

Warszawa, dnia 28 grudnia 2023 roku

Do:

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

Zamawiający:

Miasto Poznań - Urząd Miasta Poznania
Plac Kolegiacki 17
61-841 Poznań
tel.: +48 61 878 5210
email: zpb@um.poznan.pl

Odwołujący:

FBSerwis S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
NIP 5272676062
KRS 000042103
reprezentowany przez:
r.pr. Mateusza Szymczaka
adres do doręczeń:
Mateusz Szymczak
FBSerwis S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,
tel. 571 296 925, faks: (22) 623 60 34
email: mateusz.szymczak@fbserwis.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych*”, nr referencyjny postępowania: ZPb-II.271.115.2023.SA (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Miasto Poznań (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 243/2023 (nr publikacji ogłoszenia: 00765720-2023)

ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, którego uwierzytelniony odpis przekazuję w załączeniu, na podstawie **art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1** ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („**ustawa PZP**”), wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

FBSerwis SA
Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
KRS 0000421036, NIP 5272676062, REGON 146097236
Kapitał zakładowy 157 100 000,00 PLN, wpłacony w całości

1. **art. 16 w zw. z art. 436 pkt 3 oraz art. 16 w zw. z art. 433 pkt 1 i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 [1] kc, art. 58 kc, art. 5 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc** ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, poprzez:
 - a. ustanowienie w **§ 14 ust. 3 Projektu Umowy** katalogu kar umownych obejmujących kary umowne za 56 różnych przypadków, a przy tym wskazanie w **§ 14 ust. 4 Projektu Umowy** wprowadzenie możliwości kumulacji tych kar umownych, nawet w przypadku gdy dotyczą tego samego działania wykonawcy;
 - b. ustanowienie w **§ 14 ust. 5 Projektu Umowy** rażąco wygórowanego limitu kar umownych, tj. wskazanie, że: „łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 40% całkowitego maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 7 ust. 2 Umowy”;
 - c. ustanowienie w **§ 14 ust. 3 Projektu Umowy** rażąco wygórowanych kar umownych, tj. w szczególności kar wskazanych w **§ 14 ust. 3 pkt 9, 10, 11, 12, 13, 18, 36, 38 Projektu Umowy**, które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych oraz przewyższające wartość świadczenia wykonawcy, za którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane,

a przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 353¹ k.c. są nieważne;
 - d. Ustanowienie w **§ 14 ust. 3 punkt 36 Projektu Umowy** kary umownej w wysokości 500 złotych „za każdy przypadek dystrybucji harmonogramu dla właściciela nieruchomości zgodnie z OPZ. Za przypadek rozumie się każdy miesiąc kalendarzowy, w którym wykonawca nie wykonał usługi zgodnie z OPZ, dla więcej niż 50 nieruchomości”, co powoduje, że wykonawca nie wie czy kara umowna będzie naliczana za dystrybucję niezgodnie z OPZ czy niewykonanie usługi zgodnie z OPZ, co powoduje, że postanowienie jest nieprecyzyjne, a przez to uniemożliwia ono kalkulację ryzyka przez wykonawcę i może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego;
2. **art. 5, art. 58 § 1 i 2 i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP** poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób naruszający naturę tego stosunku i sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, a tym samym naruszającym zasadę swobody umów oraz zasadę uczciwej konkurencji i obciążający wykonawcę istotnym (nadmiernym), a jednocześnie niemożliwym do oszacowania na obecnym etapie ryzykiem gospodarczym, tj. przez przyjęcie takiego modelu wynagrodzenia, w którym wynagrodzenie z tytułu odbioru i zagospodarowania odpadów selektywnie zbieranych (papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło) będzie rozliczane według jednej, z góry określonej stawki (ceny jednostkowej) za 1 Mg takich odpadów, bez przewidzenia możliwości zmiany tejże stawki w przypadku zaistnienia istotnych zmian strumienia odpadów



zbieranych selektywnie (zmiany ilości i udziału poszczególnych frakcji odpadów rozliczanych według tej stawki),

w sytuacji, gdy takie zmiany w strumieniu odpadów odbieranych selektywnie będą istotnie wpływały na koszty ich odbioru i zagospodarowania,

a jednocześnie, w związku ze zmianami środowiska prawnego, które nastąpią w okresie obowiązywania umowy, a związane są z wprowadzeniem tzw. systemu kaucyjnego, możliwy jest „odpływ” ze strumienia odbieranych przez wykonawcę zbieranych selektywnie, co może znacząco rzutować na koszt realizacji usługi przez wykonawcę, przy czym na obecnym etapie zakres takich zmian oraz ich struktura (zmiana w morfologii odbieranych odpadów) są niemożliwe do oszacowania,

co w praktyce uniemożliwia wykonawcom ubiegającym się o zamówienie rzetelne oszacowanie kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie i tym samym skalkulowanie ceny jednostkowej we wskazanym zakresie.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia **§ 14 ust. 4 Projektu Umowy** w następujący sposób: „w przypadku gdy działanie lub zaniechanie Wykonawcy wyczerpuje więcej niż jedno ze znamion określonych w ust. 3, Zamawiający nie jest uprawniony do kumulacji nakładanych kar umownych”.
3. Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia **§ 14 ust. 5 Projektu Umowy w następujący sposób**: „Zamawiający zastrzega, że łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 10% całkowitego maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy, określonego w § 7 ust. 2 Umowy”;
4. nakazanie Zamawiającemu obniżenia wysokości kar wskazanych w zarzucie 1 c. powyżej do 20% ich pierwotnej wysokości,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany polegającej na dookreśleniu **§ 14 ust. 3 punkt 36 Projektu Umowy** poprzez sprecyzowanie czy kara umowna będzie naliczana za dystrybucję niezgodnie z OPZ czy niewykonanie obowiązku w sposób wskazany w tym postanowieniu,
6. nakazanie Zamawiającemu:
 - a. Wprowadzenie zmiany do postanowienia § 7 ust. 3 przez nadanie mu nowego, następującego brzmienia
 - b. Zastąpienia tabeli zawartych w pkt 1 formularza ofertowego dla poszczególnych części zamówienia (sektorów) tabelami o następującej treści:
 - Część 1

Rodzaj odpadów	Szacunkowa masa odpadów [Mg]	Cena netto za 1 Mg [zł]	Wartość netto [zł]	Wartość VAT [zł]	Wartość brutto [zł]
----------------	---------------------------------------	----------------------------------	--------------------------	------------------------	---------------------------

	(zgodnie z OPZ)				
1	2	3	4 = (2*3)	5	6=4+5
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	73 890				
cena za 1 Mg Bioodpadów (w tym drzewek świątecznych) odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Kompostowni	21 618				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – papier – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	9 039				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – metale i tworzywa sztuczne – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	8 730				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – szkło – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	7 962				
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o.	5 370				
RAZEM [zł]	X	X		X	



• Część 2

Rodzaj odpadów	Szacunkowa masa odpadów [Mg] (zgodnie z OPZ)	Cena netto za 1 Mg [zł]	Wartość netto [zł]	Wartość VAT [zł]	Wartość brutto [zł]
1	2	3	4 = (2*3)	5	6=4+5
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	43 785				
cena za 1 Mg Biodopadów (w tym drzewek świątecznych) odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Kompostowni	12 720				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – papier – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	5 751				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – metale i tworzywa sztuczne – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	5 070				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – szkło – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	4 956				
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania	2 031				

FBSerwis SA

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
 KRS 0000421036, NIP 5272676062, REGON 146097236
 Kapitał zakładowy 157 100 000,00 PLN, wpłacony w całości



do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o.					
RAZEM [zł]	X	X		X	

• Część 3

Rodzaj odpadów	Szacunkowa masa odpadów [Mg] (zgodnie z OPZ)	Cena netto za 1 Mg [zł]	Wartość netto [zł]	Wartość VAT [zł]	Wartość brutto [zł]
1	2	3	4 = (2*3)	5	6=4+5
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	55 077				
cena za 1 Mg Bioodpadów (w tym drzewek świętecznych) odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Kompostowni	22 938				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – papier – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	7 431				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – metale i tworzywa sztuczne – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	6 672				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – szkło – odebranych z Nieruchomości	6 267				

i zagospodarowanych					
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o.	2 730				
RAZEM [zł]	X	X		X	

• Część 4

Rodzaj odpadów	Szacunkowa masa odpadów [Mg] (zgodnie z OPZ)	Cena netto za 1 Mg [zł]	Wartość netto [zł]	Wartość VAT [zł]	Wartość brutto [zł]
1	2	3	4 = (2*3)	5	6=4+5
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	38 667				
cena za 1 Mg Bioodpadów (w tym drzewek świątecznych) odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Kompostowni	21 957				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – papier – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	5 127				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – metale i tworzywa sztuczne – odebranych	5 694				



z Nieruchomości i zagospodarowanych					
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – szkło – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	4 629				
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o.	2 082				
RAZEM [zł]	X	X		X	

- Część 5

Rodzaj odpadów	Szacunkowa masa odpadów [Mg] (zgodnie z OPZ)	Cena netto za 1 Mg [zł]	Wartość netto [zł]	Wartość VAT [zł]	Wartość brutto [zł]
1	2	3	4 = (2*3)	5	6=4+5
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	48 897				
cena za 1 Mg Biodopadów (w tym drzewek świątecznych) odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Kompostowni	10 891				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – papier – odebranych	5 202				



z Nieruchomości i zagospodarowanych					
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – metale i tworzywa sztuczne – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	4 584				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – szkło – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	4 080				
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o.	3 054				
RAZEM [zł]	X	X		X	

• Część 6

Rodzaj odpadów	Szacunkowa masa odpadów [Mg] (zgodnie z OPZ)	Cena netto za 1 Mg [zł]	Wartość netto [zł]	Wartość VAT [zł]	Wartość brutto [zł]
1	2	3	4 = (2*3)	5	6=4+5
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	50 973				
cena za 1 Mg Biodopadów (w tym drzewek świętecznych) odebranych z Nieruchomości	12 873				

i przekazanych do zagospodarowania do Kompostowni					
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – papier – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	6 009				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – metale i tworzywa sztuczne – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	5 928				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – szkło – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	5 415				
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o.	2 754				
RAZEM [zł]	X	X		X	

• Część 7

Rodzaj odpadów	Szacunkowa masa odpadów [Mg] (zgodnie z OPZ)	Cena netto za 1 Mg [zł]	Wartość netto [zł]	Wartość VAT [zł]	Wartość brutto [zł]
1	2	3	4 = (2*3)	5	6=4+5
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i	31 803				



przekazanych do zagospodarowania do ITPOK					
cena za 1 Mg Bioodpadów (w tym drzewek świątecznych) odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Kompostowni	3 024				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – papier – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	4 752				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – metale i tworzywa sztuczne – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	2 628				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – szkło – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	4 077				
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o.	1 017				
RAZEM [zł]	X	X		X	

• Część 8

Rodzaj odpadów	Szacunkowa masa odpadów [Mg]	Cena netto za 1 Mg [zł]	Wartość netto [zł]	Wartość VAT [zł]	Wartość brutto [zł]
----------------	------------------------------	-------------------------	--------------------	------------------	---------------------

	(zgodnie z OPZ)				
1	2	3	4 = (2*3)	5	6=4+5
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	41 856				
cena za 1 Mg Bioodpadów (w tym drzewek świątecznych) odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Kompostowni	9 429				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – papier – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	4 251				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – metale i tworzywa sztuczne – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	4 494				
cena za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych – szkło – odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	3 891				
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o.	2 043				
RAZEM [zł]	X	X		X	

- c. nakazanie zamawiającemu wprowadzenia do § 9 postanowień wprowadzających waloryzację wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu odbioru i zagospodarowania wszystkich odpadów selektywnie zbieranych (papier, tworzywa sztuczne, szkło) w przypadku, gdy wskutek wejścia w życie regulacji wprowadzającej system kaucyjny, w którymkolwiek z kolejnych kwartałów jej obowiązywania, wystąpi zmiana w strumieniu objętych przedmiotem zamówienia odpadów selektywnie zbieranych (papier, tworzywa sztuczne, szkło) polegająca na zmniejszeniu danej frakcji odpadów w stosunku do analogicznego kwartału w roku poprzedzającym o co najmniej 10%, a wykonawca przedstawi Zamawiającemu wyliczenia potwierdzające wpływ przedmiotowej zmiany na koszty odbioru i zagospodarowania odpadów, poparte stosownymi dowodami w postaci:

1. w odniesieniu do kosztów odbioru odpadów: wydruków z systemu GPS potwierdzających zmianę tras pojazdów odbierających daną frakcję odpadów selektywnie zbieranych, dokumentów potwierdzających wysokość wynagrodzeń wypłacanych pracownikom (umowy o pracę, dokumenty dotyczące płatności ubezpieczeń społecznych albo listy płac) oraz faktur zakupu paliwa,
2. w odniesieniu do kosztów zagospodarowania odpadów: umowy lub faktury potwierdzające koszt zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie.

Ponadto wnoszę o:

7. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Uzasadnienie

1. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1.1. Uzasadnienie zarzutów dotyczących kar umownych

Wykonawca w tym Odwołaniu wnosi przede wszystkim o nakazanie Zamawiającemu obniżenia kar umownych. **Zamawiający w Projekcie Umowy określił je bowiem na poziomie rażąco wysokim oraz w sposób, który nie pozwala wykonawcy na kalkulację ryzyka i prowadzić może do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego.** W ocenie wykonawcy, taki sposób określenia postanowień dotyczących kar umownych nie mieści się w swobodzie Zamawiającego do ustalenia postanowień umowy, a zatem KIO powinna uwzględnić odwołanie oraz nakazać Zamawiającemu zmianę postanowień w sposób wskazany we wnioskach Odwołania powyżej.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje

ona trojakiemu ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z tym, że zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motyw działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu **nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą** (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2399/15; podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 980/18; KIO 983/18).

W ocenie Wykonawcy, Zamawiający w tym postępowaniu skorzystał ze swoich uprawnień w sposób absolutny, co powinno skutkować uwzględnieniem tego Odwołania i nakazaniem Zamawiającemu dokonania zmian koniecznych do przywrócenia zgodności postanowień Projektu Umowy z prawem.

W tym postępowaniu, Zamawiający przewidział bardzo szeroki katalog kar umownych, na który składa się ponad 56 przesłanek, których znaczna część swym zakresem obejmuje cały szereg okoliczności faktycznych, w wielu przypadkach określonych nieprecyzyjnie. W praktyce każde naruszenie przez wykonawcę któregokolwiek z postanowień umowy w sprawie zamówienia oraz każde naruszenie zapisów OPZ stwarzać będzie po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia wysokich kosztów kar umownych. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że w przypadku gdy jedno zachowanie wykonawcy wypełnia więcej niż jedną przesłankę, to zamawiający jest uprawniony do kumulacji takich kar umownych.

Nie kwestionując – co do zasady – uprawnienia Zamawiającego do określenia tak szerokiego katalogu kar umownych naliczanych wobec wykonawcy (przy jednoczesnym braku przewidzenia chociażby jednego przypadku, w którym karę umowną mógłby naliczyć Wykonawca) wskazać

należy, że w okolicznościach niniejszego Postępowania ów katalog kar umownych został określony w taki sposób, że obciąża wykonawcę ogromnym ryzykiem (niewspółmiernym do charakteru prowadzonego postępowania), którego rzeczywisty zakres oraz rozmiar jest na etapie sporządzania oferty niemożliwy do przewidzenia. Powyższe wynika co najmniej z trzech powodów:

- *po pierwsze*, z możliwości kumulacji kar umownych naliczanych za jedno zachowanie;
- *po drugie*, z oznaczenia maksymalnej wysokości, w jakiej kary mogą zostać na Wykonawcę nałożone w rażąco wygórowanej wysokości, tj. 40% wynagrodzenia umownego,
- *po trzecie*, z określenia wysokości kar umownych na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody Zamawiającego oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone, co przy jednoczesnym określeniu niezwykle szerokiego ich katalogu stwarza po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia straty niewspółmiernej do ewentualnych uchybień w realizacji Umowy oraz szkody, która mogłaby być przez Zamawiającego poniesiona.

1.1.1. Kumulacja kar umownych

Jak zostało wskazane powyżej, Zamawiający określił 56 różnych przesłanek naliczenia kar umownych, jednocześnie wskazując w **§ 14 ust. 4 Projektu Umowy**, że „*w przypadku gdy działanie lub zaniechanie Wykonawcy wyczerpuje więcej niż jedno ze znamion określonych w ust. 3, Zamawiający jest uprawniony do odpowiedniej kumulacji nakładanych kar umownych*”. Zatem, Zamawiający uznał, że nawet jeżeli podstawą naliczenia kary umownej będzie jedno zachowanie, to jeżeli to zachowanie wypełnia przesłanki więcej niż jednej podstawy kary umownej, będzie on uprawniony do kumulacji takich kar umownych.

Tymczasem, dokonywanie takiej kumulacji nie jest dopuszczalne. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, w przypadku jeżeli kara umowna dotyczy jednego zachowania, które godzi w ten sam interes drugiej strony, to kumulacja kar umownych nie powinna być możliwa (patrz: P. Drapała, „*Kumulacja kar umownych – zagadnienia konstrukcyjne*”). Podobnie jak niedopuszczalna jest kumulacja kar umownych za nienależyte wykonanie oraz niewykonanie tego samego obowiązku (wyrok SN z dnia 16 października 2015 roku, sygnatura akt I CSK 999/14), tak nie powinno być dopuszczone podwójnie karane niewykonanie lub nienależyte wykonanie tego samego obowiązku – nawet jeżeli wypełniałoby to dwie różne przesłanki naliczania kar umownych.

1.1.2. Ustanowienie kar umownych rażąco wygórowanych

Jak się wskazuje w piśmiennictwie, kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służyć realnemu wykonaniu zobowiązań. Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiegokolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi

niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. (Z. Gawlik Kodeks cywilny komentarz Tom III zobowiązania – część szczególna. Pod red. A Kidyba, Lex, 2014).

Kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dlatego mówi się o funkcji represyjnej kary umownej, która szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz gdy strony ustalają karę umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej (por. P. Drapała (w:) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006, s. 958). Element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 § 1 zd. 1 k – wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX nr 141400).

Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna.

Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyr. SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 roku, I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX nr 141400)." /za wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 18.05.2017 r.16ygn.gn. akt: X GC 56/14/.

Powyższy prymat funkcji kompensacyjnej jest uzasadniony chociażby treścią art. 483 k.c., który to przepis wprost stanowi, że kara umowna jest instrumentem służącym naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (nie zaś jakimkolwiek „motywowaniem” dłużnika do dołożenia wyższej, aniżeli wymagana w normalnych warunkach (tj. w przypadku braku zastrzeżenia kary) staranności przy wykonywaniu zobowiązań umownych.

Kara umowna nie służy dodatkowemu finansowaniu wierzyciela (wzbogacaniu go), lecz ma na celu ułatwienie dochodzenia rekompensaty (wyrównania) szkody poniesionej w wyniku niewłaściwego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Jak słusznie w tym zakresie zauważył Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 września 2018 r.16ygn.gn. akt I AGa 139/18 „**względny aksjologiczny przemawiają za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela**”.

W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP, w którym stwierdzono m. in., „*W przepisach aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) nie umieszczono szczególnych regulacji dotyczących kary umownej przyjmując, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego tworzy stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą właściwy dla prawa cywilnego. Zatem w kwestii dotyczącej kar umownych wystarczające jest odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego, określone w art. 14 i art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednocześnie w art. 36 ust. 1 pkt 16 powołanej ustawy zdefiniowano powinność zamawiającego polegającą na zawarciu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający*

wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający jest zatem uprawniony do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, a jednocześnie zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należy zabezpieczyć jego interes, a tym samym interes publiczny. W dokumentach, do których odwołuje się art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinny być zatem określone przez zamawiającego istotne postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Normatywną podstawę zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. 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. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...) 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. (...) Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a **wysokość kar umownych nie może być dowolna. Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naturalną reakcją obronną dłużnika, w sytuacji gdy kara umowna jest dla niego nadmiernym obciążeniem, jest kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości.** Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W każdym przypadku od obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości" (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r., opublikowany na stronie internetowej pod adresem:

https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf/ za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 r18ygn.gn. akt KIO 980/18; KIO 983/18).

Z powyższych względów wysokość zastrzeganej w umowie kary umownej nie może być kształtowana dowolnie (w szczególności na dowolnie wskazanym wysokim poziomie). Kara umowna nie może być ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, co wprost wynika z treści art. 484 § 2 k.c.

Podstawowym kryterium stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13.2.2014 r., V CSK 45/13, MoP 2014, Nr 19). Przyjęcie rażącego wygórowania kary umownej może być uzasadnione również, jeżeli dłużnik wykazał, że wierzyciel nie poniósł szkody albo poniósł szkodę w niewielkim rozmiarze (por. wyr. SN z 11.12.2008 r., II CSK 364/08, z 15.3.2012 r.), lub w porównaniu z odszkodowaniem na zasadach ogólnych (por. wyr. SN z 11.10.2007 r., IV CSK 181/07, OSNC 2008, Nr 2, poz. 48), w porównaniu z wartością całego zobowiązania głównego (por. wyr. SN z 19.4.2006 r., V CSK 34/06), lub z wartością spełnionego z opóźnieniem świadczenia (por. wyr. SN z 20.5.1980 r., I CR 229/80). W przypadkach, w których dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, kryterium, do którego sąd może się w określonym wypadku odwołać przy dokonywaniu miarkowania, jest niski stopień winy dłużnika. Wierzyciel nie powinien bowiem mieć możliwości dochodzenia kary umownej w pełnej wysokości niezależnie od stopnia naruszenia przez dłużnika stosunku zobowiązaniowego (por. wyr. SN z 22.1.2015 r., I CSK 690/13). W doktrynie wskazuje się, że przy ocenie potencjalnego wygórowania kary umownej należy brać pod uwagę także takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, a także wagę naruszonych postanowień kontraktowych z punktu widzenia interesów wierzyciela, a także zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych w przyszłości (por. P. Drapała, [w:] System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1164).

W tym zakresie słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 kwietnia 2018 r18ygn.gn. akt I ACa 70/17 „ustawa nie przewiduje kryteriów oceny wysokości kary umownej jako rażąco wygórowanej. Pierwszym z kryteriów stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej **stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania**. Szkodę tę należy rozumieć szeroko, jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela. Po drugie, wskazuje się, że miarkowanie odszkodowania w oparciu o przesłankę rażącego wygórowania może być łączone z **porównaniem wartości kary umownej do wartości zobowiązania** przy uwzględnieniu słusznego interesu wierzyciela.”.

Mając na względzie powyższe rozważania, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określił kary umowne w sposób rażąco wygórowany w dwóch różnych aspektach: (i) po pierwsze, limit kar umownych został określony na poziomie 40% całkowitego wynagrodzenia umownego; (ii) po drugie kary umowne za poszczególne naruszenia zostały określone na poziomie rażąco wygórowanym.

Po pierwsze, ustanowienie przez Zamawiającego limitu kar umownych na poziomie 40% wynagrodzenia umownego jest rażąco wygórowanym limitem. Ustalając górny limit kar

umownych Zamawiający powinien mieć na uwadze, że – jak zostało wskazane powyżej – kara umowna powinna mieć przede wszystkim charakter kompensacyjny, a nie prowadzić do jego wzbogacenia. Wprowadzenie limitu kar umownych na rażąco wygórowanym poziomie w istocie zupełnie wypacza ich rzeczywisty cel.

Jak się wskazuje w literaturze, *„Kary umowne nie mogą bowiem służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, lecz powinny spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą i dyscyplinującą. Dlatego też określenie poziomu limitu możliwych do dochodzenia kar nie jest swobodnym uprawnieniem zamawiającego. W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy”* (komentarz pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej oraz A. Matusiak. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022, kom. do art. 436 ustawy Pzp).

Tymczasem, wprowadzony przez Zamawiającego limit kar umownych w ocenie Odwołującego jest właśnie rażąco wygórowany, ponieważ jest zupełnie oderwany od realiów stosunku łączącego strony i powoduje rażącą nierówność kontraktową. Zamawiający bowiem zupełnie przy jego ustalaniu nie wziął pod uwagę chociażby tego, że ustalił kary umowne za 56 różnych przypadków naruszeń oraz że mogą się one kumulować, a także kosztów jakie wykonawca będzie ponosił w związku z wykonaniem umowy, takich jak wszelkie koszty odbioru i zagospodarowania odpadów, np. koszty eksploatacji pojazdów, oznakowania, paliwa, koszty wynagrodzeń wypłacanych pracownikom czy koszty przetworzenia odebranych odpadów (przekazania ich do odpowiedniej instalacji). Biorąc to wszystko pod uwagę, istnieje ryzyko, że sam dochód wykonawcy (przychód z tytułu otrzymanego wynagrodzenia obniżony o koszty związane z realizacją zamówienia) będzie rażąco niski w porównaniu z tym jakie strony ustalą wynagrodzenie umowne pierwotnie, a zapłata kar umownych na takim poziomie spowoduje, że w istocie będą one kwotowo bardzo blisko rzeczywistego wynagrodzenia (dochodu) jakie wykonawca otrzyma.

Tymczasem, KIO w wyroku z dnia 22 sierpnia 2023 roku (sygn. akt KIO 2327/23) uznała, że nie jest dopuszczalna sytuacja w której wykonawca może być zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kar umownych w wysokości zbliżonej do jego wynagrodzenia, w sytuacji gdy szkoda zamawiającego może być znacznie mniejsza niż naliczone kary umowne. Jak zostało tymczasem opisane powyżej, w tym postępowaniu istnieje realne ryzyko, że taka sytuacja wystąpi.

Określając górny limit należy wziąć pod uwagę zakres i rodzaj obowiązków umownych, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji (H. Nowak, M. Winiarz, Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych, wyd. II, Warszawa 2023, komentarz do art. 436 ustawy PZP). W związku z tym, że w tym postępowaniu przedmiotem jest usługa odbierania odpadów w zorganizowanym systemie odbioru odpadów komunalnych, to wykonawca ma do wykonania bardzo szeroki zakres obowiązków, nie tylko tych wskazanych w umowie, w celu prawidłowego wykonania tej umowy. Przede wszystkim są one wskazane w OPZ, a za naruszenie pojedynczych obowiązków zamawiający przewidział jednostkowe kary umowne. Co więcej, wykonawca – jak zostało wskazane powyżej – będzie ponosił duże koszty wykonania umowy. Mając to na względzie oraz zasadę proporcjonalności, należy uznać, że właściwym



limitem górnym kar umownych będzie 10% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy wskazanego w § 7 ust. 2 Projektu Umowy.

Taki limit jest też zgodny z ogólną praktyką przyjętą przez zamawiających, gdzie górny limit kar umownych wskazywany jest zazwyczaj na poziomie pomiędzy 10% a 30% wynagrodzenia wykonawcy netto (wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2023 roku, sygn. akt KIO 2327/23).

Po drugie, w świetle przedstawionego powyżej kryterium kary zapisane przez Zamawiającego w postanowieniach **§ 14 ust. 3 pkt 9, 10, 11, 12, 13, 18, 36, 38 Projektu Umowy** niewątpliwie mają charakter kar rażąco wygórowanych. Ich wysokość została ustalona w całkowitym oderwaniu od potencjalnej wartości szkody, jaką może ponieść Zamawiający w związku z okolicznościami ujętymi w tych postanowieniach:

- a. w postanowieniu **§ 14 ust. 3 pkt 9** zamawiający przewidział karę umowną w wysokości **100 zł za każdy przypadek** odbioru odpadów danej frakcji gromadzonych w workach / luzem lub braku odbioru każdego pojemnika dla odpadów danej frakcji w terminie interwencyjnym wynoszącym 1 dzień roboczy. Mając na względzie, że wykonanie umowy obejmuje bardzo dużą liczbę nieruchomości wchodzących w zorganizowany system odbioru odpadów komunalnych, a termin wskazany jest bardzo krótki (1 dzień) istnieje ryzyko naliczania przez Zamawiającego bardzo wysokich kar umownych przy znikomej szkodzie poniesionej przez Zamawiającego. Co więcej, kara umowna za każdy przypadek braku odbioru danej frakcji gromadzonych w workach/luzem lub braku odbioru każdego pojemnika dla odpadów danej frakcji w terminie wynikającym z harmonogramu wynosi 20 zł. Nie ma żadnej podstawy, żeby różnicować wysokość kar umownych w tych dwóch wypadkach.
- b. w postanowieniu **§ 14 ust. 3 pkt 10** zamawiający przewidział karę umowną w wysokości **200 zł za każdy przypadek** braku odbioru odpadów danej frakcji gromadzonych w workach lub braku odbioru każdego pojemnika dla odpadów danej frakcji do pierwszego terminu w harmonogramie następującego po terminie interwencyjnym. Tak jak w przypadku kary umownej wskazanej w punkcie a. powyżej, w tym wypadku także zamawiający miałby możliwość naliczania bardzo wysokich kar umownych w oderwaniu od szkody poniesionej, mając na względzie dużą liczbę nieruchomości wchodzących do systemu odpadów komunalnych. Co więcej, także nie ma podstaw do różnicowania kar umownych z punktu § 14 ust. 3 pkt 9 Projektu Umowy oraz za brak odbioru w terminie wskazanym w harmonogramie.
- c. w postanowieniu **§ 14 ust. 3 pkt 11** zamawiający przewidział karę umowną w wysokości **500 zł za każdy przypadek** braku odbioru odpadów danej frakcji gromadzonych luzem do pierwszego terminu w harmonogramie następującego po terminie interwencyjnym - tak jak wskazane zostało powyżej, w tym wypadku także zamawiający miałby możliwość naliczania bardzo wysokich kar umownych w oderwaniu od szkody poniesionej, mając na względzie dużą liczbę nieruchomości wchodzących do systemu odpadów komunalnych. Co więcej, także nie ma podstaw do różnicowania kar umownych z punktu § 14 ust. 3 pkt 9 oraz 10 Projektu Umowy oraz za brak odbioru w terminie wskazanym w harmonogramie.

- d. w postanowieniu **§ 14 ust. 3 pkt 12 zamawiający** przewidział karę umowną w **wysokości 150 zł za każdy przypadek** odebrania odpadów komunalnych w ilości większej niż wynika z informacji przekazanej przez Zamawiającego z nieruchomości niezamieszkannej lub nieruchomości mieszanej w części niezamieszkannej. Znow, zamawiający miałby możliwość naliczania bardzo wysokich kar umownych w oderwaniu od szkody poniesionej, mając na względzie dużą liczbę nieruchomości wchodzących do systemu odpadów komunalnych. Co więcej, wykonawca odbierając odpady nie powinien być tak surowo karany za ich odbiór w większej ilości, skoro odbiór odpadów stanowi podstawowy obowiązek wykonawcy w tym postępowaniu.
- e. w postanowieniu **§ 14 ust. 3 pkt 13** zamawiający przewidział karę umowną w wysokości **150 zł „za każdy przypadek braku podstawienia pojemnika na daną frakcję odpadów**. *Jako pierwszy przypadek rozumie się brak podstawienia pojemnika dla danej nieruchomości w terminie wynikającym z OPZ (zarówno przed rozpoczęciem świadczenia Usługi jak i w toku jej wykonywania). Każdy kolejny przypadek stanowi dzień odbioru danej frakcji 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 pojemnika*. Znow, zamawiający miałby możliwość naliczania bardzo wysokich kar umownych w oderwaniu od szkody poniesionej, mając na względzie dużą liczbę nieruchomości wchodzących do systemu odpadów komunalnych.
- f. w postanowieniu **§ 14 ust. 3 pkt 18** zamawiający przewidział karę umowną 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. Podobnie jak powyżej, tak skonstruowana kara umowna daje zamawiającemu możliwość naliczania wysokich kar umownych w oderwaniu od jego szkody mając na względzie dużą liczbę nieruchomości wchodzących do systemu odpadów komunalnych.
- g. w postanowieniu **§ 14 ust. 3 pkt 36** zamawiający przewidział karę umowną w wysokości **500 zł za każdy przypadek** dystrybucji harmonogramów dla właściciela nieruchomości zgodnie z OPZ. Za przypadek rozumie się każdy miesiąc kalendarzowy, w którym Wykonawca nie wykonał usługi zgodnie z OPZ, dla więcej niż 50 nieruchomości. Ponownie, wykonawca ma do dystrybucji harmonogramy dla wszystkich nieruchomości wchodzących w zorganizowany system odpadów komunalnych, a kara umowna naliczana może być za każdy pojedynczy przypadek. Podobnie zatem jak powyżej, tak skonstruowana kara umowna daje zamawiającemu możliwość naliczania wysokich kar umownych w oderwaniu od jego szkody mając na względzie dużą liczbę nieruchomości wchodzących do systemu odpadów komunalnych.

Co więcej, postanowienie to jest nieprecyzyjne. **Nie jest jasne bowiem czy kara umowna naliczana będzie za każdy przypadek dystrybucji harmonogramów niezgodnie z OPZ czy za niewykonanie usługi zgodnie z OPZ. Innymi słowy nie wiadomo, czy wskazana kara jest karą za niewykonanie zobowiązanie czy też za jego wykonanie w sposób nienależyty.** Zamawiający powinien zatem nie tylko obniżyć tę karę umowną, ale także doprecyzować to postanowienie Projektu Umowy.



Wykonawca musi bowiem wiedzieć jakie jego działanie może stanowić podstawę do naliczenia kary umownej.

- h. w postanowieniu **§ 14 ust. 3 pkt 38 zamawiający przewidział karę umowną za każdy przypadek przesłania harmonogramu** aplikacji w sposób niezgodny z OPZ w szczególności w zakresie formy przesyłania pliku, typu przesyłanego pliku, jego struktury, układu i typu oraz terminu przesyłania i liczby odbiorców wiadomości. Wykonawca ma do dystrybucji harmonogramy dla wszystkich nieruchomości wchodzących w zorganizowany system odpadów komunalnych, a kara umowna naliczana może być za każdy pojedynczy przypadek naruszenia, choćby drobny błąd pliku. Podobnie zatem jak powyżej, tak skonstruowana kara umowna daje zamawiającemu możliwość naliczania wysokich kar umownych w oderwaniu od stawek szkody mając na względzie dużą liczbę nieruchomości wchodzących do systemu odpadów komunalnych.

Podsumowując, we wskazanych postanowieniach Projektu Umowy kary umowne dotyczą każdorazowo poszczególnych przypadków naruszenia. Przy czym okoliczność, że zamówienie dotyczy dużej liczby nieruchomości, może to oznaczać, że Zamawiający będzie miał możliwości naliczania kar umownych w bardzo wysokich sumach za potencjalnie drobne uchybienia wykonawcy – kwoty te mogą być niewspółmiernie wyższe niż potencjalna szkoda Zamawiającego. W takich wypadkach, uzasadnione jest obniżenie wysokości kar umownych za takie naruszenia.

W związku z powyższym przedmiotowe kary winny zostać obniżone – zgodnie z wnioskiem Odwołującego zawartym w petitum Odwołania.

1.2. Uzasadnienie zarzutów dotyczących wynagrodzenia za odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie

Przystępując do uzasadnienia zarzutu odnoszącego się do sposobu ustalenia wynagrodzenia za odbiór i zagospodarowanie odpadów selektywnie zbieranych należy przede wszystkim zauważyć, że obowiązujący obecnie w Polsce (w tym również oczywiście na obszarze objętym przedmiotem zamówienia) system selektywnej zbiórki odpadów komunalnych przewiduje obowiązek segregowania przez mieszkańców i selektywnego (odrębnego) gromadzenia, w osobnych, odpowiednio oznaczonych pojemnikach: (1) papieru – pojemnikach niebieskich, (2) metali i tworzyw sztucznych – w pojemnikach żółtych, (3) szkła – w pojemnikach zielonych, a także (4) bioodpadów – w pojemnikach brązowych oraz (5) odpadów komunalnych zmieszanych – w pojemnikach czarnych. Osobną kategorię stanowią również (6) odpady wielkogabarytowe (w tym postępowaniu określone jako odpady "wystawkowe") – które z racji swoich rozmiarów nie są gromadzone w żadnych pojemnikach, lecz są „wystawiane” w pobliżu miejsc gromadzenia odpadów.

W niniejszym Postępowaniu zamawiający przewidział rozliczanie wynagrodzenia w oparciu o 4 odrębne stawki – osobno dla (1) odpadów zmieszanych, (2) bioodpadów, (3) odpadów wystawkowych oraz łącznie dla (4) papieru, metali i tworzyw sztucznych oraz szkła. Tym samym, w ramach ostatniej z wymienionych stawek (cen jednostkowych) Zamawiający połączył trzy frakcje gromadzone przez mieszkańców w odrębnych pojemnikach (segregowane).

Takie rozwiązanie powoduje, że Wykonawca odbierający odpady otrzyma wynagrodzenie uzależnione jedynie od łącznej masy odebranych i zagospodarowanych odpadów zbieranych

FBSerwis SA

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego

KRS 0000421036, NIP 5272676062, REGON 146097236

Kapitał zakładowy 157 100 000,00 PLN, wpłacony w całości

selektywnie, jednak zupełnie niezależne od tego, jaki udział poszczególne frakcje tych odpadów będą miały w całej tej masie (w całym strumieniu odpadów), tj. niezależnie od tego, jaką część tychże odpadów będzie stanowił papier, jaką część szkło, a jaką metale i tworzywa sztuczne.

Tymczasem rzeczywiste ilości (udziały) papieru, metali i tworzyw sztucznych oraz szkła w całkowitej masie odpadów rozliczanych według jednolitej stawki przewidzianej dla odpadów zbieranych selektywnie w istotny sposób będą rzutowały na koszty realizacji zamówienia, zarówno w zakresie odbioru tych odpadów (załadunku odpadów na specjalistyczne pojazdy i ich transportu w miejsce przetworzenia) oraz zagospodarowania odpadów (przetworzenia lub przekazania do przetworzenia w odpowiedniej instalacji).

Mając na uwadze, że poszczególne frakcje są gromadzone oraz odbierane w sposób selektywny (wykonawca nie ma prawa „zmieszać” poszczególnych frakcji, np. szkła i papieru, w szczególności odbierając je jednym pojazdem, niewyposażonym w specjalne komory/przegrody), zmiany w ilościach frakcji gromadzonych przez mieszkańców poszczególnych nieruchomości istotnie rzutować będą na koszty logistyki odbioru odpadów. Koszty każdego kursu pojazdu odbierającego odpady (w szczególności koszty paliwa i koszty pracownicze) są w miarę stałe, jednak w przeliczeniu na masę odebranych odpadów kształtują się odmiennie dla poszczególnych frakcji. W każdym pojeździe (w ramach danego kursu) mieści się bowiem różna masa odpadów poszczególnych frakcji – przykładowo jeden pojazd jest w stanie pomieścić ok. 10 Mg szkła, a tylko 3 Mg tworzyw sztucznych – które mają znacznie mniejszą gęstość. Oznacza to, że koszt odbioru i transportu 1 Mg odpadów z metali i tworzyw sztucznych jest ok. trzykrotnie wyższy, niż w przypadku szkła (w przypadku szkła rozkłada się on na 10 Mg odpadów, w przypadku tworzyw sztucznych – jedynie na 3 Mg). Dlatego z punktu widzenia kalkulacji ceny ofertowej bardzo ważne jest, żeby wiedział on, czy jaką część odbieranych odpadów będą stanowiły odpady ze szkła, a jaką z tworzyw sztucznych i metali oraz papieru.

Ponadto zmiany w masie strumienia odbieranych odpadów mogą generować koszty związane z nieoptymalnym załadunkiem pojazdów. Z jednej bowiem strony pojazd całkowicie zapełniony musi zakończyć swoją trasę, bo nie może być załadowany dalszymi odpadami, z drugiej zaś, jeśli swoją trasę zakończy za wcześnie (w znacznej mierze pusty) – z uwagi np. na upływ czasu pracy kierowcy, to koszt transportu (dojazdu do nieruchomości i przewiezienia odpadów do instalacji) będzie znacznie droższy w przeliczeniu na masę zgromadzonych w nim odpadów. Powoduje to, że jeśli odpadów określonej frakcji znacząco ubędzie w stosunku do założeń wykonawcy, może on być zmuszony transportować odpady pojazdami częściowo niezapełnionymi – co będzie oznaczało, że transport każdej Mg (tony) odpadów okaże się droższy, niż pierwotnie założony.

Dalej podkreślenia wymaga, że koszty zagospodarowania (przetworzenia) poszczególnych frakcji odpadów kształtują się odmienny sposób – inny jest koszt zagospodarowania papieru, inny szkła a inny metali i tworzyw sztucznych. Koszt ten zależy również od składu („jakości”) danej frakcji odpadów. Przykładowo, aktualnie zagospodarowanie 1 Mg papieru generuje przychód na poziomie kilkudziesięciu złotych, zagospodarowanie 1 Mg szkła odbieranego z nieruchomości na terenie Poznania kosztuje obecnie od 1 zł do 150 zł (w zależności od jakości tego szkła, stopnia jego zanieczyszczenia), zaś zagospodarowanie 1 Mg metali i tworzyw – to koszt od 400 do 700 zł (w zależności od tego, jaką część stanowią metale i tworzywa nadające się do recyklingu).

Z ww. przyczyn, prawidłowa kalkulacja ceny ofertowej ustalonej jako cena jednolita dla wskazanych trzech frakcji odpadów zbieranych selektywnie (papier, metale i tworzywa sztuczne oraz szkło) wymagać będzie możliwie precyzyjnego oszacowania i przyjęcia odpowiednich założeń w zakresie tego:

1. jaki będzie udział poszczególnych frakcji w łącznej masie odpadów rozliczanych według tej stawki (ile będzie szkła, ile tworzyw i metali oraz papieru) oraz
2. jaka będzie "jakość" tych odpadów.

Co do zasady oszacowanie powyższych założeń przy zachowaniu precyzji akceptowalnej z punktu widzenia kalkulacji ceny ofertowej jest możliwe – wykonawcy są bowiem w stanie ustalić ww. okoliczności w oparciu o swoją znajomość rynku odbioru odpadów, doświadczenie oraz przede wszystkim uwzględniając dostępne dla wykonawców dane historyczne.

Jednakże w okresie realizacji zamówienia dojdzie do takiej zmiany stanu prawnego, która w istocie uniemożliwi dokonanie jakichkolwiek sensownych szacunków w omawianym zakresie.

Mianowicie, w dniu 13 września br. r. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej uchwalił ustawę o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852; dalej: „**Ustawa Kaucyjna**”). Ustawa ta wprowadza do polskiego porządku prawnego tzw. system kaucyjny – tj. system, w ramach którego podmioty prowadzące sklepy detaliczne o powierzchni ponad 200 m² (mniejsze sklepy będą mogły dobrowolnie przystąpić do systemu) będą zobowiązane do odbierania od konsumentów odpadów w postaci butelek z plastiku, butelek szklanych oraz puszek metalowych, zwracając im kaucję pobieraną wcześniej przy zakupie produktu w takim opakowaniu. Odbiór i zagospodarowanie takich opakowań (butelek i puszek) ze sklepów nie będzie objęte niniejszym zamówieniem.

Skutki wejścia w życie wskazanego systemu oraz przede wszystkim ich rozmiar i wpływ na strumień odpadów odbieranych bezpośrednio z nieruchomości (tj. w ramach zamówienia) są obecnie niezwykle trudne do oszacowania. Niewątpliwie jego funkcjonowanie spowoduje zmniejszenie udziału w strumieniu odpadów odbieranych przez wykonawcę niniejszego zamówienia takich odpadów, które będą objęte systemem kaucyjnym (butelek plastikowych o pojemności do 3L, puszek na napoje do 1L oraz butelek szklanych o poj. do 1,5L).

Nie wiadomo jednak, jak duży będzie odpływ wskazanych odpadów – to bowiem będzie zależne od efektywności funkcjonowania systemu kaucyjnego, wynikającej ze skali przystąpienia do systemu również sklepów o mniejszej powierzchni oraz przede wszystkim z faktycznego udziału konsumentów w systemie (co z jednej strony będzie uzależnione od dostępności punktów odbierania opakowań i sprawności w ich zwracaniu, z drugiej zaś od wysokości kaucji za poszczególne opakowania – która na obecnym etapie jeszcze nie została ustalona). Trudno oszacować, jak wielu konsumentów będzie faktycznie oddawało zużyte opakowania do sklepu zamiast je wyrzucać – jak dotychczas – do pojemników z odpadami. Trudno również domniemywać, w jakim stopniu zmieni to strukturę odpadów zbieranych selektywnie – w szczególności czy więcej „ubędzie” w nim metali, tworzyw sztucznych czy też szkła.

Jednak potencjalny wpływ wdrożenia systemu kaucyjnego może być dla wykonawców odbierających odpady bardzo dolegliwy, prowadząc do drastycznego zwiększenia kosztów realizacji zamówień. Należy bowiem zauważyć, że:

- ubytek wskazanych odpadów może zasadniczo wpłynąć na koszty odbioru odpadów – mniejsza ilość odpadów segregowanych może skutkować brakiem możliwości zapewnienia pojazdów realizujących kursy związane z odbiorem odpadów (co oznacza wyższe koszty odbioru w przeliczeniu na 1 Mg), zaś w przypadku jednolitej ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie wszystkich odpadów zbieranych selektywnie (szkło, papier, metale i tworzywa sztuczne), mniejszy procentowy udział szkła (butelek szklanych) będzie prowadził do tego, że odbiór i transport odpadów o mniejszej gęstości

(tworzywa, metale, papier) będzie droższy – a tym samym większy będzie średni koszt odebrania 1 Mg odpadów rozliczanych według wskazanej stawki jednostkowej,

- odpady objęte systemem kaucyjnym (butelki plastikowe, szklane oraz puszki) stanowią taką kategorię odpadów zbieranych selektywnie, która z punktu widzenia wykonawcy jest najbardziej atrakcyjna (w najwyższym stopniu poddają się recyklingowi, a tym samym ich zagospodarowanie jest dla wykonawcy najtańsze). Ich odpływ ze strumienia odbieranego przez wykonawcę wiązać się będzie:
 - ze zmniejszeniem ogólnego poziomu wynagrodzenia należnego wykonawcy (rozliczane obmiarowo, za każdą tonę (1 Mg) odebranych lub odebranych i zagospodarowanych odpadów,
 - ze wzrostem kosztów zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów (przykładowo: ubytek butelek nadających się do recyklingu może prowadzić do znacznego wzrostu kosztów zagospodarowania tworzyw sztucznych, gdyż w takim przypadku w strumieniu odbieranych odpadów pozostaną głównie tworzywa niskiej jakości, których przetworzenie jest znacznie droższe, a które mogą nawet nie być przyjmowane przez sortownie, co może jeszcze bardziej zwiększać ryzyko gospodarcze ponoszone przez wykonawcę),
 - ze zmianą struktury odpadów selektywnie zbieranych, rozliczanych według jednolitej ceny jednostkowej – co może oznaczać, że znacznie większy będzie udział w tej strukturze odpadów generujące większy zagospodarowania, przez co średni koszty zagospodarowania 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych również znacząco wzrosną.

Odwołujący wskazuje, że w oparciu o dostępne mu obecnie informacje nie jest w stanie w ogóle przewidzieć, ile będzie kosztowało go odebranie i zagospodarowanie odpadów selektywnie zbieranych w roku 2025. Wymaganie, aby Odwołujący (i każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie) oszacował takie koszty już teraz i uwzględnił je od razu w cenie ofertowej, jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalne.

W tym zakresie należy zauważyć, że wprawdzie Zamawiający, co do zasady, uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po wtóre – to wyłącznie zamawiający określa zasady, na których umowę zamierza zawrzeć. Jednakże uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (por. w szczególności uzasadnienie wyroku Izby z dnia 18 maja 2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

Niewątpliwie w okolicznościach niniejszego Odwołania Zamawiający takie ryzyko na wykonawców przenosi. Nie tylko wymaga dokonania wyceny kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów

FBSerwis SA

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego

KRS 0000421036, NIP 5272676062, REGON 146097236

Kapitał zakładowy 157 100 000,00 PLN, wpłacony w całości



selektywnie zbieranych w tym czasie, kiedy będzie już obowiązywał system kaucyjny (co już samo w sobie będzie zadaniem trudnym), ale dodatkowo jeszcze:

- wymaga *de facto* oszacowania, jaki będzie udział poszczególnych frakcji odpadów zbieranych selektywnie (papier, metale i tworzywa sztuczne oraz szkło) w całkowitej masie odpadów selektywnie zbieranych w roku 2025 i oszacowania (de facto na tej podstawie) kosztów ich odbioru i zagospodarowania – co zdaniem Odwołującego dalece wykracza poza zdolności podmiotu zawodowo zajmującego się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów,
- nie przewiduje żadnej możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia za odbiór odpadów selektywnie zbieranych na wypadek, gdyby wejście w życie systemu kaucyjnego drastycznie wpłynęły na koszty realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie tychże odpadów.

Powoduje to, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie jest w istocie zmuszony podjąć próbę przewidywania przyszłości i zgadywania tego, jak w praktyce system kaucyjny będzie w Polsce funkcjonował i jakie będą jego praktyczne konsekwencje.

Takie przewidywanie przyszłości nie mieści się w zakresie natury stosunku gospodarczego objętego umową na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Istotą prowadzonej przez wykonawców działalności gospodarczej w zakresie dotyczących wyceniania tej usługi nie jest jakiegokolwiek domyślanie się przyszłości i szczegółowych rozwiązań, które dopiero zostaną wprowadzone, lecz rzetelna wycena kosztów, jakie będą generowane przy odbiorze i zagospodarowaniu odpadów i w ilościach wskazanych z należytą starannością przez Zamawiającego.

Dlatego też w ocenie Odwołującego Zamawiający, mając świadomość nadchodzących zmian prawnych oraz ich potencjalnych skutków dla systemu gospodarowania odpadami, powinien tak ukształtować postanowienia SWZ, aby tylko nie obciążać nadmiernie (dodatkowo) wykonawców ryzykiem wynikającym z takich zmian (co *de facto* uczynił, wprowadzając rozliczenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów według jednolitej ceny jednostkowej), lecz również wprowadzić rozwiązania mitygujące nieco omawiane ryzyko. Do takich rozwiązań może należeć w szczególności wprowadzenie mechanizmu zmiany wynagrodzenia w sytuacji, gdyby system kaucyjny faktycznie mógł wpłynąć na istotne zmiany w strumieniu odpadów i związane z tym koszty realizacji zamówienia.

Mając to na uwadze, wnoszę jak w petitum odwołania o nakazanie Zamawiającemu:

- modyfikację modelu rozliczania wynagrodzenia w taki sposób, aby wynagrodzenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów selektywnie zbieranych było rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe ustalane odrębnie dla każdej z frakcji tych odpadów, tj. odrębnie dla papieru, odrębnie dla metali i tworzyw sztucznych i odrębnie dla szkła,
- wprowadzenie do § 9 postanowień wprowadzających waloryzację wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu odbioru i zagospodarowania wszystkich odpadów selektywnie zbieranych (papier, tworzywa sztuczne, szkło) w przypadku, gdy skutek wejścia w życie regulacji wprowadzającej system kaucyjny, w którymkolwiek z kolejnych kwartałów jej obowiązywania, wystąpi zmiana w strumieniu objętych przedmiotem zamówienia odpadów selektywnie zbieranych (papier, tworzywa sztuczne, szkło) polegająca na zmniejszeniu danej frakcji odpadów w stosunku do analogicznego kwartału w roku poprzedzającym o co najmniej 10%, a wykonawca przedstawi Zamawiającemu wyliczenia potwierdzające wpływ przedmiotowej zmiany na koszty odbioru i zagospodarowania odpadów, poparte stosownymi dowodami w postaci:



- w odniesieniu do kosztów odbioru odpadów: wydruków z systemu GPS potwierdzających zmianę tras pojazdów odbierających daną frakcję odpadów selektywnie zbieranych, dokumentów potwierdzających wysokość wynagrodzeń wypłacanych wykonawcom (umowy o pracę, dokumenty dotyczące płatności ubezpieczeń społecznych albo listy płac) oraz faktur zakupu paliwa,
- w odniesieniu do kosztów odbioru odpadów: umowy lub faktury potwierdzające koszt zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie.

2. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a zakwestionowane – wadliwe i niekonkurencyjne – zapisy SIWZ znacząco utrudniają mu rzetelne sporządzenie oferty i uzyskanie zamówienia.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać, otrzymując wysoką ocenę we wszystkich prawidłowych kryteriach oceny ofert.

3. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 grudnia 2023 roku. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia – której postanowienia są kwestionowane w ramach niniejszego Odwołania.

Niniejsze Odwołanie, wnoszone w dniu 28 grudnia 2023 roku, składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

* * *

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
2. dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu,
3. uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa
4. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS

FBSerwis SA

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
KRS 0000421036, NIP 5272676062, REGON 146097236
Kapitał zakładowy 157 100 000,00 PLN, wpłacony w całości

FBSerwis SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa
tel. (48) 22 623 63 80
fax (48) 22 623 60 34
fbserwis@fbserwis.pl

fbserwis