

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

Biurow:
Wrocław

Telefon:
0048 71 326 51 40

E-Mail:
wroclaw@sdzlegal.pl

Wrocław, dnia 28 grudnia 2023 r.

Odwołujący: **REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu, ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, zastępowana przez radcę prawnego Aleksandrę Płudowską, 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; aleksandra.pludowska@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Miasto Poznań**, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań, adres do doręczeń: Urząd Miasta Poznania, Biuro Zamówień Publicznych, ul. Za Bramką 1, 61-842 Poznań, tel.: (61) 878 52 10, e-mail: zpb@um.poznan.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą: *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych*; numer referencyjny: ZPb-II.271.115.2023.SA, zwanego dalej „Postępowaniem”

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2023 r. pod numerem: 00765720-2023



ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – REMONDIS Sanitech Poznań 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 2023 r., poz. 1605 j.t. 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. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „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 i art. 17 ust. 1 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:
 - a) stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: jako „GUS”), dotyczących dwunastu następujących po sobie miesięcy, będzie wynikać, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych wskazanych we Wzorze Umowy wynosi mniej niż 95 lub więcej niż 105, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt rygorystyczny, aby waloryzacja wynagrodzenia w rzeczywistości wystąpiła, była skuteczna i realnie chroniła strony przed skutkami zmian kosztów w sposób zgodny z celem klauzuli waloryzacyjnej,
 - b) wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia tylko po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, natomiast, aby waloryzacja realnie spełniała swoją funkcję konieczne jest ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w taki sposób, aby zmiana wynagrodzenia była dopuszczalna co 6 miesięcy, a pierwsza waloryzacja mogła nastąpić po upływie pełnych 6 miesięcy obowiązywania umowy i odnosiła się do danych GUS z sześciu (zamiast dwunastu) następujących po sobie miesięcy,co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego 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;
- 2) **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 stycznia 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;

- 3) **naruszenie art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c.** poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego w zakresie, w jakim Zamawiający formułuje kary umowne w § 14 ust. 3 pkt 14-20, 25-28, 20-31, 37, 39, 41, 46, 47, 50 Wzoru Umowy także za okoliczności niezależne od wykonawcy (niezależne od prawidłowego wykonywania przez niego umowy), nieproporcjonalne w stosunku do skali uchybienia wykonawcy lub w oderwaniu od celu, jakiemu służyć powinna kara umowna, co w konsekwencji powoduje powstanie po stronie wykonawcy zbyt dużego ryzyka kontraktowego;
- 4) **naruszenie art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c.** poprzez wprowadzenie w §11 Wzoru Umowy prawa dokonywania kontroli sposobu wykonywania umowy nieprawidłowo, tj. wprowadzenie niedookreślonego katalogu uprawnień kontrolnych Zamawiającego, wprowadzenie otwartego katalogu dokumentów i informacji, które wykonawca ma przedstawić na żądanie Zamawiającego oraz niewprowadzenie procedury przedstawienia uwag lub wyjaśnień wykonawcy do ustaleń przedstawionych w protokole kontroli, co stanowi dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, co dodatkowo zostało powiązane z karą umowną z §14 ust. 3 pkt 54 Wzoru Umowy, która została sformułowana nadmiernie szeroko, tj. może zostać



nałożona za każdy przypadek „utrudnienia” przeprowadzenia kontroli – co narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

- 5) **naruszenie art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez wprowadzenie w pkt IX ppkt 1.2 OPZ oraz w pkt IX ppkt 11.1 i 11.2 OPZ obowiązku realizacji odbioru odpadów komunalnych niezależnie od szczególnych uwarunkowań związanych z obsługiwana nieruchomością (nawet w przypadku braku dostępu pojazdu do nieruchomości) w zakresie, w jakim jest to sprzeczne a przepisami prawa dotyczącymi bezpieczeństwa pracy pracowników wykonawcy oraz aktami prawa miejscowego, które nakładają na właścicieli Nieruchomości obowiązek zapewnienia dostępu do pojemników.

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:

- 1) zmianę § 9 ust. 3 Wzoru Umowy poprzez zmianę klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel klauzuli, tj. poprzez:
 - a) dopuszczenie możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku, gdy z danych GUS dotyczących **6 (sześciu)** następujących po sobie miesięcy będzie wynikało, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, określonych w § 9 ust. 3 pkt 2 Wzoru Umowy, **wynosi mniej niż 97,5 lub więcej niż 102,5;**
 - b) dopuszczenie zmiany wynagrodzenia **co 6 miesięcy**, jak również dopuszczenie, aby pierwsza waloryzacja mogła nastąpić **po upływie pełnych 6 miesięcy** obowiązywania umowy;
- 2) wprowadzenie 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 stycznia 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;
- 3) w zakresie zarzutów dotyczących kar umownych z § 14 ust. 3 pkt 14-20, 25-28, 20-31, 37, 39, 41, 46, 47, 50 Wzoru Umowy – wprowadzenie we Wzorce Umowy zastrzeżenia, że wykonawca jest zwolniony od obowiązku zapłaty kary umownej, jeśli wykaze, że przesłanka do nałożenia kary wynikała z okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada;
- 4) w zakresie zarzutów dotyczących § 11 Wzoru Umowy (prawa dokonywania kontroli sposobu wykonywania Umowy) - wprowadzenie we Wzorce Umowy zamkniętego katalogu uprawnień kontrolnych Zamawiającego, zamkniętego katalogu dokumentów i informacji, których może żądać Zamawiający w toku kontroli oraz wprowadzenie procedury przedstawienia uwag wykonawcy do ustaleń przedstawionych w protokole kontroli, a także zmianę karą umowną z §



14 ust. 3 pkt 54 Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie zamkniętego katalogu okoliczności, które mogą stanowić podstawę do nałożenia kary umownej na wykonawcę;

- 5) usunięcie z pkt IX ppkt 1.2 OPZ oraz w pkt IX ppkt 11.1 i 11.2 OPZ obowiązku realizacji odbioru odpadów komunalnych niezależnie od szczególnych uwarunkowań związanych z obsługiwaną nieruchomością.

Odwołujący wnosi o konsekwentne wprowadzenie zmian również w pozostałych dokumentach zamówienia.

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 11 kwietnia 2022 r. Odwołujący dochował zatem terminu na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 515 Pzp.

Interes

Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Jak przy tym wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)*. (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1691/12; KIO 1704/12). 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, zwłaszcza że w ostatnich latach świadczył na rzecz Zamawiającego usługi z zakresu odbioru odpadów z nieruchomości położonych na terenie Poznania.



UZASADNIENIE

I. Wstęp

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych.
2. Co istotne, zamówienie będzie realizowane przez maksymalnie **36 miesięcy** od podpisania umowy.
3. 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 wszelkie możliwe ryzyka na wykonawcę przy jednoczesnym braku dostosowania Wzoru Umowy do niestabilnej sytuacji gospodarczej, wskazuje dodatkowo na niezgodność działań Zamawiającego z zasadami współżycia społecznego i wpływa zawężająco na konkurencję w Postępowaniu. W świetle powyższego wniesienie niniejszego odwołania jest w konieczne i w pełni uzasadnione.

II. Zarzuty dotyczące tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” (zarzut nr 1)

4. Zgodnie z postanowieniami § 9 ust. 3 Wzoru Umowy:

„3. Na zasadach określonych w Umowie, na podstawie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP, Strony będą waloryzowały wynagrodzenie z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy (dalej: Waloryzacja). Waloryzacja będzie polegała na zmianie wysokości cen jednostkowych, o których mowa § 7 ust. 1 Umowy na zasadach opisanych w niniejszym ustępie:

- 1) ***Zmiana wynagrodzenia może nastąpić z inicjatywy Zamawiającego lub na wniosek Wykonawcy w przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) dotyczących 12 (dwunastu) następujących po sobie miesięcy wynika, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, określonych w pkt 2), wynosi mniej niż 95 lub więcej niż 105.***
- 2) *Średnia arytmetyczna, o której mowa w pkt 1) wyliczana jest na podstawie danych w tabeli „Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 roku” w części „Analogiczny miesiąc poprzedniego roku = 100” prezentowanej na stronie GUS w zakładce „Obszary tematyczne” i dalej „Ceny. Handel” w tabeli „Wskaźniki cen” w poz. „Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. inflacja)”. Przy ustalaniu*

miesięcy, o których mowa w pkt 1), **uwzględnia się 12 ostatnich, pełnych miesięcy objętych Umową poprzedzających miesiąc składania wniosku.**

- 3) **Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku, złożonego przez Wykonawcę lub z inicjatywy Zamawiającego. Wniosek powinien zawierać w szczególności prawidłowe wyliczenie średniej arytmetycznej zgodnie z pkt 2) i wyliczenie zwaloryzowanych cen jednostkowych. Pierwszy wniosek lub inicjatywa Zamawiającego może być odpowiednio złożony lub podjęta najwcześniej po upływie pełnych 12 miesięcy obowiązywania Umowy, z uwzględnieniem pkt 8).**
- 4) Zmiany wynagrodzenia można dokonać nie częściej niż dwa razy w roku kalendarzowym:
- a) raz na wniosek Wykonawcy, przy czym pierwsza waloryzacja może nastąpić **po upływie pełnych 12 miesięcy obowiązywania Umowy**, z zastrzeżeniem pkt 8), a kolejna (na wniosek Wykonawcy), może nastąpić **nie wcześniej, niż po upływie 12 miesięcy następujących od miesiąca**, w którym zaczęły obowiązywać ceny zwaloryzowane na wniosek Wykonawcy,
 - b) raz z inicjatywy Zamawiającego, przy czym pierwsza waloryzacja może nastąpić po upływie pełnych 12 miesięcy obowiązywania Umowy, z zastrzeżeniem pkt 8), a kolejna (z inicjatywy Zamawiającego), może nastąpić nie wcześniej, niż po upływie 12 miesięcy następujących od miesiąca, w którym zaczęły obowiązywać ceny zwaloryzowane z inicjatywy Zamawiającego,
- 5) Zmiana wysokości cen jednostkowych, o których mowa § 7 ust. 1 Umowy obliczana będzie zgodnie ze wzorem:

$$CW = C + (C \cdot W\%)$$

gdzie:

CW – Wysokość ceny jednostkowej po waloryzacji stanowi

C – cena jednostkowa, o której mowa § 7 ust. 1 Umowy

W% – wyliczony wskaźnik waloryzacji, za pomocą wzoru:

$$W\% = \frac{(W_{sr}\% - 100\%)}{2}$$

gdzie:

$W_{sr}\%$ – średnia arytmetyczna wskaźników cen, o której mowa w pkt 1) i 2) określona procentowo.

- 6) W przypadku waloryzacji, podstawą do obliczenia CW będą stawki jednostkowe obowiązujące w momencie składania wniosku/podjęcia inicjatywy.
- 7) Zaktualizowane ceny jednostkowe będą obowiązywały po upływie 30 dni od dnia prawidłowo złożonego wniosku Wykonawcy lub przesłania przez Zamawiającego informacji do Wykonawcy o podjęciu inicjatywy ze skutkiem od 1 dnia miesiąca przypadającego po upływie tych 30 dni.

- 8) *Jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert.*
 - 9) *Strony ustalają maksymalną wartość zmiany (tj. wzrost lub obniżenia) wynagrodzenia łącznego, o którym mowa w § 7 ust. 2 Umowy w efekcie zastosowania zwaloryzowanych cen jednostkowych na poziomie nie większym niż 10% w stosunku do wysokości określonej w dniu zawarcia Umowy*
 - 10) *Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z powyższymi postanowieniami, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania Podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:*
 - a) *przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi,*
 - b) *okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.”.*
5. W ocenie Odwołującego narzucony przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera dopiero stronom możliwość ubiegania się o dokonanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy, narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Poziom ten odnosi się do średniej arytmetycznej ogłaszanych przez GUS miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, która wynosić ma mniej niż 95 lub więcej niż 105. **Powyższe oznacza, że aby wykonawca mógł zawnioskować o zmianę wynagrodzenia poprzez jego podwyższenie średni wzrost cen (w oparciu o dane z ostatnich 12 miesięcy poprzedzających miesiąc złożenia wniosku waloryzacyjnego) musiałby wynieść co najmniej 5%.**
6. Założenia Zamawiającego nie przystają jednak do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. O ile bowiem jeszcze w 2022 r. (zgodnie z komunikatami GUS) średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych dla gospodarstw domowych emerytów i rencistów w 2022 r. w stosunku do 2021 r. wyniósł 114,8 (wzrost cen o 14,8%), o tyle w roku 2023 r. i w latach kolejnych będzie już niższy. Co istotne, w ostatnich miesiącach tego roku widać wyraźny spadek poziomu inflacji w porównaniu z jego początkiem. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku spadku cen, a wyłącznie ich mniejszy wzrost, co bezpośrednio wpływa na sytuację wykonawcy.
7. Na moment składania niniejszego odwołania GUS nie publikował jeszcze średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych dla gospodarstw domowych emerytów i rencistów w 2023 r. w stosunku do 2022 r., jak również danych za grudzień 2023 r., ale opublikowane są dane z pierwszych jedenastu miesięcy 2022 r., które wyglądają następująco:



Rok	MIESIĄCE											
	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12
2023	116,6	118,4	116,1	114,7	113,0	111,5	110,8	110,1	108,2	106,6	106,6	
2022	109,4	108,5	111,0	112,4	113,9	115,5	115,6	116,1	117,2	117,9	117,5	116,6

Odwołujący wyjaśnia w tym miejscu, że przywołuje dane zawarte w tabeli „Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 roku” w części „Analogiczny miesiąc poprzedniego roku = 100” prezentowanej na stronie GUS w zakładce „Obszary tematyczne” i dalej „Ceny. Handel” w tabeli „Wskaźniki cen”, czyli do analogicznych danych jak te, w oparciu o które ma być waloryzowane wynagrodzenie wykonawcy w ramach tego kontraktu.

Dowód: strona internetowa GUS: <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/>

Powyższe dane wskazują na to, że w ostatnich miesiącach roku 2023 inflacja osiąga już niższe wartości niż na początku tego roku. W listopadzie 2023 r. wzrost cen osiągnął poziom 6,5 %, czyli w niewielkim stopniu przekracza określony przez Zamawiającego poziom 5%. Odwołujący ma świadomość, że projektowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna odnosi się do średniej arytmetycznej cen z 12 miesięcy, która w roku 2023 r. najpewniej przekroczy 10%, ale zauważa, że to nie dane historyczne a prognozy na przyszłość powinny być dla Zamawiającego bazą, w odniesieniu do której powinien projektować postanowienia Wzoru Umowy. Tymczasem, zapewnienia Narodowego Banku Polskiego (dalej jako „NBP”) i jego cel inflacyjny to ograniczenie wskaźnika inflacji.

8. Odwołujący zapoznał się z aktualnymi prognozami NBP dotyczącymi poziomu inflacji w najbliższych dwóch latach i prognozy te są następujące:

CPI, r/r, %	2021	2022	2023	2024	2025
Listopad 2023	5,1	14,4	11,4	4,6	3,7
Lipiec 2023	5,1	14,4	11,9	5,2	3,6

Dowód: strona internetowa NBP: <https://nbp.pl/projekcja-inflacji-i-pkb-listopad-2023/>

Powyższe oznacza, że średnioroczny wzrost cen (zgodnie z prognozami NBP) nie przekroczy 5% zarówno w roku 2024, jak i w roku 2025, w których będzie realizowana usługa, choć ceny (a tym samym koszty realizacji kontraktu) nadal będą rosły. Mimo to wykonawca nie będzie mógł domagać się zmiany wynagrodzenia umownego. Określony przez Zamawiającego we Wzorze Umowy poziom wzrostu cen jest bowiem zbyt wysoki, przez co w praktyce nie będzie możliwe skorzystanie z klauzuli waloryzacyjnej i zrealizowanie celu, jakiemu służyć ma przepis art. 439 Pzp, co świadczy wręcz o pozornym wypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku, o którym mowa w przepisie art. 439 ust. 1 Pzp.

9. Tymczasem przedmiotowe zamówienie będzie realizowane aż do 30 czerwca 2027 r., a wykonawca nie wie i obiektywnie nie ma możliwości pozyskania wiedzy co do tego, w jaki sposób, przez cały ten okres, kształtować się będzie poziom cen, zwłaszcza że w kraju doszło do zmiany władzy, a nowy rząd dopiero krystalizuje swoją politykę, więc wszelkie rozważania co do sytuacji gospodarczej w kraju w najbliższych latach są mocno niepewne. Nie zmienia to faktu, że ostatnie dane NBP wskazują na to, że inflacja w kolejnych latach powinna spaść poniżej 5%. Dla wykonawcy, który złoży ofertę w tym postępowaniu oznaczać to będzie wciąż wzrost cen każdego roku. Celem zobrazowania skali problemu wykonawca wyjaśnia, że jeżeli w każdym roku ceny wzrastałyby o 4%, to w roku 2027 r. koszty realizacji usługi będą już wyższe o kilkanaście a nie o kilka procent w stosunku do cen, jakie obowiązywały w momencie, w którym wykonawca kalkulował cenę ofertową. Mimo to, w świetle projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej, wykonawca nie mógłby domagać się waloryzacji wynagrodzenia.
10. **Mając na uwadze dynamicznie zmieniającą się sytuację gospodarczą, ale też okres realizacji zamówienia, który jest wyjątkowo długi – Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający powinien był 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:**
 - a) **szybka** (stąd postulat możliwości waloryzowania umowy co 6 miesięcy a nie co 12 miesięcy) – Odwołujący zwraca uwagę, że ustawą z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców znowelizowano brzmienie art. 439 ust. 1 Pzp wprowadzając obowiązek formułowania mechanizmów waloryzacyjnych już w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy po to właśnie, aby umowy w sprawie zamówień publicznych w sposób dynamiczny mogły zostać zastosowane do aktualnej sytuacji gospodarczej. Skoro nawet tak krótkie umowy (trwające np. 10

miesiący) mogą być waloryzowane, gdzie łatwiej ocenić jest ryzyko i skalę wzrostu cen, to tym bardziej zmiana ta powinna być szybka w przypadku umów wieloletnich,

- b) **naturalna**, tj. odpowiadająca faktycznym wahaniom cen, a nie sztucznie uzależniona od 5%-ego progu zmiany ceny (stąd postulat zmiany wynagrodzenia przy zmianie poziomu cen na poziomie 2,5%, skoro NBP dąży do tego, aby już w 2025 r. inflacja spadła poniżej 4% i najpewniej miała spadać w kolejnych latach). Odwołujący ma świadomość, że Zamawiający musi wskazać we Wzorze Umowy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, ale poziom ten musi być adekwatny do sytuacji rynkowej a nie sztucznie zawyżony po to, aby unicestwić zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na wzrost cen. Pięcioprocentowy próg był zupełnie inaczej oceniony w kontraktach realizowanych w roku 2022 r. i roku 2023 r., a inaczej należy go oceniać w odniesieniu do lat 2024 - 2027, gdzie oczywistym jest, że będziemy obserwować dążenia do jak największego ograniczenia wzrostu cen.

11. 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). Prawidłowo sformułowane klauzule waloryzacyjne pozwalają więc na dostosowanie umowy do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Nie służą one jakimkolwiek 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.

12. 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, jakiemu klauzula ma służyć. W tym kontekście **oznaczenie poziomu wzrostu kosztów, którego przekroczenie otwiera drogę do zmiany wynagrodzenia na poziomie 5%, celowi takiemu nie służy i świadczy wręcz o zachwianiu równowagi stron**. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że usługi objęte przedmiotem zamówienia należą do tzw. usług „niskomarżowych”. W sytuacji, gdy zamawiający decyduje o tym, że wykonawca będzie uprawniony do zmiany wynagrodzenia dopiero po tym, jak koszty związane z realizacją usługi zwiększą się np. o 5%, to w rzeczywistości prowokuje sytuację, w której wykonawca (w dłuższej perspektywie czasowej) będzie musiał świadczyć usługę poniżej rzeczywistych kosztów, zanim w ogóle będzie możliwa zmiana wynagrodzenia. Nawet więc jeżeli finalnie zmiana wynagrodzenia nastąpi, to zbyt późna waloryzacja wynagrodzenia nie przywróci już równowagi stron umowy i rentowności całej umowy. To z kolei oznacza, że klauzula waloryzacyjna nie spełnia swojej funkcji, narusza równowagę stron umowy i nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń. Prawdłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna bowiem umożliwiać stronom na bieżące reagowanie i dostosowanie umowy do zmieniającej się sytuacji gospodarczej, bez dodatkowego obciążania jednej ze stron.
13. 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).
14. Nie może także znikać z pola widzenia w tym miejscu, że istotą waloryzacji jest dostosowanie wysokości wynagrodzenia do realnych kosztów wykonania usługi w przypadku, gdy wysokość

kosztów ulega zmianie niezależnie od woli i działań stron umowy. Z tych powodów nie jest dopuszczalne, aby waloryzacja limitowana była poprzez wprowadzanie przedziałów czasowych – po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, jak to uregulował Zamawiający w SWZ. Utrzymanie bowiem takich postanowień jedynie pogłębia pozorność realizacji obowiązku ustawowego jaki spoczywa na Zamawiającym na podstawie art. 439 ustawy Pzp. Nie dość, że wskazane w postanowieniach dokumentacji Postępowania wartości procentowe powodują w istocie wyłączenie waloryzacji wynagrodzenia, to dodatkowo ograniczenie przeprowadzenia waloryzacji w określonych przedziałach czasowych potęguje wadliwość i pozorność czynności, jaką podjął w tym Postępowaniu Zamawiający, regulując kwestie dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego.

15. Tymczasem, w obecnej sytuacji gospodarczej i politycznej, konieczna jest pewna elastyczność po stronie Zamawiającego i wprowadzenie krótszych - sześciomiesięcznych przedziałów czasowych, po których przeprowadzona będzie waloryzacja. Nawet na przykładzie danych za rok 2023 widać jak bardzo duże były różnice w cenach na przestrzeni 11 miesięcy tego roku.

16. 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).

17. 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.
18. 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).*
19. 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 osiągnięcie 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.
20. 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 § 9 ust. 3 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.

21. 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 powinnośc 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.
22. Mając na uwadze powyższe, zarzut postawiony w pkt 1 *petitum* odwołania, uznać należy za zasadny.



III. Zarzut dotyczący systemu kaucyjnego (zarzut nr 2)

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 stycznia 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”.
25. Nowelizacja u.g.o. dostosowuje polskie prawo do rozwiązań obowiązujących w Unii Europejskiej. Od 1 stycznia 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 mieszkańcomi kaucję za opakowanie (np. za butelkę PET), a kaucja ta będzie zwracana mieszkańcomi 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 zaśmiecenie 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.**

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>

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.**

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, ze 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 grudnia 2024 r. na 1 stycznia 2025 r., ale że rozwiązania te będą wprowadzane od teraz sukcesywnie, w miarę bieżących możliwości – system kaucyjny od 2025 r. jest obowiązkowy, natomiast już teraz jest stosowany fakultatywnie. Zatem system kaucyjny wywrze wpływ na realizację umowy jeszcze przed 2025 r.
32. Odwołujący zauważa także, że konsekwencje systemu kaucyjnego mogą przybrać efekt zupełnie niespodziewany, niemożliwy do przewidzenia, mimo tego, że akt prawny jest już znany. Zamawiający co prawda w § 16 Wzoru Umowy przewidział przesłanki zmiany umowy odnoszące się do „zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego i Aktów Prawa Miejscowego...”, 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 niepotrzebnie 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.

IV. Zarzuty dotyczące kar umownych (zarzut nr 3)

37. Zamawiający w § 14 ust. 3 pkt 14-20, 25-28, 20-31, 37, 39, 41, 46, 47, 50 Wzoru Umowy przewidział następujące kary umowne, które Odwołujący uznaje za **odnoszące się do okoliczności niezależnych od wykonawcy**: *Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania lub wykonywania Umowy, z następujących tytułów i w wysokościach: (...)*
- 14) w wysokości 50 zł za każdy przypadek braku dostarczenia worków/startowego pakietu worków na nieruchomość. Jako pierwszy przypadek rozumie się brak dostarczenia worków/ startowego pakietu worków w terminie wynikającym z OPZ (zarówno przed rozpoczęciem świadczenia Usługi jak i w toku jej wykonywania). Każdy kolejny przypadek stanowi dzień odbioru odpadów wskazany w harmonogramie (a w razie braku harmonogramu dla danej nieruchomości – w harmonogramie sąsiadującej nieruchomości tego samego rodzaju), w którym na nieruchomości nie było worków/ startowego pakietu worków,
 - 15) w wysokości 50 zł za każdy przypadek braku wykonania usługi mycia i dezynfekcji każdego z pojemników na nieruchomości zgodnie z harmonogramem, na warunkach wymaganych w OPZ; Pierwszym przypadkiem jest miesiąc kalendarzowy, w którym pojemnik nie został umyty zgodnie z harmonogramem. Każdy kolejny miesiąc, w którym Wykonawca nie zrealizował usługi stanowić będzie oddzielny przypadek,



- 16) w wysokości 20 zł za każdy stwierdzony przypadek nieoznakowania pojemnika zgodnie z OPZ (naklejka identyfikacyjna, naklejka informacyjna),
- 17) w wysokości 50 zł za każdy przypadek braku wyposażeniu pojemnika w Transponder zgodnie z OPZ; kara zostanie naliczona za każdy miesiąc kalendarzowy, w którym pojemnik nie został wyposażony w Transponder lub Transponder nie został wymieniony w związku z awarią Transpondera,
- 18) w wysokości 100 zł za każdy przypadek braku prawidłowego sparowania Transpondera/ów w pojemniku/ach z wymaganymi danymi występującymi w Systemie Monitoringu Wykonawcy. Kara naliczana jest za każdy niesparowany pojemnik z nieruchomością. Przypadkiem jest każdy miesiąc kalendarzowy, w którym pojemnik był niesparowany,
- 19) w wysokości 300 zł za każdy przypadek braku prawidłowej realizacji procedur lub braku realizacji któregośkolwiek z elementów procedur określonych w Rozdziale XII albo Rozdziale XIII OPZ. Przypadkiem jest każda sytuacja, która wymaga zastosowania Procedur zgodnie z OPZ,
- 20) w wysokości 30 zł za każdy przypadek zatwierdzenia odbioru odpadów, podstawienia pojemnika, mycia pojemników, wyposażenia pojemnika w Transponder lub jego wymianę przez ręczne wybranie pojemnika z listy dostępnej w terminalu pojazdu (poza uzasadnionymi przypadkami określonymi w OPZ), (...)
- 25) w wysokości 50 zł za każdą pojedynczą, stwierdzoną niezgodność danych przekazywanych w Systemie Monitoringu Wykonawcy lub SOZ ze stanem rzeczywistym, treścią dokumentów lub danych zawartych w systemach będących w posiadaniu Wykonawcy lub Zamawiającego,
- 26) w wysokości 20 zł za każdy przypadek braku utworzenia, utworzenia niekompletnej lub niewłaściwego przypisania notatki do konkretnego pojemnika lub MGO w Systemie Monitoringu Wykonawcy,
- 27) w wysokości 1 000 zł za każdy pojedynczy, stwierdzony przypadek usunięcia lub zmiany przez Wykonawcę danych w Systemie Monitoringu Wykonawcy,
- 28) w wysokości 20 zł za każdy przypadek niedostosowania Systemu Monitoringu Wykonawcy do zaktualizowanych danych dotyczących MGO, Słowników referencyjnych oraz innych danych przekazanych Wykonawcy, zgodnie z zasadami OPZ. Przypadkiem jest każdy miesiąc, w którym dany rekord dotyczący jednego Obiektu nie został zaktualizowany/dostosowany). Kara nie będzie naliczona za zdarzenia, dla których naliczono karę wynikającą z pkt 24), (...)
- 30) w wysokości 20 000 zł za każdy przypadek nieprzywrócenia kopii zapasowej Systemu Monitoringu Wykonawcy zgodnie z postanowieniami OPZ,
- 31) w wysokości 150 zł za każdy przypadek nieudzielenia odpowiedzi na każde wezwanie przesłane przez Koordynatora umowy, (...)

- 37) w wysokości 50 zł za każdy przypadek niedostosowania harmonogramu roboczego, harmonogramu aplikacji, harmonogramu dla właściciela nieruchomości do wymogów OPZ na wezwanie lub Zgłoszenie Zamawiającego, (...)
- 39) w wysokości 500 zł za każdy przypadek stwierdzenia, że skierowany do realizacji Usługi pojazd Wykonawcy nie spełnia któregośkolwiek z wymogów OPZ, (...)
- 41) w wysokości 2 000 zł za każdy przypadek stwierdzenia nieopóźnienia pojazdu z odpadów komunalnych przed zakończeniem pracy danego dnia (z wyłączeniem udokumentowanych awarii pojazdów Wykonawcy),
- 46) w wysokości 50 zł za każdy przypadek nieuprzątnięcia oraz niezabrania z MGO wszystkich odpadów umieszczonych w workach lub luzem obok pojemników/worków, w tym worków/odpadów, które uległy wysypaniu oraz odpadów w bezpośrednim sąsiedztwie MGO (dot. Nieruchomości zamieszkałych, części zamieszkałych Nieruchomości mieszanych i Nieruchomości rekreacyjnych) a także w przypadku braku pozostawienia terenu Nieruchomości w należyтым porządku zgodnie z OPZ, w odniesieniu do każdej Nieruchomości z osobna (dotyczy wszystkich Nieruchomości), ,
- 47) w wysokości 50 zł za każdy przypadek braku usunięcia pojemnika z Nieruchomości w terminie wynikającym z harmonogramu usuwania pojemników, o którym mowa w OPZ, (...)
- 50) w wysokości 10 000 zł za każdy przypadek odebrania odpadów komunalnych spoza terenu Sektora lub odpadów nieobjętych zamówieniem.

38. Zamawiający jako wierzyciel ma obowiązek lojalnego współdziałania z wykonawcą w celu osiągnięcia celu umowy – tu: zapewnienia Mieszkańcom Poznania prawidłowego odbioru odpadów komunalnych. Wynika stąd, że już na etapie przygotowania wzoru umowy i dokumentacji Postępowania Zamawiający powinien działać zgodnie z zasadą lojalności, czyli tak, aby treść przyszłego stosunku prawnego respektowała uzasadniony interes dłużnika (wykonawcy), w szczególności poprzez ukształtowanie kar umownych w sposób proporcjonalny i adekwatny.

39. Zamawiający, nie tylko na podstawie obowiązków administracyjnych, ale też jako wierzyciel w rozumieniu art. 354 § 2 k.c., ma obowiązek podejmowania działań przyczyniających się do wykonania przedmiotu zamówienia. Jak wskazuje doktryna: *Przepis § 2 komentowanego artykułu odnosi się do **obowiązku współdziałania po stronie wierzyciela**. Jest to wyraz istoty stosunków obligacyjnych, które zakładają więź między dwoma podmiotami – dłużnikiem i wierzycielem. Status wierzyciela sam w sobie nie wyłącza obowiązku współdziałania z dłużnikiem. W pierwszej kolejności **wierzycielowi stawiany jest obowiązek lojalności w zakresie współdziałania z drugą stroną stosunku prawnego**. Wynika z tego, że wierzyciel musi respektować uzasadniony interes dłużnika, a w szczególności winien powstrzymać się od działań utrudniających lub uniemożliwiających spełnienie świadczenia przez dłużnika.*

Naruszenie przez którąkolwiek ze stron zasady współdziałania będzie prowadzić do ograniczenia, a czasami nawet do zniesienia odpowiedzialności drugiej strony, w sytuacjach określonych w przepisach kodeksu cywilnego lub w umowie stron. Ocena wykonania przez wierzyciela obowiązku współdziałania dokonywana jest w oparciu o omówione wyżej kryteria określone w art. 354 § 1 k.c. (Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, LEX 2018).

40. Powyższe podsumowuje Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18, uznając kary umowne za nadmierne: *Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. (...) Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. (...) Nie znajduje również uzasadnienia poziom kar umownych, opisanych w § 13 ust. 6, 9 i 10 wzoru umowy, gdyż w ocenie Izby ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.*
41. W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP²: *Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Nie może budzić wątpliwości więc, że kwestionowane zapisy dotyczące kar umownych naruszają wyrażoną w Pzp zasadę proporcjonalności.*
42. Za wyrokiem Izby z dnia 29 października 2018 r. KIO 2085/18: *art. 471 i 473 § 1, 3531 k.c. umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o*

² Raport Urzędu Zamówień Publicznych dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z 2018 r.

nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej jak i jej wysokości zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej. Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części za którą została ustalona kara umowna to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy także, iż podstawą do naliczenia kary umownej jest sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także jego nieterminowe wykonanie. Odwołujący kwestionuje zaś takie sytuacje, w których mimo wykonywania zamówienia z należytą starannością wykonawca może być obciążony karami umownymi.

43. Zamawiający w niniejszej sprawie zdaje się zapominać, że świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów od Mieszkańców Poznania jest skomplikowane, wymaga zaangażowania ze strony wykonawcy, Mieszkańców i Zamawiającego oraz podmiotów trzecich. W świetle aktualnego brzmienia kar umownych opisanych § 14 ust. 3 pkt 14-20, 25-28, 20-31, 37, 39, 41, 46, 47, 50 Wzoru Umowy, kary te mogą być nałożone na wykonawcę także wtedy, gdy okoliczności stanowiące przesłankę nałożenia kary wynikły ze strony Zamawiającego lub Mieszkańców. Wykonawcy są przy tym pozbawieni możliwości oczyszczenia się z zarzutów, wyjaśnienia sytuacji i uniknięcia odpowiedzialności finansowej. Automatyzm w formułowaniu kar w obecnym brzmieniu wymusza bezrefleksyjne, nadmierne karanie wykonawcy za okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

44. Tym samym, sposób ukształtowania wskazanych wyżej postanowień wzoru umowy abstrahujący regułą odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 353¹ k.c., z jednoczesnym naruszeniem przepisu art. 5 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. oraz art. 484 § 1 i 2 k.c.

V. Kontrola sposobu wykonywania Umowy (zarzut nr 4)

45. Zamawiający w § 11 Wzoru Umowy przewidział prawo dokonywania kontroli sposobu wykonywania Umowy:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo dokonywania kontroli sposobu wykonywania Umowy obejmujące w szczególności:

- 1) realizację odbioru i transportu Odpadów komunalnych pod względem jakości, terminowości, kompleksowości, częstotliwości itp.,



- 2) *stan techniczny, oznakowanie, wyposażenie, liczbę oraz inne wymogi dotyczące pojazdów Wykonawcy, w tym opróżnianie pojazdu z Odpadów komunalnych oraz czystość pojazdów przed rozpoczęciem odbioru Odpadów komunalnych,*
 - 3) *wyposażenie Nieruchomości w niezbędne pojemniki oraz worki,*
 - 4) *wyposażenie pojemników w Transpondery oraz oznakowanie naklejkami,*
 - 5) *funkcjonowanie Systemu Monitoringu Wykonawcy*
 - 6) *proces przetwarzania i ochrony przez Wykonawcę danych osobowych,*
 - 7) *dokumentów potwierdzających wykonanie Umowy,*
 - 8) *dokumenty w postaci raportów z ważeń lub innych dowodów z ważenia, zawierających następujące informacje: datę i godzinę ważenia, nazwę Wykonawcy, nr rejestracyjny pojazdu, nazwę instalacji przejmującej odpad, podpis upoważnianego pracownika potwierdzający dane wskazane w kartach przekazania odpadów wydanych przez instalację,*
2. *Kontrola będzie dokonywana m.in. poprzez obserwację realizacji Usług przez przedstawicieli Zamawiającego bezpośrednio w terenie lub analizę dokumentów, które Wykonawca zobowiązany jest udostępniać Zamawiającemu na jego żądanie lub przekazywać na bieżąco, jak również na podstawie Systemu Monitoringu Wykonawcy, w tym monitoringu bazującego na GNSS rejestrującego przebieg trasy pojazdów Wykonawcy.*
 3. *Zamawiający zastrzega sobie prawo kontrolowania pracy Wykonawcy także poprzez poruszanie się pojazdem Zamawiającego za pojazdem świadczącym Usługę odbioru odpadów komunalnych, od chwili wyjazdu z bazy magazynowo-transportowej do momentu powrotu na bazę z możliwością uczestniczenia w procesie ważenia pojazdu w instalacjach lub bazie, w tym tworzenia dokumentacji fotograficznej oraz video-rejestracji w trakcie wykonywania powyższych czynności, na co Wykonawca wyraża zgodę.*
 4. ***Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy przedstawienia wszelkich dokumentów, informacji lub danych dotyczących lub związanych z wykonywaniem Umowy, w tym w szczególności wszelkich dokumentów potwierdzających ważenie oraz zagospodarowanie odebranych przez Wykonawcę odpadów, w terminie do 5 Dni roboczych od dnia przesłania żądania przez Zamawiającego, chyba że w Umowie lub OPZ przewidziano inny termin.***
 5. *Przeprowadzenie kontroli może się odbyć bez konieczności uprzedniego informowania Wykonawcy o planowaniu takiej kontroli.*
 6. *W przypadku stwierdzenia uchybień sporządzany jest protokół lub notatka służbowa podpisana przez osobę dokonującą kontroli. Dokument z kontroli zostanie przesłany*



do Wykonawcy pisemnie w terminie do 15 Dni roboczych. W przypadku stwierdzenia uchybienia Zamawiający wskaże termin ich usunięcia.

7. *Zapisy § 11 mogą być realizowane również wobec powierzonych części zamówienia podwykonawcy.*
46. Dodatkowo w § 14 ust. 3 pkt 54 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział karę umowną: w wysokości 5 000 zł za **każdy przypadek utrudnienia lub uniemożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenia kontroli zgodnie z §11 Umowy.**
47. Po pierwsze, **Zamawiający nie wprowadził w § 11 ust. 4 Wzoru Umowy zamkniętego katalogu dokumentów i informacji, które wykonawca jest zobowiązany przekazać mu w toku kontroli** – w związku z tym kara umowna z § 14 ust. 3 pkt 54 Wzoru Umowy może być nałożona za nieprzekazanie jakiejkolwiek nieokreślonej „informacji”, nawet, jeśli wykonawca nie będzie w jej posiadaniu.
48. Po drugie, **Zamawiający nie wprowadził w § 11 Wzoru Umowy procedury wyjaśnień wykonawcy względem ewentualnych ustaleń zawartych w protokole kontroli Zamawiającego.** W ten sposób Zamawiający pozbawia wykonawcę jakichkolwiek szans na wyjaśnienie wątpliwości po zakończeniu kontroli, a przed nałożeniem kary umownej, co również stanowi nieograniczone pole do nadużyć dla Zamawiającego w sytuacji, gdy kara umowna z § 14 ust. 3 pkt 54 Wzoru Umowy odnosi się do niesprecyzowanego „utrudnienia” przeprowadzenia kontroli. Wykonawcy pozostanie zatem kwestionowanie kary umownej wyłącznie procesu cywilnego przed sądem.
49. Po trzecie, **uprawnienia Zamawiającego zostały w § 11 ust. 1 Wzoru Umowy sformułowane jako katalog otwarty, Zamawiający podał tylko przykładowe wyliczenie elementów realizacji umowy, które podlegają jego kontroli.**
50. Odwołujący nie kwestionuje uprawnień 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 – tutaj natomiast mamy do czynienia z niedookreślonymi obowiązkami nałożonymi na wykonawcę oraz szeroko i w otwarty sposób ustalonymi uprawnieniami kontrolnymi po stronie Zamawiającego – w zestawieniu z nadmierną, niedookreśloną karą umowną.**

51. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współzycia 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 Wzoru Umowy w tym zakresie. Odwołujący powołuje się tu na argumentację prawną przedstawioną w powyższej części uzasadnienia odwołania.

VI. Obowiązek realizacji odbioru odpadów komunalnych niezależnie od szczególnych uwarunkowań (zarzut nr 5)

52. Zamawiający w ustalił w pkt IX ppkt 1.2 OPZ: ***Wykonawca zobowiązany jest realizować Usługę odbioru odpadów komunalnych niezależnie od szczególnych uwarunkowań związanych z obsługiwaniem Nieruchomości, w tym również w sytuacji utrudnionego lub ograniczonego dojazdu, czy też dostępu pojazdu do Nieruchomości i zlokalizowanych na niej pojemników, problemów z dostępem do MGO oraz przy wykorzystaniu dodatkowych środków technicznych wspomagających ten odbiór, jeżeli zaistnieje taka potrzeba.***
53. Zamawiający w ustalił w pkt IX ppkt 11.1 OPZ: ***W przypadku, gdy na trasie wykonywania Usługi występują utrudnienia w ruchu drogowym lub problem z dostępem do pojemników wynikające z remontów, warunków atmosferycznych, objazdów, imprez lub innych utrudnień ograniczających podjazd pojazdu bezpośrednio pod MGO, itd. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania Usługi pomimo tych utrudnień i nie będzie mu przysługiwać wobec Zamawiającego jakiejkolwiek roszczenie wynikające z tego tytułu.***
54. Zamawiający w ustalił w pkt IX ppkt 11.2 OPZ: ***W przypadku wystąpienia sytuacji, wskazanych w pkt. 11.1., kiedy dostęp do pojemników lub MGO jest możliwy dla pracowników Wykonawcy, a nie ma możliwości dojazdu do Nieruchomości lub MGO, Wykonawca wówczas zobowiązany jest do odbioru odpadów poprzez ręczne wytoczenie pojemników.***
55. Powyższe stoi w sprzeczności choćby z § 1 ust. 3 pkt 1 Wzoru Umowy, zgodnie z którym: *Wykonawca zobowiązany jest do: wykonywania Umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym Aktami Prawa Miejscowego, z zachowaniem należytej staranności wymaganej od profesjonalisty.*
56. Odwołujący powołuje się w tym miejscu na Załącznik do Uchwały Nr LII/968/VIII/2021 Rady Miasta Poznania z dnia 28 września 2021 r. w sprawie przyjęcia Regulaminu utrzymania



czystości i porządku na terenie miasta Poznania (dalej jako: Regulamin). Zgodnie z zapisami § 5 Regulaminu:

1. ***Właściciel nieruchomości zobowiązany jest wystawić przed nieruchomością pojemniki lub worki do zbierania odpadów komunalnych w dniu odbioru odpadów do godz. 6:00, z zastrzeżeniem ust. 2-3.***
2. ***W przypadku gdy MGO zlokalizowane jest przy granicy administracyjnej działki ze swobodnym dostępem od strony ulicy lub chodnika (np. w osi ogrodzenia, bez konieczności wstępu na teren nieruchomości), właściciel nieruchomości:***
 - 1) ***nie ma obowiązku wystawiania przed nieruchomością pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych;***
 - 2) ***zobowiązany jest do wystawiania przed nieruchomością worków przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, w celu ich odbioru przez odbiorcę odpadów komunalnych.***
3. ***W przypadku nieruchomości, z których możliwy jest swobodny odbiór odpadów z MGO, właściciel nieruchomości zobowiązany jest zapewnić do niego dostęp dla pojazdu bądź pracowników odbiorcy odpadów komunalnych lub podmiotu uprawnionego.***

57. Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek realizacji odbioru odpadów komunalnych niezależnie od szczególnych uwarunkowań związanych z obsługiwana Nieruchomością, w tym również w sytuacji utrudnionego lub ograniczonego dojazdu, czy też dostępu pojazdu do Nieruchomości i zlokalizowanych na niej pojemników, problemów z dostępem do MGO. **Odwołujący wskazuje, że zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym także aktami prawa miejscowego, wykonawca nie może dokonać wtargnięcia na teren nieruchomości, z której właściciel nie wystawił pojemników zgodnie z Regulaminem, w celu wyciągnięcia i opróżnienia pojemników na odpady komunalne – a taki obowiązek stara się narzucić wykonawcom Zamawiający. Wykonawca naraziłby siebie i swoich pracowników na zarzuty karne w przypadku realizacji umowy w sposób wymagany przez Zamawiającego.**

58. Zamawiający wprowadził ogólnikowy obowiązek, który nie przystaje do realiów świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych. Dla przykładu, wykonawca nie może zostać obciążony obowiązkiem wykonania usługi w przypadku utrudnień takich jak impreza masowa (np. koncert czy protest uliczny), gdzie Zamawiający wyobraża sobie, że wykonawca po prostu przystąpi do „*wykonania Usługi pomimo tych utrudnień*”, choć jest to oczywiście obiektywnie niemożliwe. Skoro zgodnie z Regulaminem to właściciele nieruchomości są zobowiązani

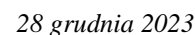
do wystawienia pojemników, trudno zrozumieć, dlaczego Zamawiający przewidział tu zobowiązanie sprzeczne z powyższymi zapisami Regulaminu.

59. Ponadto, Odwołujący zwraca uwagę na przepisy Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 14 marca 2000 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 11 39) w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy ręcznych pracach transportowych oraz innych pracach związanych z wysiłkiem fizycznym, zgodnie z którymi m.in.:

- Niedopuszczalne jest ręczne przemieszczanie ładunków na wózkach po terenie o nachyleniu większym niż 8% oraz na odległość większą niż 200 m (§ 21 ust. 3 Rozporządzenia),
- Dopuszczalna masa ładunku przemieszczanego na wózku po terenie płaskim o twardej i gładkiej nawierzchni, łącznie z masą wózka, przy przemieszczaniu po terenie o nachyleniu większym niż 5%, nie może przekraczać 250 kg w przypadku wózków 2-kołowych oraz 350 kg w przypadku wózków 3- i więcej kołowych (dla kobiet normy te są jeszcze niższe) (§ 21 ust. 1 Rozporządzenia),
- Organizując ręczne prace transportowe, należy brać pod uwagę konieczność unikania ręcznego przemieszczania przedmiotów, gdy przedmiot jest zbyt ciężki, za duży, nieporęczny lub trudny do utrzymania, przedmiot jest niestabilny lub jego zawartość może się przemieszczać, powierzchnia jest nierówna, stwarzająca zagrożenie przy poruszaniu się lub jest śliska (§ 7 Rozporządzenia),
- Powierzchnia, po której są przemieszczane ręcznie przedmioty, powinna być równa, stabilna i nieśliska. (§ 9 ust. 1 Rozporządzenia).

60. **Zamawiający pomija kwestie bezpieczeństwa pracy pracowników Wykonawcy i nakłada obowiązek ręcznego wyciągnięcia pojemników w pkt IX ppkt 11.2 OPZ niezależnie od warunków zewnętrznych, tj. np. oblodzenia, opadów śniegu, remontu, który powoduje, że powierzchnia jest nierówna i śliska. Dodatkowo, Zamawiający wymaga „wytoczenia pojemników” nie precyzując np. maksymalnej odległości, przez jaką pracownik wykonawcy miałby przeciągać pojemniki z odpadami komunalnymi. W ten sposób Zamawiający wprowadził obowiązki, których realizacja będzie się wiązała z naruszeniem przez wykonawcę przepisów dotyczących bezpieczeństwa pracy i narażenia zdrowia pracowników.**

61. 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



63. Odwołujący wskazuje również na obowiązek rzeczywistego zastosowania zasady efektywności. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że wskutek 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.

Strona 29/29