



Banaszewska
Gieruń-Banaszewski
Kancelaria Prawna

Wrocław, 23 października 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.

ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław
NIP: 8960000026, REGON: 931623022, KRS: 0000001350
numer telefonu: 71 33 75 125
e-mail: przetargi.wpo@alba.com.pl

reprezentowana przez:

adw. dr Annę Banaszewską

adres do doręczeń:

Kancelaria Prawna BGB sc.

ul. Piłsudskiego 3/3, 50-048 Wrocław
numer telefonu: 509 857 574
e-mail: ab@banaszewscy.pl

Zamawiający:

Gmina Miejska Słupca

ul. Pułaskiego 21, 62-400 Słupca
NIP: 6671739385, REGON: 311019355
e-mail: um@miasto.slupca.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Miejską Słupca pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Słupca” (znak sprawy: RIM.271.11.2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 13.10.2023 r. pod numerem 2023/S 198-616571)

ODWOŁANIE

Działając imieniem Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Odwołujący”, w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis znajduje się w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm., dalej: „p.z.p.”), składam odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Miejską Słupca pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Słupca” (znak

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

sprawy: RIM.271.11.2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 13.10.2023 r. pod numerem 2023/S 198-616571). Odwołanie jest wnoszone wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych;
- 2) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położonej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych;
- 3) Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 7 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany średniej hurtowej ceny paliwa ON EKODIESEL o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert, a także poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;
- 4) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o

nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

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

Zachowanie terminu

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 p.z.p. w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia 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 niniejszym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 13.10.2023 r. pod numerem 2023/S 198-616571. Tym samym termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Interes we wniesieniu odwołania

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

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

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

UZASADNIENIE

- 1) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Słupca, zarówno od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, jak i niezamieszkałych, zagospodarowanie odpadów zebranych w PSZOK, odbiór i zagospodarowanie odpadów z koszy ulicznych oraz odebranych i zebranych z terenów publicznych Miasta Słupca. Szczegółowe obowiązki wykonawcy realizującego zamówienie określono w załączniku nr 9 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia oraz załączniku nr 8 do SWZ – projekt umowy.

Jednym z podstawowych parametrów niezbędnych do należytego skalkulowania oferty jest określenie, z jaką częstotliwością powinny być odbierane odpady „u źródła”. O ile dla nieruchomości zamieszkałych jednorodzinnych Zamawiający precyzyjnie określił częstotliwość odbioru odpadów poszczególnych frakcji, o tyle zapisy OPZ określające oczekiwaną częstotliwość odbioru odpadów poszczególnych frakcji z nieruchomości zamieszkałych wielorodzinnych pozostają nieprecyzyjne, a nawet wewnętrznie sprzeczne. W punkcie 4.1.1.4. pkt A lit. B SOPZ, określając częstotliwość odbioru zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 z zabudowy wielorodzinnej, wskazano - **na żądanie (średnio co tydzień)**. W dokumentach postępowania nie sprecyzowano w ogóle kto takie żądanie odbioru odpadów miałby zgłaszać wykonawcy. Nie jest jasne czy będzie to Zamawiający czy też mieszkańcy, a może wspólnoty mieszkaniowe lub spółdzielnie mieszkaniowe. Nie określono także w jaki sposób żądanie takie miałyby być wykonawcy komunikowane ani jaki jest czas reakcji wykonawcy na realizację odbioru odpadów po zgłoszeniu żądania odebrania odpadów. Podobnie określono częstotliwość odbioru odpadów selektywnie zbieranych „u źródła” z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej. W pkt 4.1.2.1.5. SOPZ wskazano, że odpady papieru i tektury, metali i tworzyw sztucznych, szkła oraz innych niewymienionych frakcji powinny być **odbierane na żądanie** – średnio co dwa tygodnie, zaś frakcja bioodpadów średnio co tydzień. W tym zakresie również brak jakichkolwiek zapisów, które by wskazywały kto i w jakiej formie miałby komunikować to żądanie wykonawcy. Takie zapisy opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za uchybiające przepisom ustawy. Nie są one bowiem dostatecznie precyzyjne. Co więcej, w § 16 ust. 1 pkt 1 Zamawiający przewidział karę umowną za każdy dzień zwłoki w terminowym odebraniu odpadów z miejsca gromadzenia odpadów na terenach nieruchomości zamieszkałych. W tych okolicznościach nie wiadomo zaś, od jakiego momentu taką karę można by było wykonawcy naliczyć.

Zapisy OPZ są nieprecyzyjne, nie uwzględniają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkują uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzają ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, gdyż każdy z wykonawców może poczynić odmienne założenia co do częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy

wielorodzinnej. Postanowienia te naruszają więc nie tylko zasadę przejrzystości, ale także zasadę uczciwej konkurencji, a także zasadę efektywności udzielenia zamówień publicznych.

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że SOPZ obliguje wykonawcę do sporządzenia i skonsultowania z Zamawiającym harmonogramu odbioru odpadów. Warto przywołać zapisy SOPZ odnoszące się do obowiązku sporządzenia harmonogramów:

4.6.27. Najpóźniej na 15 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia Wykonawca dostarczy harmonogram odbioru odpadów obowiązujący w 2024 roku

4.6.28. Wykonawca jest zobowiązany skonsultować harmonogram odbioru odpadów z Zamawiającym.

4.6.29. Wykonawca odpowiada za informowanie właścicieli nieruchomości o harmonogramie odbierania poszczególnych rodzajów odpadów. W tym celu Wykonawca będzie sporządzać harmonogramy odbioru, które Zamawiający będzie akceptował, a Wykonawca w formie wydruków, będzie zobowiązany przekazać właścicielom nieruchomości podczas pierwszego odbioru odpadów oraz pierwszego odbioru odpadów w danym roku kalendarzowym.

4.6.30. Zamawiający będzie publikował harmonogramy odbioru odpadów na stronie internetowej Urzędu Miasta Słupcy www.miesto.slupca.pl zakładka ochrona środowiska oraz gospodarka odpadami komunalnymi.

4.6.31. Wykonawca do oferty dołączy wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W tych okolicznościach uznać należy, że postanowienia OPZ są wewnętrznie sprzeczne, nie jest bowiem możliwe sporządzenie harmonogramów w sytuacji, gdy odbiór odpadów ma się odbywać na żądanie. Jeżeli odbiory odpadów mają się odbywać zgodnie z harmonogramem, nie do końca jasne pozostaje, dlaczego odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej ma następować na żądanie, zaś z innych nieruchomości zgodnie z harmonogramem. Odwołujący podkreśla, że co do zasady świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych we wszystkich gminach w Polsce odbywa się zgodnie z harmonogramami świadczenia usługi, które określone są przez wykonawcę na podstawie oczekiwań Zamawiającego określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Zasadnym jest więc określenie przez Zamawiającego częstotliwości, z jakimi mają być odbierane odpady poszczególnych frakcji odpadów z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej, tak aby możliwe było sporządzenie harmonogramu dla Gminy Miejskiej Słupca.

Jednocześnie całkowicie niezrozumiałe dla Odwołującego pozostaje żądanie dołączenia do oferty wstępnego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości określne w pkt 4.6.31. SOPZ. Zamawiający nie wskazuje, w jakim celu taki dokument miałby zostać złożony. Wskazać należy, że Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia w rozdziale XIII OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT ORAZ WYMAGANIA FORMALNE DOTYCZĄCE SKŁADANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW nie oczekuje złożenia takiego dokumentu wraz z ofertą. Harmonogram nie daje się powiązać z żadnym z kryteriów oceny ofert ani nie można go uznać – w świetle postanowień SWZ – za przedmiotowy środek dowodowy. Tym samym wymaganie to jest nadmiarowe i uchybia przepisom ustawy.

Odwołujący wnosi o:

- **nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów dotyczących odbierania odpadów z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej na żądanie i**

nakazanie określenia oczekiwanych częstotliwości odbioru tych odpadów, które zostaną uwzględnione w sporządzonym przez wykonawcę harmonogramie;

- **nakazanie wykreślenia pkt 4.6.31. SOPZ obligującego do dołączenia wstępnego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wraz z ofertą.**

- 2) **Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położonej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych**

W punkcie 4.2.1. SOPZ Zamawiający przewidział, że w formie odrębnej umowy przekaże Wykonawcy nieruchomość lub jej część, której jest właścicielem położoną w Słupcy ul. Wspólna 8 z przeznaczeniem na Bazę Transportową z zastrzeżeniem prowadzenia na tym terenie przez Gminę Miejską Słupca PSZOK dla mieszkańców miasta Słupca i gminy Słupca.

Powyższy zapis jest bardzo enigmatyczny. Zasadniczo Wykonawcy nie mają wiedzy, w jakiej formie i na jakich zasadach zostanie przekazany ten teren, w szczególności czy udostępnienie tego terenu odbędzie się bezpłatnie, czy też będzie się wiązać z podniesieniem dodatkowych kosztów – jeśli tak to w jakiej wysokości. Jednocześnie Zamawiający nie określił dopuszczalnych sposobów wykorzystania tego terenu przez wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia. Nie określono, czy Wykonawca ma możliwość wykorzystania przedmiotowej nieruchomości wyłącznie na cele realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, czy również dla celów innych zleceń. Nie jest jasne, czy Zamawiający dopuści możliwość wystąpienia przez wykonawcę do właściwego organu z wnioskiem o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie przedmiotowej nieruchomości. Możliwość utworzenia na tej nieruchomości stacji przeładunkowej ma natomiast istotne znaczenie dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż pozwala na dokonanie optymalizacji kosztów transportu odpadów do instalacji.

Forma udostępnienia przedmiotowego terenu również ma znaczenie, gdyż aby utworzyć tam stację przeładunkową, konieczne jest dysponowanie ternem na podstawie umowy zawartej w formie aktu notarialnego. Zgodnie z art. 41b ust. 2 ustawy o odpadach ustanowienie użytkownika nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, wymaga złożenia oświadczenia w formie aktu notarialnego również przez użytkownika. W oświadczeniu wskazuje się masę i rodzaje odpadów, które mogą być zbierane lub przetwarzane w okresie roku na nieruchomości będącej przedmiotem użytkownika. Z kolei w myśl art. 41b ust. 3 ustawy o odpadach umowa dzierżawy nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, wymaga zawarcia w formie aktu notarialnego. W umowie wskazuje się masę i rodzaje odpadów, które mogą być zbierane lub przetwarzane w okresie roku na tej nieruchomości.

Odwołujący wnosi o:

- **nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania zapisów SOPZ dotyczących zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położonej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 poprzez dookreślenie możliwych form wykorzystania przedmiotowej nieruchomości, zasad jej udostępnienia, w tym kwestii odpłatności.**
- 3) **Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 7 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany średniej hurtowej ceny paliwa ON EKODIESEL o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert a także poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego**

Zasady zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia określone zostały w § 7 umowy, który ma następującą treść:

§ 7

Waloryzacja wynagrodzenia

1. *Wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, na zasadach określonych w niniejszym paragrafie.*
2. *Pierwsza zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy (rozumiana jako złożenie wniosku o zmianę) może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji Umowy.*
3. *Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.*
4. *Strona Umowy żądająca zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, może przedstawić drugiej Stronie odpowiednio uzasadniony wniosek, nie później niż do 30 dnia od daty zwiększenia kosztów ponad minimum wskazane w ust. 3, zawierający dokładny opis proponowanej zmiany wraz ze szczegółową kalkulacją kosztów oraz zasadami sporządzenia takiej kalkulacji.*

5. *Wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony, jeśli od dnia, w którym upływa 12 miesięcy od momentu zawarcia umowy, średnia cena hurtowa paliwa ON EKODIESEL za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zmiany wg oficjalnych danych PKN Orlen ulegnie zmianie o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert (spadek o więcej niż 30% lub wzrost o 30%).*
6. *Zmiana może obejmować cenę jednostkową określoną w § 6 ust. 1 obowiązującą w danym miesiącu w zakresie stanowiącym różnicę między wartością zmiany obliczoną zgodnie z ust. 5 i poziomem 30% (odpowiednio w liczbach dodatnich lub ujemnych jako wzrost lub spadek).*
7. *Wniosek musi zawierać dowody jednoznacznie wskazujące wpływ zmiany, o której mowa w ust. 5 na koszty wykonania zamówienia oraz ceny jednostkowe.*
8. *Strona, której przedłożono wniosek, w terminie 30 dni od otrzymania kompletnego wniosku, zajmie pisemne stanowisko w sprawie; za dzień przekazania stanowiska, uznaje się dzień jego wysłania na adres właściwy dla doręczeń pism odpowiednio do Zamawiającego lub Wykonawcy,*
9. *Jeżeli bezspornie zostanie wykazane, że zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Strona zawrą stosowny aneks do Umowy, określający nową wysokość wynagrodzenia Wykonawcy.*
10. *Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.*
11. *Zamawiający określa maksymalną, dopuszczalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy na poziomie 20% wartości cen jednostkowej określonej w § 6 ust. 1 Umowy oraz 5 % maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy należnego na podstawie niniejszej umowy.*

W ocenie Odwołującego tak sformułowana klauzula waloryzacyjna nie pozwala na dokonanie zmiany wynagrodzenia w sytuacji wzrostu innych niż paliwo kosztów realizacji usługi, co pozostaje nie do pogodzenia z istotą przepisu art. 439 ust. 1 p.z.p. Również poziom wzrostu cen paliwa umożliwiający wzrost wynagrodzenia określony został na rażąco wysokim poziomie.

W zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia z niemożnością zastosowania klauzuli waloryzacyjnej co do kluczowej części zamówienia obejmującej zagospodarowanie odpadów. Wskazać należy, że najbardziej kosztotwórczym elementem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nie jest koszt paliwa, lecz koszt zagospodarowania odpadów w instalacji. Co więcej, dokonanie waloryzacji wynagrodzenia jest wyłączone także w sytuacji wzrostu innych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że kolejnym istotnym czynnikiem kosztotwórczym w przypadku świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są koszty zatrudnienia pracowników. Wobec powyższego celowa jest modyfikacja postanowienia umownego, tj. § 7, odnoszącego się do zasad waloryzacji wynagrodzenia w sposób umożliwiający zmianę stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie odpadów, jak też maksymalnego wynagrodzenia należnego wykonawcy na podstawie umowy, w sytuacji gdy wzrosną inne koszty realizacji usług niż tylko koszty paliwa, w szczególności koszty zagospodarowania odpadów oraz koszty pracy. Objęcie przez Zamawiającego jedynie wycinka zakresu zamówienia możliwością waloryzacji jest niezgodne z art. 439 ust. 1 p.z.p.

Konieczne jest także określenie poziomu zmiany cen uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na poziomie odpowiadającym spodziewanym w okresie realizacji zamówienia wzrostom, tak aby dokonanie waloryzacji wynagrodzenia miało realny charakter. W ocenie Odwołującego możliwość dokonania waloryzacji w sytuacji gdy mamy do czynienia ze wzrostem kosztów aż o 30% nie odpowiada wymaganom ustawy, gdyż znacząco odbiega od spodziewanego poziomu inflacji. Projekcja NBP co do inflacji w roku 2024 wynosi 5,2%, a w roku 2025 3,6%. Inne scenariusze średniorocznej inflacji CPI w 2024 r. znajdują się w granicach między 4,8 % a 8,1 %, a w 2025 r. – między 3,1 % a 6,7 %.

Klauzula waloryzacyjna zawarta w § 7 projektu umowy nie odpowiada wymaganom ustawy, gdyż nie zapewnia realizacji celu, dla którego ustawodawca wprowadził obowiązek zawarcia klauzuli waloryzacyjnej w umowie o zamówienie publiczne, tj. przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie realizacji umowy. Ustawodawca zobligował Zamawiającego do takiego określenia przesłanek zmiany wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, by realne było zwiększenie (lub zmniejszenie) ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia. Obowiązek ten nie może być realizowany przez Zamawiającego wyłącznie poprzez formalne umieszczenie klauzuli waloryzacyjnej odpowiadającej wymaganom konstrukcyjnym, o których mowa w art. 439 ust. 2 p.z.p. w treści umowy. Zgodnie z tym przepisem w umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Wprawdzie ustanawiając obowiązek wprowadzenia do umowy odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej, ustawodawca pozostawił Zamawiającemu swobodę w doprecyzowaniu jej elementów, to jednak swoboda ta nie ma bezwzględneho charakteru. Przy formułowaniu klauzuli waloryzacyjnej zastosowanie mają zasady udzielania zamówień publicznych. Oznacza to, że klauzula waloryzacyjna musi być sformułowana w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny, a także zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Chodzi o to, by już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dla wykonawców wiadome było, w jakich okolicznościach nastąpi waloryzacja wynagrodzenia oraz by wynagrodzenie było adekwatne do warunków ekonomicznych istniejących na etapie realizacji umowy. Przesłanki waloryzacji wynagrodzenia muszą być także adekwatne do

przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego, uznać należy, że formułując klauzulę waloryzacyjną Zamawiający zobligowany jest uwzględnić specyfikę danego zamówienia, w szczególności to, jakie materiały lub koszty będą kluczowe na etapie realizacji zamówienia lub ceny jakich materiałów oraz jakie koszty podlegają zmianom i w konsekwencji będą wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy.

Należy zwrócić uwagę, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie – leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku, z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę ofertową wszelkie ryzyka związane ze wzrostem kosztów realizacji usługi. Tym samym Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu się one zaktualizują na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zaś Zamawiający przewidzi w projekcie umowy klauzulę waloryzacyjną dostosowaną do warunków realizacji przedmiotowego zamówienia, Zamawiający poniesie wyłącznie realne koszty. Tezę tą potwierdzają także głosy doktryny: „co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu.” Zob. M. Jaworska (red.), Komentarz do art. 439 Prawa Zamówień Publicznych, Legalis.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 7 projektu umowy w sposób uwzględniający:

- **możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu cen także innych kosztów realizacji usługi niż tylko cena paliwa ON, w szczególności kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której przekazywane będą odpady oraz kosztów pracy, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że wniosek o dokonanie zmiany wynagrodzenia będzie możliwy w sytuacji wzrostu tych kosztów o więcej niż 7 % w stosunku do cen obowiązujących w dniu składania ofert;**
- **dopuszczenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 6 miesiącach od dnia podpisania umowy i kolejnych waloryzacji w okresach 6-miesięcznych.**

- 4) **Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję,**

Zgodnie z pkt 4.6.21. SOPZ Wykonawca w okresie obowiązywania umowy zobowiązany jest do osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, wielomateriałowych i szkła oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych w wysokości określonej w obowiązujących przepisach.

W § 16 ust. 1 pkt 10 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ Zamawiający przewidział karę umowną za nieosiągnięcie obowiązującego danym roku kalendarzowym poziomu recyklingu w wysokości 5 000 zł za każdy 1% brakujący do osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu.

Zgodnie z przepisem art. 3b ust. 1 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:

- 1) (...)
- 4) 45% wagowo - za rok 2024;
- 5) 55% wagowo - za rok 2025.

Zgodnie z pkt 4.6.24. SOPZ Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, odpadów komunalnych zebranych w PSZOK w Słupcy ul. Wspólna 8 oraz odpadów komunalnych zebranych z miejskich koszy ulicznych i z terenów publicznych Miasta zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2019 – 2025 wraz z planem inwestycyjnym /uchwała Nr XXII/405/20 Sejmiku Województwa Wielkopolskiego z 28 września 2020r./, zasadami gospodarki odpadami określonymi w ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach /tj. Dz. U. z 2023 r., poz.1587 ze zm./, ustawie z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach /tj. Dz. U. z 2023r. poz. 1469 ze zm./ uwzględniając zapisy Uchwały Rady Miasta Słupcy Nr VIII/46/11z dnia 2 czerwca 2011r. w sprawie przystąpienia Miasta Słupcy jako Wspólnika **do spółki prawa handlowego Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi (MZGOK) spółka z o.o. w Koninie ul. Sulańska 13** oraz uchwały Nr XV/88/11 Rady Miasta Słupcy z dnia 22 grudnia 2011r. w sprawie powierzenia Spółce pod firmą: Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie świadczenia usługi publicznej na rzecz Miasta w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi polegającej na odzysku i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych na instalacjach będących w posiadaniu MZGOK oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Miasto Słupca umowy wykonawczej na świadczenie usług w zakresie unieszkodliwiania odpadów komunalnych dla realizacji projektu pn.: „Uporządkowanie gospodarki odpadami na terenie subregionu konińskiego”.

W warunkach niniejszego zamówienia wykonawca ma niezwykle ograniczony zakres działań, które może podjąć, a które mają lub mogą mieć wpływ na osiągnięcie wymaganych poziomów odzysku i recyklingu. Najistotniejszym z tych czynników jest możliwość przekazania odpadów komunalnych zebranych selektywnie do doczyszczania w sortowni. W pozostałym zakresie działania wykonawcy realizującego przedmiotową usługę są istotnie ograniczone, gdyż wykonawca nie ma wpływu na wybór instalacji, do których zostaną przekazane odpady w celu zagospodarowania.

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku gdy około 50 % strumienia odpadów komunalnych z terenu gminy to odpady zmieszane na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, tj. 45 % w 2024 r. i 55% w 2024 r. jest niemożliwe do zrealizowania. Podkreślenia wymaga, że w odpadach selektywnie zbieranych, znajdują się wtrącenia, których nie da się poddać recyklingowi. Nie każdy rodzaj odpadów, nawet jeżeli są to odpady selektywnie gromadzone, podlega recyklingowi. Z uwagi na ograniczoną liczbę instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów w Polsce i dużą dostępność surowców na rynku, to recyklerzy dyktują warunki przyjęcia odpadów, narzucając wysokie standardy, jakim muszą odpowiadać odpady.

Odwołujący podkreśla, że osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca.

Poprzez próbę obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu, Zamawiający zmierza do przerzucenia obowiązku realizacji zadań własnych gminy w całości na podmiot trzeci, który, w oczywisty sposób nie dysponuje odpowiednimi instrumentami celem wykonania tych zadań, przerzucenia ryzyka finansowego związanego z brakiem osiągnięcia poziomów recyklingu przez gminy na taki podmiot trzeci, a w konsekwencji do pozbycia się przez gminy zarówno części zadań własnych, jak też uwolnienia się od sankcji administracyjnych w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, są to założenia i cele w oczywisty sposób sprzeczne z prawem, gdyż prowadzą do całkowitej utraty przez gminę zainteresowania podejmowaniem przez ich ograny działań w zakresie osiągania wymaganych poziomów recyklingu, m.in. działań edukacyjnych, działań propagujących należyłą segregację, działań organizacyjnych i działań sankcyjnych względem mieszkańców nierealizujących obowiązku selektywnej zbiórki odpadów.

Wykonawca nie może odpowiadać w stopniu przewidzianym przez Zamawiającego za brak osiągniętych poziomów recyklingu, ponieważ ich osiągnięcie zależy od wielu czynników, które w większości przypadków są całkowicie niezależne od wykonawcy. Wykonawca nie ma żadnego wpływu ani na ilość, ani na rodzaj wytworzonych na terenie Gminy odpadów komunalnych. Równie istotne znaczenie ma okoliczność, że Wykonawca nie ma swobody wyboru instalacji, do których będzie przekazywać odpady do zagospodarowania. Ponadto należy podkreślić, że ilość surowców możliwych do poddania recyklingowi w strumieniu odpadów komunalnych może się istotnie zmniejszyć z uwagi na wprowadzenie w Polsce systemu kaucyjnego od 1 stycznia 2025 r. Do systemu kaucyjnego trafią łatwo poddające się recyklingowi odpady – jednorazowe butelki z plastiku o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Co istotne Zamawiający będzie miał możliwość wliczenia tych odpadów do osiąganych przez Gminę poziomów. Z perspektywy wykonawcy, są to cenne surowce, które odpłyną ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Wskazać także należy na przepisy rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, które weszło w życie w dniu 4 września 2021 r. Rozporządzenie to wprowadziło nowy sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych oraz nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, który jest niekorzystny dla wykonawców.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SOPZ i projektu umowy poprzez wykreślenie obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziomym recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz postanowień dotyczących kary umownej za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu.

W imieniu Odwołującego
dr Anna Banaszewska

adwokat

Załączniki:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi z rejestru przedsiębiorców WPO ALBA S.A.
2. Pełnomocnictwo
3. Dowody uiszczenia opłaty skarbowej
4. Dowód uiszczenia wpisu
5. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu