



Kancelaria Prawna COMESTOR  
Radca prawny Ireneusz Żarłok  
ul. Grunwaldzka 2/4, 40-709 Katowice  
tel: 501 492 870  
e-mail: izarlok@comestor.pl

Mysłowice, dnia 5 września 2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
w Warszawie  
ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Gmina Sośnicowice  
ul. Rynek 19  
44-153 Sośnicowice  
tel. +48 32 238 71 91  
e-mail: [um@sosnicowice.pl](mailto:um@sosnicowice.pl)

**Odwołujący:**

Remondis Gliwice Sp. z o.o.  
ul. Kaszubska 2  
44-100 Gliwice  
KRS: 0000091555  
NIP: 631-22-11-431  
REGON: 276253371  
tel: 48 32 231 08 58  
e-mail: [gliwice@remondis.pl](mailto:gliwice@remondis.pl)

reprezentowany przez  
radcę prawnego Ireneusza Żarłok  
z Kancelarii Prawnej COMESTOR  
dane kontaktowe w nagłówku pisma.

**dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Sośnicowice”; nr sprawy: ROiSO.271.10.2024.DMA, nr ogłoszenia w DDUE: 511946-2024.

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego - Remondis Gliwice Sp. z o.o. w Gliwicach, na podstawie art. 513 pkt 1 w związku z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320; dalej: ustawa Pzp) wnoszę odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia – Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) oraz projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 9 do SWZ (dalej: wzór umowy) w postępowaniu na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Sośnicowice”; nr sprawy: ROiSO.271.10.2024.DMA, zaskarżając ich ukształtowanie w sposób:

- a) który obciąża negatywnymi konsekwencjami działań lub zaniechań nałożonych na Zamawiającego oraz mieszkańców Gminy Sośnicowice przez przepisy prawa wyłącznie Wykonawcę, a to w postaci zapisów pkt VIII tiret pierwsze OPZ oraz § 4 ust. 2 pkt 6) wzoru umowy, jak również § 12 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy, poprzez zobowiązanie Wykonawcy do osiągnięcia na obszarze Gminy Sośnicowice w każdym roku obowiązywania umowy poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów, o których mowa w § 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: ustawy porządkowej) w odniesieniu do zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie Gminy Sośnicowice i obciążenie Wykonawcy z tego tytułu karą umowną nieuwzględniającą współodpowiedzialności Zamawiającego,
- b) naruszający równowagę ekonomiczną stron umowy, niezapewniający ekwiwalentności świadczeń i przerzucenie ryzyka zmiany kosztów realizacji zamówienia wyłącznie na Wykonawcę, poprzez określenie współczynnika aktywującego uprawnienie Wykonawcy do zmiany wynagrodzenia na poziomie abstrakcyjnym, nierealnym, co sprawi że zapisy umowne będą „martwe”. Świadczyć to może o obejściu przepisów ustawy, nakazującej uwzględnienie waloryzacji w przypadku umów z okresem realizacji powyżej 6 miesięcy.

## I. Zarzuty Odwołującego

Przedstawionym wyżej działaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów:

- a) art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 483 § 1 k.c., 471 k.c., 354 § 2 k.c., art. 362 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 ustawy Pzp, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z dyrektywą 2004/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu w stosunku do treści pkt VIII tiret pierwsze OPZ oraz § 4 ust. 2 pkt 6) wzoru umowy, jak również § 12 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązków Wykonawcy niemożliwych do spełnienia, a jednocześnie w sposób przewidujący wyłącznie odpowiedzialność Wykonawcy za osiągnięcie określonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów, mimo tego że:
  - faktem notoryjnym jest problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, występujący w momencie ich odbioru od mieszkańców,
  - obowiązek uzyskania wymaganych ustawą porządkową wskaźników leży po stronie Zamawiającego, o czym wyraźnie stanowi art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, i brak jest podstaw do przerzucenia tego obowiązku w całości na Wykonawcę
  - istnieje obowiązek współdziałania przy realizacji usługi, a w treści dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego co do koniecznego takiego współdziałania w celu wykonania narzucanego Wykonawcy jednostronnie obowiązku,
  - istnieje możliwość po stronie mieszkańców Gminy do oddawania zebranych odpadów do innych punktów zbiorczych, co z kolei może skutkować obniżeniem ilości strumienia odpadów nadających się do recyklingu i w ogólnym rozrachunku do zmniejszenia wymaganego wskaźnika,

- po stronie Zamawiającego występuje możliwość ujęcia w obliczeniu tego wskaźnika także innych „źródeł” pochodzenia odpadów niż tylko umowa z wykonawcą, a które i tak – co wynika z analizy danych za lata poprzednie – nie pozwalają Zamawiającemu na osiągnięcie poziomów recyklingu. Do osiąganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu Zamawiający wlicza także np. odpady pochodzące z PSZOK, z kompostowników, z terenów niezamieszkałych, a od 1 stycznia 2025 r. także z systemu kaucyjnego, natomiast Wykonawca jedynie odpady ze zbiórki od mieszkańców (gdzie najwięcej odpadów to odpady zmieszane – ponad 50%), zaś Wykonawca na podstawie zaskarżonych postanowień OPZ i umowy zobligowany jest do osiągnięcia poziomów samodzielnie – co tym bardziej wskazuje na niemożliwość spełnienia tych wymagań,
  - to nie Wykonawca odpowiada za skład odpadów znajdujących się w pojemnikach przeznaczonych na zbieranie odpadów, natomiast nie może on powstrzymać się z odbiorem tych odpadów,
  - począwszy od 1 stycznia 2025 r. zostanie w Polsce wdrożony tzw. „system kaucyjny”, który niewątpliwie wpłynie na ilość i skład odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy (w praktyce może bowiem okazać się, że znacząca ilość odpadów ze strumienia podlegających recyklingowi nie będzie już odbierana w ramach umowy zawartej z Wykonawcą, lecz zwracana bezpośrednio przez ich posiadaczy do sklepów), czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku osiągnięcia wskaźników wskazanych w art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej w wysokości 55% w roku 2025 oraz 56% w roku 2026, sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej, co z kolei narusza zasady współzycia społecznego.
  - możliwe jest wcześniejsze rozwiązanie umowy, przed 31.12.2026 r. (w przypadku wykorzystania całości kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia) co nie przełoży się na modyfikację obowiązku osiągnięcia wskaźnika w stosunku rocznym, a tym samym Wykonawca będzie odpowiadał również za nieosiągnięcie określonego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów za okres, w którym nie będzie już świadczył umowy.
- b) art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 oraz ust. 4 ustawy pzp oraz w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 5 k.c. w związku z art. 58 k.c. i w związku z art. 8 ustawy pzp, poprzez określenie współczynnika umożliwiającego wystąpienie o waloryzację wynagrodzenia na poziomie nierealnym, nie znajdującym uzasadnienia w obecnej sytuacji gospodarczej, a przez to naruszające równowagę ekonomiczną stron umowy i brak ekwiwalentności świadczeń. Odwołanie się przez Zamawiającego do wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych (wskaźnik inflacji) publikowanego przez GUS na poziomie co najmniej 10% względem wartości tego wskaźnika jako referencyjnego z miesiąca, w którym upłynął termin składania ofert, nawet biorąc pod uwagę okres realizacji umowy, będzie praktycznie niemożliwe do uzyskania, co sprawi że zapisy waloryzacyjne stanowiąc będą regulacje iluzoryczne a przez to stanowiąc o obejściu prawa.

## II. Wnioski Odwołującego

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do dokonania zmian w dokumentacji postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego poprzez:

- a) usunięcie z pkt VIII tiret pierwsze OPZ zapisów odnoszących się do obowiązku Wykonawcy do osiągnięcia poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz rozporządzeniami wykonawczymi do tej ustawy,
- b) usunięcie § 4 ust. 2 pkt 6) wzoru umowy,
- c) usunięcie w § 12 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy zapisów odnoszących się do kary umownej za nieosiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości stanowiącej iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, o których mowa w § 4 ust. 2 pkt 6) umowy,
- d) zmiany zapisu § 16 ust. 9 wzoru umowy w taki sposób, aby minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów wyliczony w oparciu o relację pomiędzy wskaźnikami cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanych w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w ujęciu miesięcznym w stosunku do bazowej wartości tego wskaźnika z miesiąca w którym upłynął termin składania ofert, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosił 5 punktów procentowych,

ewentualnie [w zakresie wniosku objętego lit. a) – c)] do zobowiązania Zamawiającego do wprowadzenia zmian w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w taki sposób, aby:

- e) zapis pkt VIII tiret pierwsze OPZ oraz § 4 ust. 2 pkt 6) wzoru umowy zobowiązywał Zamawiającego do współpracy w celu wykonania umowy, w szczególności poprzez:
  - podejmowanie działań mających na celu edukację mieszkańców co do zasad selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, składu odpadów najbardziej przydatnych do recyklingu oraz negatywnych konsekwencji nieprzestrzegania zasad prawidłowego gromadzenia odpadów, co najmniej raz w miesiącu, w prasie lokalnej oraz na stronie internetowej Gminy,
  - zorganizowanie pikników mających wymiar ekologiczny, poprzez prezentowanie prawidłowych zasad dotyczących selektywnej zbiórki odpadów, recyklingu i powtórnego przetworzenia odpadów,
  - wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ustawy porządkowej. wobec wszystkich nieruchomości, co do których Wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania Wykonawcy o toku poszczególnych postępowań,
  - przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w odniesieniu do zamieszkałych nieruchomości w ilości co najmniej 50 nieruchomości miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcia postępowań, o których mowa powyżej, a także informowania Wykonawcy o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,

- a w przypadku niewykonania któregokolwiek z powyższych obowiązków braku możliwości zastosowania odpowiedzialności z tytułu kar umownych wskazanych w § 12 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy.

- f) zapis § 12 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy w zakresie kar umownych za brak osiągnięcia przez Wykonawcę poziomów wymaganych zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 6) wzoru umowy uwzględniał rozłożenie ryzyka za nieosiągnięcie tego wskaźnika na obie strony umowy, a nie przerzucał finansowej odpowiedzialności w całości na Wykonawcę, np. poprzez obniżenie wysokości kwoty jednostkowej za brakującą masę odpadów komunalnych do połowy stawki opłaty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska.

### **III. Koszty postępowania.**

Odwołujący wnosi również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

### **IV. Termin do wniesienia odwołania**

Odwołujący wskazuje, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27.08.2024r., zatem wniesienie odwołania nastąpiło w wymaganym ustawą 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 (art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Termin ten upływa w dniu 6.09.2024 r.

### **V. Interes do wniesienia odwołania.**

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem wprowadzone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania zapisy znajdujące się w OPZ oraz wzorze umowy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych wprowadzają nadmierne ryzyko po stronie Wykonawcy, a także są sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Odwołujący prowadząc działalność gospodarczą w branży stanowiącej przedmiot zamówienia jest zainteresowany jego uzyskaniem, niemniej jednak wprowadzone w dokumentach postępowania zapisy mogą zdecydować o zaniechaniu złożenia oferty i tym samym braku możliwości jego uzyskania; względnie złożenie oferty w takich warunkach (przerzucenia całkowicie odpowiedzialności za prawidłowość działania systemu recyklingu w Gminie na Wykonawcę, łącznie z obciążeniem go konsekwencjami finansowymi, które ze swej istoty ciążą na Gminie; iluzoryczna możliwość spełnienia warunków umożliwiających zastosowanie waloryzacji) może spowodować powstanie szkody materialnej (finansowej) po stronie Wykonawcy.

Powyższe oznacza że w obu potencjalnie występujących sytuacjach: braku złożenia oferty, jak i jej złożenia – dojść może do wyrządzenia szkody Wykonawcy, albo poprzez nieuzyskanie zamówienia, albo poprzez konieczność zapłaty kar umownych wynikających z nierównomiernie rozłożonego ryzyka kontraktowego na obie strony zobowiązania, lub konieczność poniesienia dodatkowych kosztów bez możliwości skompensowania tego

wzrostu waloryzacją wynagrodzenia. To prowadzi do wniosku, że warunek wynikający z art. 505 ustawy Pzp został spełniony.

## VI. Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 i 3 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu drogą elektroniczną na adres e-mail [um@sosnicowice.pl](mailto:um@sosnicowice.pl) który to adres wskazany został w SWZ.

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Sośnicowice”; nr sprawy: ROiSO.271.10.2024.DMA. W sporządzonych dokumentach zamówienia Zamawiający sformułował zapisy, które zdaniem Odwołującego naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i innych przepisów prawa poprzez takie rozwiązania przewidziane w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz wzorze umowy, które albo nakładają na Wykonawcę konieczność wykonania świadczeń o charakterze niemożliwym z jednoczesnym nałożeniem sankcji za jego niewykonanie w postaci kar umownych, lub przyznają temu Zamawiającemu niczym nieuzasadnioną przewagę w ramach zawieranego kontraktu, a tym samym powodując zachwianie równowagi stron tego stosunku zobowiązaniowego, co sprzeczne jest z art. 353<sup>1</sup> k.c.

### I. Zarzut dotyczący poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów.

Nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego w pierwszej kolejności należy upatrywać w przerzuceniu ciężaru obowiązku administracyjnego polegającego na zapewnieniu odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych praktycznie w całości na Wykonawcę i pozbycia się odpowiedzialności finansowej za niedopełnienie tych obowiązków, które ustawa porządkowa nakłada na jednostkę samorządu terytorialnego. Jest to zarzut o tyle istotny, że przedsiębiorcy (wykonawcy zapewniający odbiór odpadów z terenu jednostki) wykonują jedynie część zadań składających się na kompleksowy system gospodarki odpadami w gminie.

Zgodnie z treścią pkt VIII tiret pierwsze OPZ *Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych **przez siebie** odpadów komunalnych poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, z którym to obowiązkiem skorelowany został zapis § 4 ust. 2 pkt 6) wzoru umowy „Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania wszystkich obowiązków opisanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, a w szczególności osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło, wyliczanych zgodnie z obowiązującym w tym zakresie przepisami prawa”.* Tak skonstruowane zapisy wyraźnie pozwalają stwierdzić, że obowiązek zadbania o to, aby zapewnić należyty poziom

(wskaźnik) recyklingu odpadów komunalnych wyznaczony przepisami powszechnie obowiązującymi skierowany został wyłącznie do Wykonawcy.

Należy podkreślić, że zamiarem Wykonawcy nie jest kwestionowanie obowiązków wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym i tych, które nakładają osiągnięcie wymaganych poziomów odzysku w ramach gospodarki odpadami realizowanej przez gminy. Nie ulega również wątpliwości, iż poprzez zlecenie realizacji niektórych zadań z zakresu tej gospodarki, przedsiębiorcy uczestniczący w tym systemie winni również mieć te wymagania na uwadze, a prowadzone działania powinny umożliwić gminom osiągnięcie zakładanych przez ustawodawcę poziomów odzysku. Niemniej jednak nie może to przybierać tak jednostronnych rozwiązań, jak zaprezentowane przez Zamawiającego w postępowaniu, mając na uwadze problemy całego systemu gospodarowania odpadami czy przewidzianych rozwiązań ustawowych, które pogorszą sytuację Wykonawcy uniemożliwiając de facto spełnienie tego obowiązku.

Przewidziany przez ustawodawcę próg odzysku na lata 2025 i 2026 (czas realizacji niniejszego zadania), zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, ustalony został odpowiednio na poziomie 55% i 56%. Współczynnik ten odpowiada stosunkowi masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych. W tym kontekście istotne jest dokonanie oceny lat poprzednich pod kątem osiągnięcia wskaźników odzysku przez Zamawiającego, w celu uzyskania obrazu, czy w ogóle możliwe będzie zrealizowanie takich poziomów – a tym samym czy obowiązek nałożony na Wykonawcę w ogóle realnie będzie możliwy do spełnienia. Zgodnie z danymi przekazanymi przez Zamawiającego (załącznik nr 11 do SWZ), odnoszących się do lat 2021-2024, w strumieniu odpadów odbieranych od mieszkańców Gminy Sośnicowice przeważały odpady zmieszane (co jest standardem w obecnym czasie we wszystkich gminach w Polsce). W roku 2023 odpadów tych było 2002,18 Mg przy łącznej masie odpadów 3581,08 Mg. Ilość odpadów zmieszanych stanowi zatem ponad 50% ogólnej masy odpadów odebranych w ramach takiego zadania. Trzeba wskazać, że z odpadów tej frakcji stopień recyklingu jest znikomy, wahający się w zależności od instalacji komunalnej oraz od składu odpadów w zakresie od 1 do 4 %, a żadna instalacja nie zagwarantuje osiągnięcia wyższych poziomów. Potwierdza to poziom recyklingu, jaki jest uzyskiwany z terenu Gminy Sośnicowice w latach poprzednich. **W roku 2022 poziom ten wyniósł 16,63%, natomiast w roku 2023 udało się uzyskać poziom 30,74%.** Mimo ewidentnego wzrostu tego wskaźnika należy jednak mieć na uwadze, że w obu tych latach Zamawiający nie osiągnął wymaganego przepisami poziomu recyklingu, ten bowiem w roku 2022 miał wynieść 25%, a w roku 2023 – 35%! Już sam ten fakt dobitnie dowodzi, że mało prawdopodobne jest to, iż wskaźnik ten zbliży się do zakładanego poziomu 55% w roku 2025. Tym bardziej jest to nierealne, że sam Zamawiający wskazuje we wspomnianej tabeli podobne ilości odbioru poszczególnych frakcji odpadów w poszczególnych latach.

Dodatkowo trzeba zwrócić uwagę na fakt, iż informacje zawarte w analizach stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Sośnicowice w latach 2022 i 2023 w odniesieniu do ilości odpadów są zgoła odmienne od zaprezentowanych w tabeli znajdującej się w załączniku nr 11 do SWZ. Przykładowo:

	Rok 2022		Rok 2023	
	Wg analizy stanu	Wg tabeli załącznika nr 11 do SWZ	Wg analizy stanu	Wg tabeli załącznika nr 11 do SWZ

	gospodarki odpadami		gospodarki odpadami	
ilość niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych	2655,200 Mg	2133,34 Mg	2507,320 Mg	2002,18 Mg
ilość odpadów ulegających biodegradacji stanowiących odpady komunalne	824,460 Mg	818,06 Mg	906,660 Mg	901,98 Mg

Również i pozostałe rodzaje odpadów nie pokrywają się w ilościach przedstawionych przez Zamawiającego w załączniku nr 11 do SWZ, stąd uzasadnionym staje się pytanie które wartości są prawidłowe i które Wykonawca winien wziąć pod analizę?

Koniecznym jest również zauważyć, iż nawet z frakcji odpadów odbieranych w sposób selektywny nie jest możliwe uzyskanie 100% odpadów przeznaczonych do recyklingu i ponownego użycia, z uwagi na istniejące zanieczyszczenia. Dodatkowo część odpadów – w szczególności gromadzonych w PSZOK – można jedynie poddać unieszkodliwianiu, a nie recyklingowi. Tak jest w szczególności w przypadku odpadów niebezpiecznych takich jak farby, opakowania po farbach, inne odpady zawierające rtęć, urządzenia zawierające freony, leki inne niż wymienione w 20 01 31. Uwzględniając ilości poszczególnych odpadów w tych kategoriach, jeszcze bardziej obniżeniu ulega masa odpadów, jakie mogą być poddane recyklingowi i ponownemu przetworzeniu, co w bezpośredni sposób rzutuje na wyliczenie wskaźnika poziomu odpadów obniżając go (co jest prostym zastosowaniem reguł matematycznych, gdzie zmniejszenie wielkości w liczniku ułamka przy niezmiennym mianowniku sam ułamek ulega zmniejszeniu).

**Dowód:**

- analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Sośnicowice za 2022 r.
- analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Sośnicowice za 2023 r.

Powyższe analizy dostępne są na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem:  
<https://www.sosnicowice.pl/wp-content/uploads/2024/08/Analiza-stanu-gospodarki-odpadami-komunalnymi-na-terenie-gminy-Sosnicowice-za-2022r.pdf>  
<https://www.sosnicowice.pl/wp-content/uploads/2024/08/Analiza-stanu-gospodarki-odpadami-komunalnymi-na-terenie-gminy-Sosnicowice-za-2023r.pdf>

Dodatkowo w wyniku przyjętych już rozwiązań ustawowych, rok 2025 przyniesie zmiany oddziałujące na kształt gospodarki odpadami poprzez wprowadzenie powszechnego systemu kaucyjnego. Biorąc pod uwagę wszystkie analizy dostępne w chwili obecnej szacuje się, że jego uruchomienie przyniesie poziom skuteczności w okolicach 90% usunięcia surowców wtórnych (plastikowych butelek, opakowań szklanych) ze strumienia odpadów odbieranych przez przedsiębiorców od mieszkańców, co oznacza drastyczny spadek poziomu recyklingu uzyskiwanego przez podmioty odbierające odpady od mieszkańców gminy (skoro będą one bezpośrednio dostarczane przez mieszkańców do podmiotów zobowiązanych do ich odbioru, tj. sklepów). Rewolucja ta nie wpłynie jednakże na poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użytku odpadów komunalnych przez



Zamawiającego ponieważ podmioty reprezentujące wprowadzających napoje w opakowaniach będą zobowiązani do składania gminom sprawozdań w oparciu o art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi. Natomiast wpłynie to na poziomy osiągane przez wykonawców usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, bowiem to właśnie ze strumienia w dużej mierze przez te podmioty odbieranego, odpady te zostaną ujęte.

Z jednej zatem strony Wykonawca pozbawiony zostanie „dopływu” odpadów tych frakcji, które miałyby decydujący wpływ na osiągnięcie poziomu odzysku, ale z drugiej strony Zamawiający i tak ten strumień odpadów będzie mógł doliczyć do wskaźnika z uwagi na raportowanie samych podmiotów odbierających te opakowania z systemu kaucyjnego. Jest to w niniejszej sprawie o tyle istotne, że osiągnięcie zadanego wskaźnika przewidziane w umowie zostało wobec strumieni odpadów odbieranych wyłącznie przez Wykonawcę, a nie przy udziale innych podmiotów (wprost wskazuje na to użycie w pkt VIII OPZ słów „(...) do masy odebranych **przez siebie** odpadów komunalnych”). W efekcie pewne jest, że w latach realizacji umowy (2025-2026) Wykonawca osiągnie poziom odzysku znacznie niższy, aniżeli wskaźnik wyliczony przez Zamawiającego – co w bezpośredni sposób wpłynie na poziom kar umownych naliczonych Wykonawcy.

#### **Dowód:**

Artykuł „System kaucyjny” na stronie internetowej Gov.pl  
<https://www.gov.pl/web/klimat/system-kaucyjny>

Zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, obowiązek osiągnięcia wymaganego ustawa poziomu odzysku spoczywa na gminie. To gmina zobligowana została w ramach kompleksowo prowadzonego systemu gospodarowania odpadami do takiego jego zorganizowania, aby ten obowiązek wykonać. System gospodarki odpadami to nie tylko sam odbiór odpadów; zgodnie z ustawą gminy zobligowane są np. tworzyć punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, czy chociażby prowadzić działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi. Przeniesienie zatem tego obowiązku w całości na podmiot wykonujący jedynie jeden z elementów składających się na system gospodarki odpadami w gminie stanowi obejście przepisów prawa administracyjnego. Jest bowiem oczywiste, że skoro ustawodawca zdecydował się na obciążenie właśnie gmin obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu i ponownego przygotowania do użycia odpadów komunalnych, to właśnie gminy muszą podejmować działania w tym kierunku. Gdyby ustawodawca miał inny zamiar – to tak jak w odniesieniu do odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości (art. 9x ust. 2 w związku z art. 9g ustawy porządkowej) – karę administracyjną nakładałoby się właśnie na podmiot odbierający odpady. Tymczasem Wykonawca nie ma realnego wpływu na to, co właściciele nieruchomości umieszczą w pojemnikach na odpady; nie ma wpływu na to, co zostanie przekazane do punktów skupu czy innych miejsc (PSZOK); nie ma wpływu na to jak zostanie system gospodarowania odpadami zorganizowany; nie ma powierzonych zadań, które pozwoliłyby na poprawienie selekcji odpadów podlegających recyklingowi czy powtórnemu przetworzeniu. Zgodnie z postanowieniami OPZ, Wykonawca będzie miał wpływ na odpady selektywnie gromadzone, bowiem w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w zakresie selektywnej zbiórki przez mieszkańców – ma obowiązek poinformować Zamawiającego o tych nieprawidłowościach, ale i tak ostatecznie ma obowiązek odebrać te odpady. Brak jest natomiast mechanizmu

„odwrotnego”, w ramach którego możliwe byłoby stwierdzenie obowiązku „rozsegregowania” odpadów zmieszanych przez właściciela nieruchomości.

Powyższe rozważania mają istotne znaczenie z punktu widzenia Wykonawcy, który de facto na podstawie zapisów zawartych we wzorze umowy ponosi wyłączną odpowiedzialność finansową za nieosiągnięcie wymaganych poziomów odzysku, i to poziomów odnoszących się do strumienia odpadów, które odebrał (a nie całości odpadów pozostających we władztwie Gminy Sośnicowice). Zapis § 12 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy nie pozostawia pola do odmiennej interpretacji, wskazując jednoznacznie, że kary umowne naliczane są *za każdą tonę brakującej masy odpadów komunalnych obliczonej w odniesieniu do masy odebranych odpadów, a wymaganej do osiągnięcia poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami*. To oznacza, że Wykonawca poniesie odpowiedzialność finansową w sytuacji gdy nie ma on realnego wpływu na zagwarantowanie czy wymaganie uzyskania odpowiedniego poziomu odzysku, a dodatkowo – kwotowo odpowiedzialność ta będzie większa niż odpowiedzialność administracyjna Gminy Sośnicowice (bowiem kara naliczona nie będzie 1:1, skoro po stronie Zamawiającego wskaźnik ten będzie się przedstawiał w inny sposób). Prowadzić to będzie wprost to wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy w całkowicie nieuzasadniony sposób.

Ponadto wskazać należy, że istnieje obowiązek minimalizacji skutków szkody, inaczej nazywany także obowiązkiem współdziałania, który wynika bezpośrednio z treści art. 354 k.c., a którego brak w realizacji postanowień zawartych w treści dokumentacji toczącego się postępowania. Zamawiający wprost przerzuca konsekwencje swojego działania lub zaniechania na Wykonawcę usługi. Tymczasem, na podstawie art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonywać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób im odpowiadający. § 2 tego przepisu zakłada zaś, iż w taki sam sposób wierzyciel (w tym przypadku Zamawiający) powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Tymczasem w obowiązkach Zamawiającego nie sposób dostrzec jakiegokolwiek współdziałania/współpracy przy realizacji założonego obowiązku. Jak wynika z wyżej przytoczonych przepisów to gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, m.in. poprzez zapewnienie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Przy czym selektywne zbieranie odpadów komunalnych jest jedną z metod służących do osiągnięcia przez gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu. W przypadku niskiej świadomości mieszkańców (na którą Wykonawca nie posiada jakiegokolwiek wpływu) nie będzie możliwe uzyskanie wymaganych prawem poziomów recyklingu. W takim stanie rzeczy, bez woli współpracy Gminy i tylko prostym przerzuceniu obowiązku na Wykonawcę, jego wykonanie jest praktycznie niewykonalne.

Odpowiedzialność Wykonawcy za należyte wykonanie przyjętego na siebie zobowiązania nie może przyjmować charakteru nieograniczonego. Kary umowne, stanowiące w tym przypadku substytut odszkodowania, nie mogą kształtować odpowiedzialności Wykonawcy w taki sposób, że będzie on również zobligowany do ich uiszczenia z tytułu okoliczności, za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności – bo nie ma na nie wpływu. Jedynie wyłączna wina Wykonawcy uzasadniałaby powstanie obowiązku zwrotu naliczonej Zamawiającemu kary administracyjnej – czy to w formie odszkodowania,

czy – jak w tym przypadku – kary umownej. Skoro zatem Wykonawca nie posiada bezpośredniego wpływu na poziom selektywnej zbiórki odpadów w Gminie, a także na ilość odpadów poddawanych recyklingowi w instalacji, gdyż wykonuje swoje obowiązki zgodnie z treścią Umowy, nie sposób uznać iż to Wykonawca winien zapłacić karę umowną za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Kara umowna czy świadczenie gwarancyjne co do zasady, może być naliczane w stosunku do wykonawcy zamówienia publicznego wyłącznie w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi następuje z winy wykonawcy. Jak wyjaśniła m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 maja 2013 roku, sygn. KIO 909/13:

*„Wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia nakładającego na wykonawcę kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności ocenione zostać powinno, w świetle klauzuli generalnej ograniczającej wykonywanie praw podmiotowych oraz zasadę swobody umów poprzez odesłanie do zasad współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 i 353[1] KC, za niewłaściwe”.*

Obecna treść ustawy Pzp tym bardziej wzmacnia te zasady wskazując, że postanowienia przenoszące na Wykonawcę odpowiedzialność kontraktową za nie swoje działania lub zaniechania, stanowią klauzule abuzywne. Ponadto zgodnie z art. 471 k.c. *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.* Powyższe oznacza, że wina jest obligatoryjną przesłanką naliczenia kary umownej ale także i świadczenia gwarancyjnego. Jeżeli Wykonawca nie ponosi winy, to nie może być mowy o karze umownej lub obowiązku świadczenia gwarancyjnego. Wiąże się z tym również fakt, że podmiot musi ponosić odpowiedzialność za naruszenie ciężącego na nim obowiązku. Brak odpowiedzialności wyłącza możliwość poniesienia negatywnych konsekwencji.

Nie mniej istotne jest również to, że Zamawiający w świetle przepisów prawa ma możliwość do domagania się zmniejszenia nałożonej ewentualnie kary administracyjnej za nieosiągnięcie poziomu odzysku, odstąpienia od jej nałożenia czy nawet jej umorzenia (art. 189f kodeksu postępowania administracyjnego), jeżeli ziszczą się przesłanki zawarte w ww. przepisach (podjęcie działań naprawczych, usunięcie przyczyn nałożenia kary, brak zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska). Powyższe korzystne dla Zamawiającego możliwości, w myśl postanowień projektu umowy, nie wpłyną jednak na podstawę naliczenia kary umownej od Wykonawcy.

Argumenty powyższe były również podstawą orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2024 r. sygn. KIO 102/24, gdzie Izba uznała przerzucenie całości odpowiedzialności za osiągnięcie poziomu odzysku wyłącznie na Wykonawcę za działanie nieuzasadnione, i nie znajdujące oparcia w obowiązujących przepisach, słusznie uznając takie zapisy za sprzeczne z prawem.

## **II. Zarzut dotyczący zastosowanej klauzuli waloryzacyjnej.**

Klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Niewątpliwie urealnienie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich

rynkowych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia, czy w ostateczności do jego niewykonania – co przecież celem zawieranej umowy nie jest. Istotne zatem jest to, w jaki sposób klauzula waloryzacyjna zostanie przez strony uregulowana w umowie, w szczególności czy warunki zastosowania waloryzacji będą możliwe do wystąpienia – w przeciwnym razie dojdzie do wypaczenia celu ww. przepisu. Jednocześnie należy sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że choć „Zamawiający ma dużą swobodę w zakresie formułowania postanowień, o których mowa w art. 439 ust. 1 PrZamPubl, [to] nie mogą być one sformułowane w taki sposób, aby wypaczać cel tego przepisu, czyli tak, że w rzeczywistości w żadnym przypadku zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie będzie skutkowałą powstaniem możliwości wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy” (tak: wyrok KIO z 2 sierpnia 2022 r., sygn. KIO 1822/22).

„Celem zastosowania art. 439 PrZamPubl jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia” (tak: wyrok KIO z 21 listopada 2022 r., sygn. KIO 2927/21). Tym samym, sposób ukształtowania § 16 wzoru umowy w zakresie regulującym mechanizm waloryzacji, 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. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 5 k.c., chociażby w sposób niezapewniający wyważenia uzasadnionego interesu wykonawcy, skupiając się wyłącznie na interesie Zamawiającego. Należy mieć również na uwadze to, że „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” (tak: wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3600/21).

Sprzeczność czynności prawnej (a taką jest oświadczenie Zamawiającego stanowiące SWZ) z zasadami współzycia społecznego oznacza, że w świetle reguł powszechnie akceptowalnych 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 współzycia społecznego, bowiem przerzuca na wykonawcę całą odpowiedzialność za zwiększenie kosztów realizacji umowy bez zapewnienia mu możliwości skorzystania z waloryzacji – ponieważ ustalona na tak wysokim poziomie jak w § 16 ust. 9 wartość 10% w zasadzie wyłącza możliwość ubiegania się przez Wykonawcę o waloryzację wynagrodzenia, w sytuacji gdy wzrost kosztów realizacji usługi jest zjawiskiem zupełnie poza wpływem Wykonawcy. Zgodnie z zapisem wzorca umowy, wartość ta

wyliczona będzie poprzez porównanie wskaźnika inflacji w ujęciu miesięcznym względem wysokości tego wskaźnika w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert. Z racji tego, że wskaźniki te nie są publikowane dla wszystkich okresów odniesienia, wyliczenie opierać się będzie na metodzie nawiązań łańcuchowych (zgodnie ze wskazaniem GUS).

Analizując ostatnie dane charakteryzujące zjawisko inflacji w oparciu o wskaźniki miesięczne opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny, zauważyć należy, że zmiany wartości wskaźników względem poprzedniego miesiąca w 2024 r. nie przekraczają 1,5%, a w pierwszej połowie miesiąca niekiedy zmiany były symboliczne – rzędu 0,1 – 0,2%. Co prawda zweryfikowane prognozy odnoszące się do 2025 r. przewidują wzrost inflacji do poziomu zbliżonego do 5%, niemniej jednak należy dostrzec, że szczyt wzrostu cen towarów i usług przypadać ma na I kwartał 2025 r. Zakładając, że umowa na realizację zamówienia z wybranym Wykonawcą zostanie zawarta w IV kwartale tego roku, będziemy mieli do czynienia z wysokim progiem bazowym wskaźnika miesięcznego, co spowoduje, że kolejne wartości inflacji względem bazowej wartości już tak wysokiego poziomu nie osiągną. W kolejnych miesiącach wskaźnik ten zapewne będzie spadać, co definitywnie nie pozwoli na osiągnięcie poziomu zakładanego przez Zamawiającego w klauzuli waloryzacyjnej (tzw. progu wejścia). Wydaje się, że poprzez jego obniżenie do poziomu 5% w realny sposób przywrócona zostanie możliwość wystąpienia przez Wykonawcę z wnioskiem o dokonanie waloryzacji.

	I 2024	II 2024	III 2024	IV 2024	V 2024	VI 2024	VII 2024
Grudzień poprzedniego roku – 100	100,4	100,7	100,9	102,0	102,1	102,2	103,7
Poprzedni miesiąc = 100	100,4	100,3	100,2	101,1	100,1	100,1	101,4

źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja-/miesieczne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-od-1982-roku/>

#### **Dowód:**

artykuł na stronie internetowej gov.pl „Założenia projektu budżetu państwa na rok 2025” <https://www.gov.pl/web/premier/zalozenia-projektu-budzetu-panstwa-na-rok-2028>

Wszystko powyższe pozwala stwierdzić, że wniesienie niniejszego odwołania jest zasadne i konieczne.

Za Odwołującego

#### **Załączniki:**

1. odpis z KRS Wykonawcy,
2. dowody wymienione w treści pisma,
3. potwierdzenie nadania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. dowód uiszczenia opłaty od odwołania,
5. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej