklerów. Recyklerzy potwierdzają dużo mniejszy recykling w odniesieniu do przekazanych im odpadów (od kilku do kilkunastu procent) od dnia wejścia w życie nowych przepisów, powołując się na ubytki procesowe i inne zanieczyszczenia, których nie akceptują finalni recyklerzy (np. papiernie, huty szkła). **Każdy recykler zobowiązany jest indywidualnie obliczyć procent zanieczyszczeń wyliczony zgodnie z właściwymi przepisami. Na to Odwołujący nie ma jakiegokolwiek wpływu.**
71. **Ponadto, ustawa dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.”) wprowadziła tzw. „system kaucyjny” obowiązkowy od 1 października 2025 r. (ale Odwołujący wskazuje, że system kaucyjny na zasadach dobrowolnych i testowych jest już wprowadzony obecnie i funkcjonuje).**
72. Nowelizacja u.g.o. dostosowuje polskie prawo do rozwiązań obowiązujących w Unii Europejskiej. Od 1 października 2025 r. wprowadzony zostanie system kaucyjny na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. **Kluczowe dla nowego systemu kaucyjnego jest wprowadzenie zasady, że sklep będzie naliczał mieszkańcowi kaucję za opakowanie (np. za butelkę PET), a kaucja ta będzie zwracana mieszkańcowi przy zwrocie opakowania do sklepu czy tzw. butelkomatu. To jednostka handlowa będzie zbierała odpady komunalne PET – nie trafią one do tzw. żółtego pojemnika i nie zostaną odebrane i zagospodarowane przez wykonawcę, co oznacza, że strumień odpadów selektywnych, czyli tych, z których wykonawca może osiągać poziomy recyklingu, będzie ulegał zmniejszeniu.**



73. Dysponentem odpadów odebranych w ramach systemu kaucyjnego będzie operator tego systemu, a nie wykonawca realizujący niniejsze zamówienie.
74. Odwołujący wskazuje, że podstawowym problemem, z jakim musi się zmierzyć wykonawca (mającym też fundamentalne znaczenie dla ostatecznie osiągniętego przez wykonawcę poziomu recyklingu odpadów), jest jakość zbiórki „u źródła”, na którą zasadniczy wpływ ma Zamawiający, który po pierwsze tworzy system gospodarki w gminie, a następnie wyposażony jest w ustawowe kompetencje, aby czuwać nad realizowaniem jego postulatów przez właścicieli nieruchomości.
75. I tak, na podstawie art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający (gmina) jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Zgodnie z art. 4 u.c.p.g. to rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. Dalej w art. 4 u.c.p.g. ustawodawca wskazuje na elementy określone w regulaminie, m.in.:
- 1) wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego **co najmniej**: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających selektywnej zbiórce),
 - 2) wymagania w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), które zapewniają przyjmowanie także innych odpadów komunalnych,
 - 3) rodzaj i minimalną pojemność pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków, przy uwzględnieniu:
 - 4) średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź w innych źródłach,
 - 5) liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków;
 - 6) innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami – **katalog otwarty.**
76. Następnie, zgodnie z art. 9u u.c.p.g. to **gmina sprawuje kontrolę przestrzegania i stosowania przepisów u.c.p.g.** Na podstawie art. 6k ust. 3 u.c.p.g. to rada gminy określa stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełnia obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, w wysokości nie niższej niż dwukrotna wysokość i nie wyższej niż czterokrotna wysokość stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Na podstawie art. 6k

u.c.p.g. to rada gminy ustala stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym odpadami komunalnymi zbieranymi i odbieranymi w sposób selektywny. Innymi słowy, to wyłącznie w rękach gminy są **ekonomiczne zachęty do selektywnej zbiórki odpadów, m.in. poprzez „kary finansowe” dla mieszkańców za brak selektywnej zbiórki** (opłata podwyższona za gospodarowanie odpadami).

77. Faktem jest, że to nie Zamawiający odbiera odpady, ale odbiór odpadów to prosta czynność faktyczna (w uproszczeniu zabranie worka spod drzwi, opróżnienie pojemnika stojącego na nieruchomości), która (wykonywana profesjonalnie, zgodnie ze sztuką, z poszanowaniem przepisów ochrony środowiska) sama w sobie nie przełoży się na osiągnięcie poziomów recyklingu na poziomie 45%, a tym bardziej 55%, bowiem do tego niezbędna jest odpowiednia jakość surowców, które zostaną przyjęte przez recyklerów i poddane recyklingowi.
78. **Jak zatem wykonawca może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, jeżeli obowiązki (możliwości) wykonawcy w tym zakresie wynikające z SWZ i przepisów prawa ograniczone są do „informowania Zamawiającego”, a wszystkie narzędzia i kompetencje pozostają w rękach Zamawiającego - Gminy?!**
79. Z powyższego wynika, że to Zamawiający (gmina) jest podmiotem pierwotnie odpowiedzialnym za gospodarowanie odpadami na terenie gminy, tj. za zasady selektywnej zbiórki odpadów i ich egzekwowanie, i ma w tym zakresie kompetencje prawodawcze. Ponadto, na Zamawiającym ciąży również odpowiedzialność wtórna – związana ze szczegółowym określeniem warunków niniejszego postępowania, w ramach którego wykonawca wykonuje usługę w ściśle określony przez Zamawiającego sposób. Przytoczona argumentacja potwierdza zasadność zarzutów Odwołującego, ponieważ wykonawca ma jedynie ograniczony wpływ na osiągnięcie poziomów odzysku, a **decydujące w tym zakresie narzędzia są w rękach Zamawiającego (gminy), m.in. utworzenie odpowiedniego systemu gospodarowania odpadami, sankcje związane z brakiem selektywnej zbiórki, narzędzia ekonomiczne (niższa opłata za gospodarowanie odpadów dla mieszkańców prowadzących selektywną zbiórkę odpadów).**
80. **Zamawiający określa system gospodarowania odpadami w swojej gminie, który stanowi system naczyń połączonych, gdzie od wykonawcy niniejszego Postępowania zależy tylko niewielki zakres okoliczności, od których zależą osiągnięte na końcu poziomy recyklingu.** Kluczowe dla efektu końcowego są bowiem kształt systemu gospodarowania odpadami, ustalony w zgodzie z obowiązującymi przepisami przez Zamawiającego oraz jakość selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez mieszkańców, na którą wykonawca ma znikomy wpływ.

81. **Zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.** Interpretacji tej normy dokonał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27 września 2016 r., sygn. akt VI ACa 817/15, wskazując, że *"w przepisie art. 387 § 1 k.c. chodzi o takie zachowanie się dłużnika, które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, a więc, nie tylko przez dłużnika, ale i osoby trzecie. Nadto, niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Kwestią kluczową jest to, że pojęcie niemożliwości świadczenia łączy się z samym zachowaniem dłużnika (świadczeniem), którego dotyczy umowa lub z przedmiotem świadczenia (jego cechą). Nie dotyczy natomiast innych elementów kształtujących treść stosunku zobowiązaniowego, jak sposób, miejsce, czy też termin spełnienia świadczenia. Należy zatem uznać, że zastrzeżenie w umowie terminu obiektywnie niemożliwego do dochowania nie oznacza, że strony zawarły umowę o świadczenie niemożliwe". **Wszystkie te elementy „niemożliwości świadczenia” zachodzą w niniejszej sprawie.***
82. Niemożność ma charakter obiektywny, o czym świadczą obiektywne okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu. Już teraz przedsiębiorcy (w skali całego kraju) zmagali się z ogromnymi trudnościami, aby osiągnąć poziomy recyklingu na poziomie 45%, czyli 10 punktów procentowych niższym od tego, którego obecnie oczekuje Zamawiający. Skoro tak, to logiczna wydaje się konkluzja, że zakładany na rok 2025 system kaucyjny diametralnie pogorszy sytuację wykonawców (z systemu „wyciągnięte” zostaną te najlepsze surowce, które pozwalały wykonawcom na osiągnięcie dotychczasowych poziomów), przy jednoczesnym braku prognoz ze strony Zamawiającego co do polepszenia jakości zbiórki „u źródła” (nadal dominować będą zmieszane odpady komunalne), to nie sposób sobie nawet wyobrazić, w jaki sposób wykonawcy mieliby osiągnąć niebotycznie wysokie poziomy recyklingu. Niemożność ta jest przy tym pierwotna, bowiem już obecnie w branży głośno mówi się, że poziomów tych nie będzie się dało uzyskać. Już teraz też Zamawiający wie, że w roku 2025 ma wejść system kaucyjny, a więc w okresie realizacji tego zamówienia i z pewnością zdaje sobie z sprawę z tego, że najprawdopodobniej system ten testowo będzie wprowadzony już wcześniej, niezależnie od ustawowego obowiązku, bo to jest bowiem atrakcyjna możliwość. Co więcej, niemożność ta jest nieprzemijająca, bowiem nie sposób doszukać się jakichkolwiek prognoz co do tego, żeby jakość zbiórki u źródła drastycznie polepszyła się w okresie realizacji zamówienia, a pozostałe inne czynniki (np. wymagania recyklerów, system kaucyjny) będą jedynie negatywnie oddziaływać na osiągnięte przez wykonawców poziomy.
83. Odwołujący nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Odwołujący podkreśla jednak, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, **uprawnienie to nie ma**

charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby jego wykonanie było możliwe, a skutki niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, tj. w szczególności zasadom uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy, co ma miejsce w niniejszej sprawie, z tych przyczyn konieczna jest zmiana postanowień SWZ w tym zakresie.

84. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 22 września 2020 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2065/20: „Zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący**, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia”. Powyższe rozstrzygnięcie ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający zaniechał takiego opisu przedmiotu zamówienia, które wyeliminowałby niepewność po stronie wykonawców w zakresie kluczowym do wyceny kosztów realizacji umowy. Wprawdzie wyrok zapadł na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, niemniej argumentacja w nim zawarta pozostaje aktualna i ma odniesienie do niniejszej sprawy.
85. W konsekwencji powyższego, doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie **zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców**, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez **dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty**.
86. Z natury stosunku prawnego - umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 k.c., która ma łączyć wykonawcę z Zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy. Taki zapis SWZ narusza więc, w ocenie Odwołującego, przepis art. 353¹ k.c. Jak wynika bowiem z powyższych rozważań, nie sposób uzyskać poziomów recyklingu przy tak dużej ilości zmieszanych odpadów komunalnych.

87. W niniejszym postępowaniu **nawet wykonawca, który prawidłowo, z dochowaniem podwyższonej staranności będzie wykonywał umowę, nie osiągnie poziomów recyklingu i będzie zmuszony do zapłaty kary umownej.** Poziomy te zależą bowiem przede wszystkim od odpadów wytwarzanych i zbieranych przez Mieszkańców. Zatem kara umowna w takiej wysokości nie może być powiązana z okolicznością niewykonania przez wykonawcę czynności niemożliwej w obiektywnych uwarunkowaniach niniejszego przedmiotu zamówienia.
88. Tym samym, sposób ukształtowania kar umownych, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje **przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej**, o której mowa w art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c.
89. Sprzeczność czynności prawnej (a taką jest oświadczenie Zamawiającego stanowiące SWZ) z zasadami współżycia społecznego oznacza, że w świetle reguł powszechnie akceptowanych w społeczeństwie, jak zasada lojalności i uczciwości kupieckiej, czynność prawna jest negatywnie oceniana. Z całą pewnością należy uznać, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył zasadę uczciwości kupieckiej, będącą jedną z podstawowych zasad współżycia społecznego, bowiem przerzuca na wykonawcę całą odpowiedzialność za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, choć możliwości wykonawcy w tym zakresie są ograniczone, choćby podjął wszelkie możliwe działania, żeby poziomy te osiągnąć. Nielojalności i nieuczciwości kupieckiej Odwołujący upatruje właśnie w **przeniesieniu ryzyka na wykonawcę za zdarzenia, na które realny wpływ ma w znacznym zakresie sam Zamawiający.**
90. Jak podkreśla się w orzecznictwie (wyrok Izby z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1277/16): *„Co do samych kwestii naruszenia zasad uczciwości (czy też „dobrych obyczajów”), należy zwrócić uwagę, że zostają one co do zasady naruszone, kiedy dane działanie lub zaniechanie powoduje wśród wykonawców lub innych osób obserwujących przebieg procedury udzielania zamówienia poczucie, że dane postępowanie czy to zamawiającego, czy wykonawcy/wykonawców jest „nie fair”, narusza wrodzone poczucie sprawiedliwości i nie powinno być dopuszczalne. Tym samym kwestie te są bardzo trudne do zdefiniowania, a każda definicja może być jedynie wtórna”*. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy.
91. W ocenie Odwołującego, nałożenie na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu pod rygorem kary umownej należy uznać za zbyt daleko idące i naruszające przepisy obowiązującego prawa, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów, co wzmacnia jeszcze uprawnienie

Zamawiającego do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości sprzecznej z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej.

92. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, można stwierdzić, że w omawianej sprawie występują okoliczności, które uzasadniają powołanie przez Odwołującego w zarzucie także przepisu art. 5 k.c. Jak podkreśla się w orzecznictwie, norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, **gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę** (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współżycia społecznego. Zasady współżycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem, o jakie zasady współżycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi, oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zamawiający dopuszcza się, jak już wyżej wskazano, naruszenia uczciwości, sprawiedliwości kupieckiej, lojalności.
93. Wprowadzenie do Wzoru Umowy obowiązków, które są niemożliwe do spełnienia, a nadto zagrożone są bardzo wysokimi karami umownymi za jego niespełnienie, uznać należy za sprzeczne z art. 16 pkt 3 Pzp. **Zamawiający obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością za nie swoje działania lub zaniechania.**
94. Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Pzp jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który **znaczaco utrudnia kalkulację ceny ofertowej**. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty.
95. Odwołujący wskazuje również na obowiązek rzeczywistego zastosowania zasady efektywności. **Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że skutek niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, rzetelny wykonawca musi kalkulować w ofercie wystąpienie dodatkowego ryzyka, co oczywiście znacząco zwiększa**

cenę oferty. Uwzględnienie przedstawionych tu zarzutów pozwoli zatem na obniżenie poziomu cen w składanych ofertach.

96. W tym stanie rzeczy zarzut postawiony w pkt 5 *petitum* odwołania jest w pełni zasadny.

VII. Zarzut nr 6 – kara umowna wprowadzona w § 11 ust. 3 Wzoru Umowy jest nieprawidłowa

97. Odwołujący wskazuje, że niniejszy zarzut postawiono z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu z pkt 5 *petitum* odwołania, np. z uwagi na kwestię niemożliwości świadczenia. Odwołujący wskazuje, że i tak wprowadzona w § 11 ust. 3 Wzoru Umowy kara umowna jest nieprawidłowa.

98. Odwołujący w tym miejscu powołuje się na uzasadnienie do zarzutu z pkt 5 *petitum* odwołania przede wszystkim w zakresie, w jakim opisuje czynniki wpływające na osiągnięte przez wykonawcę świadczącego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów poziomy recyklingu. Jak to już zostało wskazane na wstępie, czynności wykonywane przez samego wykonawcę, a związane z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, stanowią tylko jeden z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu. We wcześniejszym punkcie niniejszego odwołania Odwołujący wskazał też, że podstawowym problemem, z jakim musi się zmierzyć wykonawca (mającym też fundamentalne znaczenie dla ostatecznie osiągniętego przez wykonawcę poziomu recyklingu odpadów) jest jakość zbiórki „u źródła”, na którą zasadniczy wpływ ma Zamawiający, który po pierwsze tworzy system gospodarki w gminie, a następnie wyposażony jest w ustawowe kompetencje, aby czuwać nad realizowaniem jego postulatów przez właścicieli nieruchomości.

99. Mimo powyższych okoliczności, Zamawiający zamierza sankcjonować nieosiągnięcie przez wykonawcę określonych przez Zamawiającego poziomów recyklingu (początkowo 55%, następnie 56% i 57%) w drodze kar umownych, określonych w taki sposób, jakby to wykonawca odpowiadał za system gospodarki odpadami w gminie, o czym świadczy sposób naliczania tej kary i jej wysokość. Nałożony na gminę przez ustawodawcę obowiązek osiągania rocznych poziomów recyklingu (zagrożony stosowną sankcją administracyjną), Zamawiający w praktyce próbuje przenieść na wykonawcę w 50%, choć wykonawca i podejmowane przez niego działania, są tylko jednym z elementów, które prowadzą do osiągnięcia celu wskazanego przez ustawodawcę w u.c.p.g. Sposób ukształtowania przez Zamawiającego Wzoru Umowy i zapisów dotyczących kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, wskazuje więc na to, że Zamawiający układa stosunek prawny, jaki łączyć go będzie z wykonawcą w taki sposób, aby zabezpieczyć sobie możliwość pokrycia ewentualnych administracyjnych kar pieniężnych, jakie być może w przyszłości zostaną nałożone na gminę za nieosiągnięcie przez gminę

wymaganych poziomów recyklingu, poprzez naliczenie wykonawcy kar umownych wyliczonych w analogiczny sposób jak te, naliczane w trybie u.c.p.g. gminie (iloczyn brakującej masy odpadów i stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska). Takie działanie należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a kara umowna wyliczana w ten sposób powinna być uznana za „rażąco wygórowaną”, w szczególności mając na uwadze niewielki wpływ wykonawcy na stworzenie podstaw do jej naliczenia (tu: niewielki wpływ wykonawcy na to, że poziomy recyklingu nie zostały osiągnięte).

100. Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie **nie przerywać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę**³. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie może przerywać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę, w tym także ryzyka nieosiągnięcia przez niego poziomów recyklingu odpadów – zdaniem Odwołującego ryzyko należy podzielić pomiędzy wykonawcę a Zamawiającego.

101. Opisywana powyżej rola gminy w systemie gospodarki odpadami i jej kompetencje, określone przez ustawodawcę, jednoznacznie potwierdzają, że Odwołujący słusznie uznaje kary umowne za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu § 11 ust. 3 Wzoru Umowy) za ustalone w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła” (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na surowce) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 11 ust. 3 Wzoru Umowy stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ

³ Podkreślenie własne Odwołującego.



Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiąganą poziom recyklingu i odzysku.

102. W tym stanie rzeczy zarzut postawiony w pkt 6 *petitum* odwołania jest w pełni zasadny.

VIII. Zarzut nr 7 – brak weryfikacji przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp

103. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w Rozdziale VII ust. 1 pkt 2 SWZ wprowadził przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp – jako jedyną fakultatywną przesłankę wykluczenia w Postępowaniu. Niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający zaniechał weryfikacji najistotniejszej kwestii – **rzetelności wykonawców w realizacji zamówień publicznych**.

104. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.*

105. Zdaniem Odwołującego, tzw. przeszłość kontraktowa wykonawcy ma znaczenie dla oceny jego rzetelności i rękojmi prawidłowej realizacji umowy o zamówienie publiczne dla Zamawiającego. Jeśli bowiem wcześniejsze nieprawidłowości tego wykonawcy doprowadziły do sytuacji, w której inni zamawiający byli zmuszeni np. do wypowiedzenia umowy, to istnieje obiektywne ryzyko, że ta sytuacja powtórzy się w Gminie Dąbrówka.

106. W tym stanie rzeczy, zarzut postawiony w pkt 7 *petitum* odwołania, jest w pełni zasadny.

Mając powyższe na uwadze, niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne.

Magdalena Kacała
Radca prawny

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;



10 lutego 2025

- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód uiszczenia wpisu;
- 5) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.