



## PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, 20 lipca 2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

**Gmina Miejska Legionowo Urząd Miasta Legionowo**

ul. marsz. J. Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo

tel. 227663491, 227664064

e-mail: zamowienia@um.legionowo.pl

**Odwołujący:**

**MS-EKO Sp. z o.o.**

ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa

KRS 0000390936

*reprezentowany przez:*

r.pr. Anna Packo, r.pr. Katarzyna Latecka

Kancelaria Prawna Pieróg & Partnerzy

ul. Nowogrodzka 42 lok. 41, 00-695 Warszawa

tel. 22 598 93 00

e-mail: kancelaria@pierog.pl; a.packo@pierog.pl;

k.latecka@pierog.pl

*Dotyczy: Rz.271.24.2023 – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych oraz przeterminowanych leków z aptek w okresie od dnia 1 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2025 r.”, znak: 271.24.2023*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 130-415350, w dniu 10 lipca 2023 r.

Adres strony postępowania: <https://platformazakupowa.pl/pn/legionowo>

### ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1710 z późn. zm.) dalej też „ustawa Pzp”, w imieniu wykonawcy **MS-EKO Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”), wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) przez Zamawiającego – Gminę Miejską Legionowo (dalej też: „Gmina”),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w przetargu nieograniczonym, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych oraz przeterminowanych leków z aptek w okresie od dnia 1 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2025 r.” (dalej: „Postępowanie”).

## **I. ZARZUTY**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

**1. Art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 433 pkt 2 i 3 w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.), w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 387 § 1 Kc** poprzez nałożenie na wykonawcę umowy w § 4 pkt 1 SWZ, rozdziale 2. i rozdziale 4. pkt 19. i 20. załącznika nr 13 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) i § 1 ust. 3. załącznika nr 12 do SWZ – Wzór umowy obowiązku „odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych” (dalej: „Poziom Recyklingu”):

- bez wskazania realnych metod, w jaki sposób Wykonawca ma ten obowiązek zrealizować,
- bez zapewnienia Wykonawcy odpowiednich narzędzi pozwalających na realizację tego obowiązku,
- bez realnego i efektywnego współdziałania Zamawiającego w zakresie zapewnienia osiągnięcia wymaganego Poziomu Recyklingu,
- przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku, który mogą zrealizować jedynie podmioty trzecie, za których działanie Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, tj. mieszkańcy Gminy Miejskiej Legionowo,
- przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku obiektywnie niemożliwego do zrealizowania w Gminie Miejskiej Legionowo,
- przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku wewnętrznie sprzecznego, tj. z jednej strony obowiązku odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, a więc takich, jakie wytworzą ci mieszkańcy i przekażą Wykonawcy do odbioru i zagospodarowania, które to odpady nie odpowiadają Poziomom Recyklingu, a z drugiej wymaganie od Wykonawcy osiągnięcia Poziomów Recyklingu,
- w sposób stanowiący naruszenie zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczeniem prawa do ustalania warunków realizacji zamówienia poprzez nałożenie na

Wykonawcę obowiązku, podczas gdy oczywiste jest, że Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie Poziomu Recyklingu.

**2. Art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 471 i art. 472 Kc** poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 3 załącznika nr 12 do SWZ – Wzór umowy od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego kar umownych „w wysokości kary, której będzie podlegała Gmina Miejska Legionowo za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, naliczonej Gminie Miejskiej Legionowo zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ww. ustawy – w części, za którą odpowiada WYKONAWCA”, które to zastrzeżenie:

- jest niedookreślone i niezrozumiałe, za jakie obowiązki odpowiada Wykonawca i za jakie jest obciążony karami umownymi,
- stanowi przypisanie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (jako władze Gminy i mieszkańcy Gminy), w szczególności w zakresie osiągnięcia Poziomu Recyklingu,
- stanowi to ustalenie kary umownej za zachowanie Wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem umowy, bowiem Wykonawca może zrealizować umowę z dochowaniem najwyższej staranności, a mimo tego nie osiągnąć wymaganego Poziomu Recyklingu,
- stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczeniem prawa do ustalania warunków realizacji zamówienia poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązków i kar, podczas gdy oczywiste jest, że Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie Poziomu Recyklingu oraz nałożenie ww. kar jest niezgodne z ich przeznaczeniem wskazanym w art. 471 Kc oraz z innymi przepisami Kodeksu cywilnego wskazanymi w odwołaniu.

**3. Art. 438 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 5 ust. 1 lit. b i c oraz art. 6 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej: „rozporządzenie RODO”)** poprzez nałożenie na Wykonawcę w § 7 ust. 4. załącznika nr 12 do SWZ – Wzór umowy obowiązku przekazania Zamawiającemu, do dnia rozpoczęcia realizacji umowy, wykazu osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, o których mowa w ust. 1-2 § 7, ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz adresu zamieszkania danej osoby, wykonywanych czynności oraz wymiaru czasu pracy, podczas gdy stanowi to wymaganie nadmierne, niczym nie uzasadnione, zbędne do celów realizacji umowy z Wykonawcą oraz niezgodne z przepisami art. 5 i art. 6 rozporządzenia RODO oraz art. 438 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ogranicza możliwe do żądania informacje, w tym dane osobowe, do niezbędnych do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, do czego nie służy ani adres zamieszkania pracownika, ani wymiar jego czasu pracy.

4. **Art. 99 ust. 1 i art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp** poprzez określenie w § 14 pkt 5 i nast. załącznika nr 12 do SWZ – Wzór umowy warunków waloryzacji ceny za odbiór i transport odpadów:

- przy założeniu możliwości złożenia wniosku o waloryzację dopiero po 12 miesiącach od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp mowa jest o 6 miesiącach, a w art. 439 ust. 3 ustawy Pzp o 180 dniach od dnia upływu terminu składania ofert,
- w sposób niejasny, niejednoznaczny, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty (cenę oferty), nieokreślający i nieuwzględniający realnego wpływu zmiany kosztów wykonania zamówienia.

## **II. ŻĄDANIA**

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, w zakresie i w sposób szczegółowo określony w dalszej części odwołania, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.

## **IV. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 lipca 2023 r. Specyfikacja warunków zamówienia została zamieszczona na stronie postępowania 10 lipca 2023 r. Tym samym odwołanie wniesione w 20 lipca 2023 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie (w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Odwołujący wniósł wpis od odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 20 lipca 2023 r.

## **V. INTERES I SZKODA**

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia oraz jego prawidłowa realizacja mogą okazać się niemożliwe. Odwołujący wskazuje także, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności warunków zamówienia z prawem i ubiegania się o zamówienie bez ryzyka dla ważności zawartej umowy. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu. Warunki zamówienia zaskarżone niniejszym odwołaniem utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego

zamówienia, tj. opracowanie i złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskania niniejszego zamówienia (wyrok KIO z 7 kwietnia 2016 r. KIO 443/16). Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o zamówienie na zgodnych z prawem i uczciwą konkurencją warunkach i uzyskania zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

## VI. UZASADNIENIE

### Ad. zarzutu nr 1

W § 1 ust. 3 Wzoru umowy Zamawiający wskazał: „Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Miejskiej Legionowo na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (dalej „PSZOK”) w Legionowie w sposób zgodny z aktualnymi przepisami, warunkami Umowy, w tym SWZ i Opiszem Przedmiotu Zamówienia, **w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych**, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r. zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a także zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa mazowieckiego oraz przepisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, a także innymi przepisami prawa ustawowego i miejscowego.”

Również w § 4 pkt 1 SWZ Zamawiający wskazał: „§ 4 Opis przedmiotu zamówienia 1. Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych oraz przeterminowanych leków z aptek w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.”

Podobne wymagania znajdują się również w rozdziale 2. i rozdziale 4. pkt 19. i 20. OPZ:

„2. SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych oraz przeterminowanych leków z aptek w okresie od dnia 1 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2025 r. **w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami**

**oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.** Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania podczas trwania umowy przepisów prawnych, a w szczególności: a) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, b) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, c) ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych d) obowiązującej uchwały Rady Miasta Legionowo w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, e) obowiązującej uchwały Rady Miasta Legionowo w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Legionowo na których zamieszkują mieszkańcy i zagospodarowaniu tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi f) zapisów Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza.”

„4. OBOWIĄZKI WYKONAWCY I ZAMAWIAJĄCEGO PRZED ROZPOCZĘCIEM I W TRAKCIE REALIZACJI ZAMÓWIENIA 19) Odpady odebrane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Miejskiej Legionowo Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować (podać odzyskowi lub unieszkodliwieniu) zgodnie z obowiązującym prawem, **w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywania do składowania;** w tym zmieszane odpady komunalne, odpady ulegające biodegradacji oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania przekazywać do instalacji przetwarzających odpady komunalne (...)

20) Wykonawca odpowiedzialny jest za osiągnięcie przez Gminę Miejską Legionowo, w części objętej przedmiotem zamówienia, **poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji** wskazanych w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530) oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.”

Z § 6 SWZ i § 1 ust. 2 Wzoru umowy wynika, że „Rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi nie wcześniej niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy, z tym że nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2024 roku, a zakończenie świadczenia usług nastąpi w dniu 31 grudnia 2025 r.”, co jest jednoznaczne z tym, że Zamawiający zakłada realizację zamówienia przez cały 2024 i 2025 rok.

Zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z późn. zm.), dalej: „ucpg” gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 45% wagowo – za rok 2024 i 55% wagowo – za rok 2025. Przy czym poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych (art. 3b ust. 1a ucpg).

Oznacza to, że obowiązek osiągania Poziomu Recyklingu odpadów komunalnych w określonych wysokościach nałożony został bezpośrednio na gminę i stanowi jej zadanie i to gmina ponosi odpowiedzialność za jego nieosiągnięcie. Poziom ten nie dotyczy także jedynie odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkałych przez mieszkańców i PSZOK (jak niniejsze zamówienie), ale całego strumienia odpadów komunalnych gminy.

Przy czym należy tu przypomnieć, że pojęcie „gmina” nie odnosi się jedynie do jej wójta/burmistrza/prezydenta miasta, rady gminy/miasta, pracowników urzędów miejskich i innych podmiotów tworzonych przez gminę, lecz – co zostało wyraźnie wskazane w art. 1 i art. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2023 r. poz. 40 z późn. zm.) – to „mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową”, a „ilekroć w ustawie jest mowa o gminie, należy przez to rozumieć wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium” (art. 1). Gmina wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność (art. 2 ust. 1). Tym samym nie jest tak, że obowiązki nałożone ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dotyczą tylko władz i pracowników gminy, a nie obejmują jej mieszkańców. Wynika to zresztą wprost z ust. 1 pkt 1 upcg: „Ustawa określa: 1) zadania gminy oraz obowiązki: a) właścicieli nieruchomości, b) właścicieli lokali w budynku wielolokalowym, w którym ustanowiono odrębną własność lokali, osób, którym służy tytuł prawny do lokalu w budynkach wielolokalowych, osób faktycznie zamieszkujących lub użytkujących te lokale lub osób faktycznie zamieszkujących lub użytkujących lokal należący do spółdzielni mieszkaniowej – dotyczące utrzymania czystości i porządku.” **Zatem nierealizowanie tych obowiązków przez mieszkańców gminy, jest *de facto* brakiem realizacji tych obowiązków przez gminę.**

Co jest faktem powszechnie wiadomym, osiągnięcie Poziomu Recyklingu uzależnione jest od jakości odpadów i rodzajów (kodów) odpadów przekazywanych do odbioru i zagospodarowania przez mieszkańców Gminy oraz sposobu prowadzonej przez nich segregacji, na co Wykonawca nie ma wpływu – zarówno na samą jakość tych odpadów (która zależy od mieszkańców), jak i sposób oznaczania ich kodem oraz dalsze z nimi postępowanie (które wynika z przepisów prawa). **Zgodnie z planowaną umową oraz przepisami prawa przedmiotem zamówienia jest odebranie i zagospodarowanie przez Wykonawcę odpadów dokładnie takiego rodzaju**

i jakości, jakie przekażą Wykonawcy mieszkańcy Gminy. Wykonawca zaś nie jest w stanie ingerować w odpady, które zostaną mu przekazane albo może to zrobić jedynie w znikomym stopniu, który nie wpływa znacząco na osiągnięty Poziom Recyklingu. Jedynym bowiem, co realnie może zrobić Wykonawca, to dołożyć należytej staranności w celu przekazania odebranych przez siebie odpadów, w stosunku do których możliwy jest recykling lub przygotowanie do ponownego użycia, do odpowiednich podmiotów przetwarzających odpady.

Przy czym należy podkreślić, że w największej ilościowo masie odpadów, tj. odpadach zmieszanych, zgodnie z prawem nie powinno być odpadów nadających się do recyklingu lub ponownego użycia. Inne odpady, jak np. popioły już z samego swojego charakteru nie nadają się ani do recyklingu, ani ponownego użycia. Również przepisy prawa w znacznym stopniu ograniczają lub wręcz uniemożliwiają Wykonawcy możliwość prowadzenia przez siebie segregacji odpadów odebranych od mieszkańców, nawet jeśli technicznie byłby w stanie tego dokonać, np. art. 6ka ucp, zgodnie z którym w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane). Co do zasady Wykonawca nie może ich sam posegregować. Zresztą nawet w przypadku możliwości przeprowadzenia takiej segregacji instalacje są w stanie wysegregować jakieś 2-3% masy.

Pomimo że z roku na rok przepisy (przywołany art. 3b ucp) nakłada na gminę coraz bardziej restrykcyjne Poziomy Recyklingu (wagowo 20% za rok 2021, 25% za rok 2022, 35% za rok 2023, 45% za rok 2024, 55% za rok 2025) struktura segregacji wśród mieszkańców nie zmienia się znacząco w ostatnich latach, a w Gminie Miejskiej Legionowo w żadnym wypadku nie osiąga ona 45% czy 55% masy. Zgodnie z danymi za rok 2022 podanymi przez Gminę Poziom Recyklingu wyniósł zaledwie 27,7% (por. <https://legionowo.pl/a/prawidlowa-selektywna-zbiorka-odpadow-to-nasz-wspolny-problem> – przy tym strona legionowo.pl jest oficjalną stroną Gminy, więc jest to oficjalna informacja władz Gminy).

Dodatkowo nawet odpady oddawane jako segregowane są w dużym stopniu zanieczyszczone innymi frakcjami odpadów, co uniemożliwia poddanie ich recyklingowi lub przygotowaniu do ponownego użycia. Wg danych Gminy, choć w roku 2022 selektywnie zebrano ponad 43,9% masy odpadów, to Poziom Recyklingu wyniósł właśnie 27,7% – o 16,2% mniej niż odpadów selektywnie zebranych. Należy zaś podkreślić, że to dane dotyczące całej gminy i dotyczą również odpadów pochodzących od przedsiębiorców, z instytucji, usług i handlu itd., natomiast przy uwzględnieniu odpadów z samych gospodarstw domowych (nieruchomości zamieszkanymi) Poziom Recyklingu jest jeszcze mniejszy.

Z szacunków Wykonawcy dotyczących odpadów odebranych w okresie styczeń – lipiec 2023 r. wynika też, że **Gmina nie osiągnie już Poziomu Recyklingu wymaganego w roku 2023 (35%).**



Wykonawca jest obecnym wykonawcą usługi odbioru i zagospodarowania odpadów dla Gminy, zatem dane takie posiada.

Natomiast spodziewana jest znacząca zmiana struktury odpadów w związku z planowanym wprowadzeniem od 1 stycznia 2025 r. (czyli w okresie obowiązywania niniejszej umowy) systemu kaucyjnego 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 (<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>)

Niestety, z punktu widzenia obowiązku osiągnięcia Poziomu Recyklingu, jest to zmiana negatywna, ponieważ oznacza, że ze strumienia odpadów znikną odpady w najwyższym stopniu poddawane recyklingowi, a tym samym statystycznie zwiększy się masa odpadów odebranych niepodlegających recyklingowi czy ponownemu wykorzystaniu. Oczywiście jest bowiem, że znaczna część mieszkańców zdecyduje się na zwrot opakowań w celu odzyskania kaucji, a dodatkowo opakowania wyrzucone będą zabierane z pojemników przez tzw. zbieraczy. Zatem tym bardziej niemożliwe będzie osiągnięcie przez Wykonawcę poziomu 45% i 55% Poziomu Recyklingu.

Tym samym nakładanie na Wykonawcę obowiązku osiągnięcia Poziomu Recyklingu jest żądaniem świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 Kc – o czym wiedzą obie strony planowanej umowy. **Zgodnie z tym przepisem umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Ponieważ Zamawiający doskonale zdaje sobie z tego sprawę, takie działanie stanowi z jego strony naruszenie zasad współzycia społecznego oraz nadużycie prawa podmiotowego pozwalającego mu na formułowanie warunków realizacji zamówienia i warunków realizacji przyszłej umowy.**

Zgodnie z art. 431 ustawy Pzp Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia. Przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie Poziomu Recyklingu w sytuacji, gdy oczywistym jest, że Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie tego poziomu, jest niezgodne z obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 431 ustawy Pzp. Jest to niezgodne także z art. 354 Kc, który stanowi, że „§ 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania

wierzyciel.” oraz jest niezgodne z art. 5 Kc: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”

Natomiast art. 353<sup>1</sup> Kc określa, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W niniejszym przypadku wymóg zgodności z przepisami i zasadami współżycia społecznego został naruszony, co prowadzi do wniosku, że w stosunku do tej części umowy będą mieć zastosowanie regulacje art. 58 Kc. Jednak świadome zawieranie umowy obciążonej cechami choćby częściowej nieważności nie jest zgodne z zasadami udzielania zamówień publicznych.

**Odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana w kontekście danego przedmiotu zamówienia, czyli odbiór i zagospodarowanie takich odpadów, jakie dostarczą mieszkańcy Gminy, a na co Wykonawca nie ma żadnego wpływu.**

**To, czy obowiązek uzyskania Poziomów Recyklingu został nałożony przez ustawodawcę na Gminę i czy Gmina jest w stanie go spełnić, ma tutaj znaczenie drugorzędne. Na pewno dysponuje w tym zakresie znacznie większymi środkami – zarówno jako mieszkańcy tej gminy (poprawa jakości odpadów), jak i władze tej gminy, w tym administracyjnymi (kary, stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi), którymi nie dysponuje Wykonawca.** Wykonawca może jedynie poinformować Gminę o niedopełnianiu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych – musi natomiast odpady te przyjąć jako zmieszane (ww. art. 6ka ucp).g).

Co więcej, z art. 99 ust. 1, ust. 2 zd. pierwsze i ust. 4 ustawy Pzp, ustalającego zasady dotyczące prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Tymczasem dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia tych wymagań. Jak wskazano we wcześniejszej części odwołania, Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych**

**i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, określając niesprzeczne ze sobą cechy usługi:**

- wskazując realne metody, w jaki sposób Wykonawca ma obowiązek osiągnięcia Poziomu Recyklingu zrealizować – przy jednoczesnym przestrzeganiu przepisów prawa (oraz innych aktów wskazanych w SWZ) oraz wykorzystaniu odpadów przekazanych przez mieszkańców Gminy,
- zapewniając Wykonawcy odpowiednie narzędzia pozwalające na realizację tego obowiązku,
- jak ma osiągnąć powyższe bez realnego i efektywnego współdziałania Zamawiającego w zakresie zapewnienia osiągnięcia wymaganego Poziomu Recyklingu,
- jak ma osiągnąć powyższe, gdy jest wiadome, że to obowiązek dla Wykonawcy obiektywnie niemożliwy do zrealizowania w Gminie Miejskiej Legionowo,
- bez wskazania, **jak Wykonawca i inni wykonawcy mają wycenić swoje oferty i złożyć oferty porównywalne, aby uwzględnić choćby wysokość przewidzianych przez Zamawiającego kar umownych**, np. poprzez wprowadzenie do tabeli wyceny pozycji dotyczącej obowiązkowej, jednakowej dla wszystkich rezerwy na karę umowną, którą pokryje Zamawiający w cenie usługi. Należy tu zauważyć, że według wstępnych wyliczeń Odwołującego wysokość kary nałożonej na Gminę, a więc i kary umownej Wykonawcy za sam rok 2024 to kara rzędu 1.200.000 zł i to przy założeniu utrzymania obecnego wskaźnika 313 zł za tonę. Za rok 2025 będzie ona znacząco wyższa ze względu na wyższy wymagany % masy oraz spodziewanego zmniejszenia strumienia odpadów nadających się do recyklingu. **Jest to więc znacząca pozycja wyceny oferty (nawet 1/5 tej ceny), mająca znaczący wpływ na porównanie ofert wykonawców, a więc i uczciwą konkurencję między nimi.**

**Takie opisanie obowiązków Wykonawcy, jak dokonane w ww. punktach SWZ, jest wewnątrznie sprzeczne**, ponieważ wprowadza niewiadomą, czy Wykonawca ma odebrać i zagospodarować rzeczywiste odpady mieszkańców Gminy, czy też jakieś mityczne odpady, które spełniają wymogi Poziomu Recyklingu i w jaki sposób ma to zrobić zgodnie z przepisami prawa, które są tu restrykcyjne, jeśli chodzi o postępowanie z odebranymi odpadami, jeśli nie spełniają one wymogów dla kodu, pod którym zostały przez mieszkańców przekazane (m.in. ww. art. 6ka ucp). Jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy Pzp, gdyż pozostaje nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

W związku z powyższym Odwołujący żąda usunięcia z SWZ obowiązku osiągnięcia przez Wykonawcę Poziomu Recyklingu przewidzianego w art. 3b ucp dla Gminy lub też wskazania w SWZ lub też takie sformułowanie postanowień umowy, które

- wskażą realne metody, w jaki sposób Wykonawca ma ten obowiązek zrealizować,

- zapewnią Wykonawcy odpowiednie i realne narzędzia pozwalające na realizację tego obowiązku,
- będą stanowiły o realnym i efektywnym współdziałaniu Zamawiającego (w rozumieniu Gminy, tj. jej władz i mieszkańców) w zapewnieniu osiągnięcia wymaganego Poziomu Recyklingu.

#### **Ad. zarzutu nr 2**

W odniesieniu do zarzutu nr 2 ma w pełni zastosowanie argumentacja Odwołującego dotycząca zarzutu nr 1, ponieważ w dużej mierze są to zarzuty ze sobą powiązane, a projektowane kary umowne są konsekwencją obowiązku, o którym mowa w zarzucie nr 1.

Z § 12 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy wynika, że „ZAMAWIAJĄCEMU przysługują od WYKONAWCY kary umowne w poniższych przypadkach i wysokościach: (...)

3) w wysokości kary, której będzie podlegała Gmina Miejska Legionowo za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, naliczonej Gminie Miejskiej Legionowo zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ww. ustawy – **w części, za którą odpowiada WYKONAWCA;**”

Przy czym powyższe postanowienie jest zarówno niezrozumiałe (niejasne) i niedookreślone, za jakie obowiązki odpowiada Wykonawca („w części, za którą odpowiada”) i za jakie jest obciążony karami umownymi w stosunku do wymienionych w art. 9z ucpg, jak i:

- stanowi przypisanie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (władze i mieszkańcy Gminy), w szczególności w zakresie osiągnięcia Poziomu Recyklingu,
- stanowi to ustalenie kary umownej za zachowanie Wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem umowy, bowiem Wykonawca może zrealizować umowę z dochowaniem najwyższej staranności, a mimo tego nie osiągnąć wymaganego Poziomu Recyklingu,
- stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczeniem prawa do ustalania warunków realizacji zamówienia poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązków i kar, podczas gdy oczywiste jest, że Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie Poziomu Recyklingu oraz nałożenie ww. kar jest niezgodne z ich przeznaczeniem wskazanym w art. 471 Kc i innych przepisach Kodeksu cywilnego.

Art. 9z ucpg stanowi, że: „1. Gmina, która:

- 1) przekazuje po terminie sprawozdanie, o którym mowa w art. 9q – podlega karze pieniężnej w wysokości 100 zł za każdy dzień opóźnienia, nie więcej jednak niż za 365 dni;
- 2) przekazuje nierzetelne sprawozdanie, o którym mowa w art. 9q – podlega karze pieniężnej w wysokości od 200 zł do 500 zł, jeżeli sprawozdanie zostanie uzupełnione lub poprawione

odpowiednio w terminie 30 lub 14 dni od dnia doręczenia wezwania, o którym mowa w art. 9r ust. 2, a w przypadku niezastosowania się do wezwania od 500 zł do 5000 zł.

1a. Gmina, która nie tworzy warunków niezbędnych do utrzymania czystości i porządku na swoim terenie, o których mowa w art. 3 ust. 2 pkt 3, 4 i 8-10 – podlega karze pieniężnej w wysokości od 1000 zł do 100 000 zł.

2. Gmina, która nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w art. 3aa – podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu:

- 1) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych;
- 2) recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.
- 3) (uchylony)

2a. Gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c – podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu:

- 1) przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu;
- 2) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;
- 3) składowania.

3. Kary pieniężne, o których mowa w:

- 1) ust. 2 i ust. 2a pkt 1 i 2 – oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 3;
- 2) ust. 2a pkt 3 – oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 4.

4. Gmina, która nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w art. 6d ust. 1 – podlega karze pieniężnej w wysokości od 10 000 zł do 50 000 zł.

5. W przypadku gdy dany obowiązek powinien być wykonany przez związek międzygminny, karom pieniężnym, o których mowa w ust. 1-2a, 4, 6 i 7, podlega ten związek.

6. W przypadku gdy wójt, burmistrz lub prezydent miasta nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w art. 9u – gmina podlega karze pieniężnej w wysokości od 500 zł do 5000 zł.

7. W przypadku gdy wójt, burmistrz lub prezydent miasta nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w art. 6 ust. 5a – gmina podlega karze pieniężnej w wysokości od 10 000 zł do 50 000 zł.”

Treść powyższego przepisu obejmuje więc różne rodzaje kar, za różne okoliczności wskazane w tym przepisie. Zamawiający w § 12 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy zawarł ogólne odesłanie do tego przepisu wskazując enigmatycznie, że chodzi o niewywiązywanie się z obowiązków **w części, za którą odpowiada Wykonawca**. Jednak bez wyjaśnienia nawet, czy „część, za którą odpowiada Wykonawca odpowiada”, to część szkody (nałożonej na niego kary) poniesionej przez niego w związku z zawinionym działaniem Wykonawcy, np. opóźnieniem w przekazaniu mu danych do sprawozdań, niedołożeniem należytej staranności przy odbiorze odpadów itp. Czy też „część, za

którą odpowiada Wykonawca” to wszelkie okoliczności związane z zakresem przedmiotu zamówienia jako takim, czyli odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, niezależne od winy Wykonawcy.

Przy czym należy zauważyć, że w kolejnych punktach § 12 ust. 1 Zamawiający przewiduje osobne kary m.in.:

- z tytułu zwłoki w przekazaniu danych niezbędnych do wypełnienia rocznego sprawozdania sporządzanego przez gminę w zakresie dotyczącym punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (pkt 4),
- za mieszanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych ze zmieszanymi odpadami komunalnymi lub selektywnie zebranych odpadów różnych rodzajów ze sobą (pkt 5),
- za przekazywanie nierzetelnych sprawozdań określonych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach lub przekazywanie ich po terminie określonym tą ustawą (pkt 6).

Tym samym można zakładać, że kary przewidziane w art. § 12 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy dotyczą głównie i będą się koncentrować na przygotowaniu do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, czyli nieosiągnięciu Poziomów Recyklingu, które – jak wskazano powyżej – są dla Gminy nieosiągalne. Są to też kary umowne o spodziewanej najwyższej wartości kwotowej (1.200.000 zł rocznie i więcej).

Zamawiający nie tylko więc bezpodstawnie deleguje swoje obowiązki w postaci osiągnięcia Poziomu Recyklingu na Wykonawcę, ale też obarcza Wykonawcę wysokimi karami umownymi, nie opartymi na zasadzie winy. Co więcej, nie jest to nawet odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, ponieważ nie występuje tu żaden element ryzyka, gdyż skutek w postaci braku osiągnięcia Poziomu Recyklingu 45% i 55% jest pewny. Jest też przeciwieństwem oparcia działania na zasadzie słuszności.

**Zatem nie są to *de facto* kary umowne, lecz jakaś instytucja nieznana polskiemu systemowi prawa.**

Kary umowne bowiem, zgodnie z art. 483 § 1 Kc można zastrzec w umowie jako formę naprawienia szkody wynikłej z **niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania** niepieniężnego, tj. przez zapłatę określonej sumy zwanej karą umowną.

Jest to realizacją zarówno obowiązków wynikających z art. 415 Kc: „Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.”, jak i art. 471 Kc: „Dłużnik obowiązany jest do **naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.**”

§ 12 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy w zakresie Poziomów Recyklingu nie posiada żadnej z tych cech. Jeśli zaś Zamawiającemu chodziło o konkretne działania lub zaniechania Wykonawcy w tym zakresie, powinien to wyraźnie wskazać we Wzorze umowy oraz innych dokumentach SWZ.

Jedyną sytuacją, w której odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu leży na podmiocie dokonującym odbioru odpadów, jest opisana w art. 9g pkt 1 ucpg i dotyczy ona przypadku, gdy podmiot dokonuje odbioru odpadów z nieruchomości na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości (a nie z gminą). Jednak sytuacja ta wykracza poza zakres projektowanej umowy z Zamawiającym.

Sytuacja ta narusza także zakaz wynikający z art. 433 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: naliczania kar umownych za **zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem ani odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.**

Jak wskazano już w uzasadnieniu zarzutu nr 1 – osiągnięcie Poziomów Recyklingu nie jest związane:

- ani z prawidłową realizacją umowy przez Wykonawcę – który może ją realizować z najwyższą starannością, a Poziomu Recyklingu nie osiągnie;
- ani nie jest związane z przedmiotem umowy, którym jest odbiór i zagospodarowanie odpadów takich, jakie przekażą mieszkańcy, a nie odpadów zdolnych osiągnąć Poziom Recyklingu.

Jest to też kara za okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Gmina, czyli zarówno jej mieszkańcy, którzy wytwarzają odpady o niskiej jakości pod względem możliwości osiągnięcia Poziomu Recyklingu, jak i władze Gminy, które nie są w stanie zmobilizować mieszkańców do wytwarzania odpadów lepszej jakości – nie zaś Wykonawca.

Argumentacja dotycząca pojęcia „gminy” i jego definicji zawartej w art. 1 i art. 2 ustawy o samorządzie gminnym jako ogółu mieszkańców gminy oraz nałożonego na mieszkańców gminy w art. 1 pkt 1 ucpg zawarta w uzasadnieniu zarzutu nr 1 pozostaje aktualna.

Zatem nierealizowanie obowiązku osiągnięcia Poziomu Recyklingu przez mieszkańców gminy jest *de facto* brakiem realizacji tego obowiązku przez Gminę, czyli Zamawiającego, co spełnia przesłanki art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo, ponieważ projektowane przez Zamawiającego kary umowne za niedotrzymanie Poziomu Recyklingu oraz inne okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność finansową, opisują też *de facto* wymogi Zamawiającego w stosunku do sposobu realizacji umowy przez Wykonawcę, a do tego stanowią znaczne kwoty (ok. 1.200.000 zł rocznie i więcej), muszą one zostać uwzględnione w ryzyku Wykonawcy związanym z wykonaniem przedmiotu umowy, a zatem i w cenie oferty Wykonawcy. Tym samym wszelkie braki co do jednoznacznego, wyczerpującego, dokładnego i zrozumiałego opisanie tych wymagań i okoliczności mają wpływ

na sporządzenie oferty, a w szczególności jej cenę – zatem istnienie tych braków narusza obowiązki Zamawiającego wynikające z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

**W związku z powyższym Odwołujący żąda:**

**- usunięcia § 12 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy**

**- lub ewentualnie dokładnego opisanie we Wzorze umowy, za które konkretnie z okoliczności wskazanych w art. 9z ucp, na jakich zasadach i w jakiej konkretnej części odpowiada Wykonawca, z tym że również w tym przypadku Wykonawca żąda usunięcia odniesienia do osiągnięcia Poziomu Recyklingu – poza zakresem, w którym Wykonawcy można przypisać bezpośrednią winę za nieosiągnięcie wymaganych Poziomów Recyklingu.**

### **Ad. zarzutu nr 3**

W § 7 ust. 4 Wzoru umowy Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„WYKONAWCA zobowiązuje się przekazać ZAMAWIAJĄCEMU, do dnia rozpoczęcia realizacji umowy, wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, o których mowa w ust. 1-2, ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz adresu zamieszkania danej osoby, wykonywanych czynności oraz wymiaru czasu pracy jak też informację o zatrudnieniu do realizacji przedmiotu zamówienia 1 osoby niepełnosprawnej zatrudnionej przy pracach administracyjno-biurowych (jeżeli dotyczy) wynikający z formularza oferty wskazanych na potrzeby oceny oferty w kryterium <<Czynnik społeczny>>.”

W ust. 1 i 2. § 7 mowa jest odpowiednio:

„1. WYKONAWCA zobowiązuje się zatrudnić na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji przedmiotu umowy osoby wykonujące bezpośrednio pracę przy realizacji przedmiotu zamówienia, w tym kierowców do transportu odpadów, pracowników fizycznych do załadunku odpadów oraz pracowników biurowych zajmujących się logistyką transportu, reklamacjami i sprawozdawczością.

2. WYKONAWCA zobowiązuje się zatrudnić na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji przedmiotu umowy 1 osobę niepełnosprawną (jeżeli dotyczy) wykonującą prace administracyjno-biurowe jak wynika z formularza oferty wskazanego na potrzeby oceny oferty w kryterium „Czynnik społeczny”.

Zgodnie z ust. 3 § 7 „Ustalenie wymiaru zatrudnienia ZAMAWIAJĄCY zostawia w gestii WYKONAWCY.”

Rozporządzenie RODO w art. 5 „Zasady dotyczące przetwarzania danych osobowych” ust. 1 stanowi m.in., że dane osobowe muszą być: b) zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami; dalsze



przetwarzanie do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych nie jest uznawane w myśl art. 89 ust. 1 za niezgodne z pierwotnymi celami (<ograniczenie celu>); c) adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane (<<minimalizacja danych>>);”,  
zaś art. 6 „Zgodność przetwarzania z prawem” ust. 1.:

„Przetwarzanie jest zgodne z prawem wyłącznie w przypadkach, gdy – i w takim zakresie, w jakim – spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

- a) osoba, której dane dotyczą wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w jednym lub większej liczbie określonych celów;
- b) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą, lub do podjęcia działań na żądanie osoby, której dane dotyczą, przed zawarciem umowy;
- c) przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze;
- d) przetwarzanie jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą, lub innej osoby fizycznej;
- e) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi;
- f) przetwarzanie jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią, z wyjątkiem sytuacji, w których nadrzędny charakter wobec tych interesów mają interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, wymagające ochrony danych osobowych, w szczególności gdy osoba, której dane dotyczą, jest dzieckiem.

Akapit pierwszy lit. f) nie ma zastosowania do przetwarzania, którego dokonują organy publiczne w ramach realizacji swoich zadań.”

Zgodnie z art. 438 ust. 2 ustawy Pzp „W celu weryfikacji zatrudniania, przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, umowa przewiduje możliwość żądania przez zamawiającego w szczególności:

- 1) oświadczenia zatrudnionego pracownika,
- 2) oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,
- 3) poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,
- 4) innych dokumentów

– zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.”

Z powyższych przepisów wynika więc w sposób jasny, że dane osobowe mogą być zbierane tylko w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami, a także adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane (minimalizacja danych i ograniczenie celu). Przepisy art. 6 ust. 1 RODO wskazują też owe cele przetwarzania.

Z kolei art. 438 ust. 2 ustawy Pzp co prawda zezwala Zamawiającemu na pozyskiwanie od wykonawcy pewnych danych o jego pracownikach, jednak wskazują nie na jakiekolwiek dane, **a jedynie na dane osobowe niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę**. Żądanie Zamawiającego zawarte w § 7 ust. 4 Wzoru umowy stanowczo wykracza poza ten zakres określony art. 438 ust. 2 ustawy Pzp, jak też poza możliwości gromadzenia przez niego danych osobowych pracowników Wykonawcy, w szczególności, jeśli chodzi o takie dane jak adres zamieszkania pracownika czy jego wymiar czasu pracy (który nie ma nic wspólnego z samym obowiązkiem zatrudnienia na umowę o pracę oraz leży w gestii Wykonawcy).

Wymóg ust. 4 jest też niezrozumiały w kontekście postanowień ust. 6 § 7, a które oznaczają, że Zamawiającemu wystarczy zupełnie inny, znacznie mniejszy zakres danych pracowników. Poza tym również z praktycznego punktu widzenia dla Wykonawcy niezrozumiałe jest, do jakich celów mają służyć Zamawiającemu tak szczegółowe dane o pracownikach.

**W związku z powyższym Odwołujący żąda wykreślenia z § 7 ust. 4 Wzoru umowy żądania danych w zakresie niezgodnym ze wskazaniem przywołanych art. 5 ust. 1 lit. b i c rozporządzenia RODO oraz art. 438 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności co do adresu zamieszkania oraz wymiaru czasu pracy pracowników.**

#### **Ad. zarzutu nr 4**

W § 14 ust. 1 pkt 5 Wzoru umowy Zamawiający wskazał następujące warunki waloryzacji w zakresie odbioru i transportu odpadów:

„Stosownie do treści art. 436 ustawy Prawo zamówień publicznych ZAMAWIAJĄCY przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 2 umowy w następujących przypadkach: (...)

5) na wniosek Strony umowy w przypadku zmiany ceny towarów i usług konsumpcyjnych związanych z realizacją zamówienia w odniesieniu do ceny za odbiór i transport odpadów

wykazanej w tabeli kosztowej będącej załącznikiem do Umowy dokonanej z uwzględnieniem poniższej procedury:

a) Wskaźnikiem zmiany ceny towarów i usług konsumpcyjnych związanych z realizacją zamówienia jest informacja zawarta w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej jako „Prezes GUS”) o zmianie cen towarów i usług konsumpcyjnych (zwana dalej jako „Wskaźnik”) publikowana w Dzienniku Urzędowym Głównego Urzędu Statystycznego;

b) Wykonawca jest uprawniony do złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1 pkt 5 jeżeli w co najmniej dwóch z trzech następujących po sobie komunikatach kwartalnych Prezesa GUS, począwszy od komunikatu opublikowanego w kwartale w którym Wykonawca podpisał Umowę, Prezes GUS poinformuje o wzroście cen towarów i usług konsumpcyjnych o co najmniej 3 %.

c) Zamawiający jest uprawniony do złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1 pkt 5 jeżeli w co najmniej dwóch z trzech następujących po sobie komunikatach kwartalnych Prezesa GUS, począwszy od komunikatu opublikowanego w kwartale w którym Zamawiający podpisał Umowę, Prezes GUS poinformuje o spadku cen towarów i usług konsumpcyjnych o co najmniej 3 %.

d) Przez zmianę ceny towarów i usług konsumpcyjnych w odniesieniu do odbioru i transportu odpadów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak ich obniżenie, względem ceny lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy wykazanej w tabeli kosztowej będącej załącznikiem do Umowy.

e) Zmiana wynagrodzenia o której mowa w niniejszym ustępie może nastąpić jedynie naprzód od daty zawarcia aneksu w wyniku złożonego wniosku przez którąkolwiek ze stron.

f) Pierwszy wniosek o zmianę wynagrodzenia na podstawie niniejszego ustępu może zostać złożony po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji niniejszej umowy.

g) waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana o najwyższy z trzech wskaźników o których mowa w pkt 5a i pkt 5 c, przy czym waloryzacja dotyczy jedynie kosztów transportu i odbioru.”

Ust. 6 § 14 Wzoru umowy brzmi: „W przypadku zaistnienia sytuacji wskazanej w ust. 1 pkt. 5 - 6 Strony mogą wprowadzić zmianę wynagrodzenia po uprzednim przedstawieniu przez Wykonawcę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia zawierającego szczegółowe kalkulacje obrazujące, czy i w jakim stopniu zmiana przyjętego Wskaźnika oraz kosztów zagospodarowania odpadów wpłynęła na koszty realizacji Umowy. Zamawiający oceni przedstawione uzasadnienie i podejmie decyzję o ewentualnej zmianie wysokości wynagrodzenia lub odmówi wprowadzania zmiany przedstawiając swoje stanowisko.”, zaś ust. 8 § 14:

„Zawarcie aneksu do Umowy nastąpi nie później niż w terminie 14 dni roboczych licząc od dnia, w którym będą spełnione następujące warunki: 1) odpowiednio Zamawiający lub Wykonawca zatwierdzi wniosek o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, 2) Zamawiający zabezpieczy środki finansowe na pokrycie wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy w swoim planie finansowym budżetu Gminy Miejskiej Legionowo.”

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp „1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.”

W zawartym w § 14 ust. 1 pkt 5 lit. f postanowieniu Zamawiający wskazał, że pierwszy wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji niniejszej umowy. W ocenie Odwołującego – jeśli nie jest to przeoczenie Zamawiającego, który zapomniał poprawić wartość „12” na „6”, jak to ma miejsce przy regulacjach dotyczących zagospodarowania odpadów – powyższe postanowienie stanowi próbę obejścia przez Zamawiającego przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, którego celem jest umożliwienie wykonawcom ubiegania się o waloryzację już po 6 miesiącach (od zawarcia umowy lub nawet złożenia oferty), co jest odbiciem obecnej sytuacji ekonomiczno-politycznej, wysokiej inflacji i uwzględnienia możliwości wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności w okresach krótszych niż 12 miesięcy wskazywane wcześniej w art. 439 ust. 1. Nie po to bowiem ustawodawca wprowadzał zmianę przepisu wskazując na okres 6 miesięcy zamiast poprzednich 12, aby

w umowie przewidywano możliwość pierwszej zmiany dopiero po 10, 12 czy 18 miesiącach. Takie podejście przeczyłoby wskazywanemu powyżej celowi tej regulacji. Co więcej, zakres odbioru i transportu odpadów jest bardziej wrażliwy na zmiany i wzrost kosztów niż samo zagospodarowanie odpadów, ze względu zwłaszcza na duży udział w tych kosztach paliw i materiałów ropopochodnych (paliwa, oleje i smary), a także płac pracowników i presji na pracodawców co do wzrostu ich wynagrodzeń związanej z wysoką inflacją. Powyższe dotyczy nie tylko pracowników otrzymujących wynagrodzenia minimalne, gdyż inflacja dotyka wszystkich, a w przypadku Gminy Miejskiej Legionowo presję tę zwiększa także bliskość aglomeracji warszawskiej, w której wynagrodzenia są z założenia wyższe niż wynagrodzenia w innych częściach kraju. Tym samym realny wzrost kosztów wykonania zamówienia (realnie i obiektywnie nieprzewidywalny na chwilę składania ofert w skali dwóch lat – i więcej licząc okres pomiędzy złożeniem oferty a dniem rozpoczęcia realizacji) w zakresie odbioru i transportu odpadów powinien być uwzględniony w postanowieniach umowy bardziej realnie niż w obecnym jej brzmieniu.

Po drugie, regulacja wskazująca na możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy dopiero po 12 miesiącach od daty rozpoczęcia realizacji niniejszej umowy jest niekompatybilna z opisem zasad waloryzacji zawartym w innych postanowieniach punktu 5., w szczególności lit. b i c, w których mowa o komunikatach Prezesa GUS o zmianie cen towarów i usług konsumpcyjnych począwszy od komunikatu opublikowanego w kwartale, w którym Wykonawca podpisał umowę. Dodatkowo, jeśli nie liczyć możliwości złożenia wniosku o aneks po 6 miesiącach od dnia zawarcia umowy – czy tym bardziej 180 dniach od złożenia ofert, jak stanowi przepis – to dane ze wskazanych przez Zamawiającego komunikatów Prezesa GUS przestają w ogóle być aktualne.

Dodatkowo w ust. 6 § 14 Zamawiający wskazał, że „W przypadku zaistnienia sytuacji wskazanej w ust. 1 pkt. 5 - 6 Strony mogą wprowadzić zmianę wynagrodzenia po uprzednim przedstawieniu przez Wykonawcę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia zawierającego szczegółowe kalkulacje obrazujące, czy i w jakim stopniu zmiana przyjętego Wskaźnika oraz kosztów zagospodarowania odpadów wpłynęła na koszty realizacji Umowy.”

Zatem niezrozumiałe jest, jaki jest wzajemny stosunek komunikatów Prezesa GUS do kalkulacji obrazujących, czy i w jakim stopniu zmiana przyjętego wskaźnika oraz kosztów zagospodarowania odpadów wpłynęła na koszty realizacji umowy i wzrost kosztów wykonania usługi w zakresie odbioru i transportu odpadów. Stanowi to kolejną niejasność, w jaki sposób owa waloryzacja miałaby przebiegać. Dodatkowo doświadczenie z lat 2022 i 2023 uczy, że sam wzrost kosztów oleju napędowego był znacznie wyższy niż ogólne wskaźniki inflacji podawane przez Prezesa GUS, a to wzrost cen paliwa stanowił w głównej mierze o znaczącym wzroście kosztów realizacji zamówienia.

Kolejną niejasnością jest tryb i termin akceptacji wniosku o waloryzację. Zamawiający w ust. 8 § 14 wskazał, że „Zawarcie aneksu do Umowy nastąpi nie później niż w terminie 14 dni roboczych licząc od dnia, w którym będą spełnione następujące warunki: 1) odpowiednio Zamawiający lub Wykonawca zatwierdzi wniosek o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, 2) Zamawiający zabezpieczy środki finansowe na pokrycie wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy w swoim planie finansowym budżetu Gminy Miejskiej Legionowo.” W praktyce oznacza to, że akceptacja wniosku przez Zamawiającego może trwać miesiącami albo nie nastąpić w ogóle (w roku 2022/2023 Zamawiający wniosek taki rozważał kilka miesięcy) – dodatkowo zmiana wynagrodzenia możliwa jest jedynie na przyszłość, od zawarcia aneksu.

Jeżeli dodać termin 12 miesięcy od rozpoczęcia realizacji, nieokreślony termin na analizę wniosku, nieokreślony termin na zabezpieczenie środków finansowych, termin na zawarcie aneksu, wzrost wynagrodzenia na przyszłość, może okazać się, że przewidywany maksymalnie 24-miesięczny okres realizacji umowy (od 01.01.2024 r. do 31.12.2025 r. lub krócej) umowy może okazać się niewystarczający na wprowadzenie tej waloryzacji, ewentualnie waloryzacja będzie obejmować bardzo krótki okres tej realizacji.

Powyższe świadczy o tym, że Zamawiający, choć przewidział możliwość waloryzacji formalnie, to nie przewidział jej realnie, co stanowi obejście dyspozycji art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, która nakazuje zamawiającym dokonywanie waloryzacji.

Jak wiadomo, możliwość, wysokość i zasady waloryzacji wynagrodzenia mają znaczący wpływ na określenie obowiązków Wykonawcy związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz dokonanie wyceny wynagrodzenia Wykonawcy w ofercie na dzień jej złożenia, zatem wszelkie niejasności w tym zakresie naruszają też dyspozycję art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

**W związku z powyższym Odwołujący żąda zmiany § 14 Wzoru umowy poprzez zastąpienie w postanowieniu § 14 ust. 1 pkt 5 lit. f wskazania, że „pierwszy wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji niniejszej umowy” wskazaniem, że pierwszy wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, z zastrzeżeniem, że jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, zgodnie z art. 439 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.**

**Odwołujący żąda także usunięcia opisanych powyżej niejasności i sprzeczności w zakresie zasad i trybu wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy poprzez określenie w § 14 Wzoru umowy jasnych i logicznych zasad tej waloryzacji.**

W związku z powyższym niniejsze odwołanie należy uznać za zasadne, a Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Szczegółowe stanowisko Odwołującego zostanie wyrażone podczas rozprawy.

**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo (na pendrive) wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Informacja z KRS (na pendrive).

**Anna Packo**

**radca prawny**