

Łódź, dnia 31 października 2024 r.

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

**Odwołujący:**

**REMONDIS sp. z o.o. w Warszawie**

**nr KRS: 0000031135**

ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa

e-mail: [lodz@remondis.pl](mailto:lodz@remondis.pl)

tel.: 42 651 29 93

faks: 42 680 91 62

*reprezentowany przez:*

**radcę prawnego Monikę Ziółkowska**

Kancelaria Radcy Prawnego

ul. Zielona 1, 90-414 Łódź

tel.: 602 386 450

e-mail: [radca@ziolkowska-kancelaria.pl](mailto:radca@ziolkowska-kancelaria.pl)

**Zamawiający:**

**Gmina Nowosolna**

REGON: 728-256-22-72, NIP: 472057780

ul. Rynek Nowosolna 1, 92-703 Łódź

tel.: (42) 616-45-00,

e-mail: [urząd@gminanowosolna.pl](mailto:urząd@gminanowosolna.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Nowosolna Nr referencyjny: ZPUB.271.1.2.2024

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem **2024-OJS205-00634351-pl-ts** w dniu **21 października 2024 r.**

Specyfikacja Warunków Zamówienia została opublikowana na Platformie Zakupowej w dniu **21 października 2024 r.**

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/989254>

### **ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm. (dalej jako: Pzp), **w imieniu Remondis sp. z o.o. w Warszawie** (dalej jako: „Odwolujący”), **wnoszę odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia opublikowanych w dniu 21 października 2024 r.** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Nowosolna Nr referencyjny: ZPUB.271.1.2.2024.

#### **I. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:**

1. wprowadzenie do wzoru umowy niejasnych, wadliwych postanowień dotyczących zasad zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia  
**czym Zamawiający naruszył art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) i 3) Pzp;**
2. nałożenie na wykonawcę obowiązków dotyczących osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, podczas gdy Wykonawca nie ma wyłącznego wpływu na osiągnięcie tych poziomów  
**czym Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc, art. 354 Kc, art. 473, art. 471 i art. 483 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp;**
3. uregulowanie postanowień umownych w zakresie konsekwencji nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu w sposób rażąco nieproporcjonalny, przerzucenie wszystkich ryzyk w tym zakresie na wykonawcę  
**czym Zamawiający naruszył art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 431 Pzp;**
4. uregulowanie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, mimo że nie jest to uzasadnione okolicznościami ani zakresem zamówienia;  
**czym Zamawiający naruszył art. 433 pkt 1 Pzp;**
5. opisanie obowiązków wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do celów zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga od wykonawcy składania kopii kart przekazania odpadów w miejsce zestawień kart przekazania odpadów  
**czym Zamawiający naruszył art. 99 ust. 2 Pzp;**
6. opisanie obowiązków wykonawcy objętych opisem przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa powszechnie obowiązującego w zakresie, w jakim Zamawiający obliuguje Wykonawcę do sporządzania rocznych sprawozdań i przekazywania ich Zamawiającemu za pośrednictwem Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 399), w zakresie obejmującym informacje o masie:  
- odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła przygotowanych

do ponownego użycia i do recyklingu, powstałych z zebranych przez podmiot odpadów komunalnych;

- odpadów budowlanych i rozbiórkowych z gospodarstw domowych będących odpadami komunalnymi przygotowanych do ponownego użycia, poddanych recyklingowi i innym procesom odzysku powstałych z zebranych podmiotów odpadów komunalnych

**czym Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.**

## **II. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:**

### **1. nakazanie Zamawiającemu:**

- 1) dokonania modyfikacji § 17 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ poprzez wskazanie czy wymagany 10 % próg zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do waloryzacji umowy to 10 % wzrost cen materiałów lub kosztów Wykonawcy w tym konkretnym kontrakcie czy wzrost wskaźników GUS o 10 % (*dotyczy zarzutu nr 1*);
- 2) zastąpienie wszystkich zapisów w dokumentacji postępowania nakładających na Wykonawcę obowiązek osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu zapisami, że Wykonawca ma obowiązek dołożyć należytej staranności odpowiedniej do realnych możliwości wynikających z przedmiotu umowy do osiągnięcia ustalonych poziomów recyklingu (*dotyczy zarzutu nr 2*);
- 3) usunięcie z dokumentacji postępowania zapisów, na podstawie których Wykonawca ponosi konsekwencje nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (aktualnie: § 13 ust. 2 lit. d) wzoru umowy) (*dotyczy zarzutu nr 3*);
- 4) zastąpienie sformułowań „opóźnienie” sformułowaniem „zwłoka” (*dotyczy zarzutu nr 4*);
- 5) zastąpienie w pkt VI 9 Opisu przedmiotu zamówienia obowiązku przekazywania Zamawiającemu kopii kart przekazania odpadów obowiązkiem przekazywania Zamawiającemu zestawień kart przekazania odpadów (*dotyczy zarzutu nr 5*);
- 6) zastąpienie w pkt VI 10 Opisu przedmiotu zamówienia obowiązku Wykonawcy sporządzania i przekazywania rocznych sprawozdań obejmujących masę:
  - odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła przygotowanych do ponownego użycia i do recyklingu, powstałych z zebranych przez podmiot odpadów komunalnych;

*- odpadów budowlanych i rozbiórkowych z gospodarstw domowych będących odpadami komunalnymi przygotowanych do ponownego użycia, poddanych recyklingowi i innym procesom odzysku powstałych z zebranych podmiotów odpadów komunalnych”*

obowiązkiem Wykonawcy sporządzania i przekazywania rocznych sprawozdań obejmujących masę:

*- odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi;*

*- odebranych odpadów budowlanych i rozbiórkowych z gospodarstw domowych*

*(dotyczy zarzutu nr 6);*

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunku przedstawionego na rozprawie.

**III.** Wnoszę ponadto o **dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów** z dokumentów w postaci: dokumentów zamówienia na okoliczności podane w uzasadnieniu odwołania;

**IV.** Odwołanie zostaje wniesione w terminie przewidzianym art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp.

**V.** Odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 Pzp.

**VI.** **Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania** zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, **bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Prawo zamówień publicznych.** REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest podmiotem prowadzącym działalność w zakresie odbioru odpadów zainteresowanym uzyskaniem niniejszego zamówienia oraz podmiotem zdolnym do realizacji niniejszego zamówienia. Tymczasem w/w naruszenia Pzp, jakich dopuścił się Zamawiający, uniemożliwiają lub znacząco utrudniają Odwołującemu oszacowanie ceny ofertowej i złożenie oferty, co naraża REMONDIS Sp. z o.o. na szkodę powstałą w wyniku nieuzyskania zamówienia poprzez uniemożliwienie osiągnięcia z tego tytułu określonego zysku.

## UZASADNIENIE

### Dotyczy zarzutu nr 1

§ 17 ust. 5 – 16 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ stanowi następująco:

- „5. Ponadto stosownie do treści art. 439 ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia tj. cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy w formie aneksu, w następujących przypadkach:
- 5.1. w przypadku zmiany ceny materiałów lub innych kosztów związanych z realizacją umowy.
6. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych ust. 5 pkt 1. niniejszego paragrafu Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po wejściu w życie zmiany ceny materiałów lub innych kosztów. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych zmiany cen materiałów lub innych kosztów oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie umowy.
7. Zmiana umowy w zakresie zmiany cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy z przyczyn określonych w ust. 5 pkt 1. obejmować będzie wyłącznie płatności za usługi, których w dniu zmiany cen materiałów lub innych kosztów jeszcze nie wykonano.
8. Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu na zmianę cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany umowy przez Zamawiającego.
9. Zmiana cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy może nastąpić w przypadku zmiany ceny materiałów lub innych kosztów związanych z realizacją umowy.
10. Poziom zmiany ceny materiałów lub innych kosztów związanych z realizacją umowy, określonych w ust. 5 uprawniający strony umowy do żądania zmiany cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy wynosi 10%.
11. Pierwsza zmiana cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy może nastąpić po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy i począwszy od kolejnego miesiąca po opublikowaniu w dzienniku urzędowym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego komunikatu w sprawie wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych.
12. Zmiana cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy może nastąpić nie częściej niż 1 raz na 6 miesięcy trwania umowy, z uwzględnieniem ust. 7 niniejszej umowy.
13. Zmiana cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy nastąpi o wartość wskaźnika, o którym mowa w ust. 11 niniejszej umowy.
14. Waloryzacja cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy może nastąpić pod warunkiem, że zmiana cen związanych z realizacją zamówienia ma rzeczywisty wpływ na koszt wykonania niniejszej umowy.
15. W sytuacji wystąpienia okoliczności uprawniających do zmiany cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy, strony nawzajem są względem siebie uprawnione do złożenia pisemnego wniosku o zmianę umowy w zakresie płatności dotyczących okresu, za

*który waloryzacja ma nastąpić. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie odpowiedniego wskaźnika GUS, będącego podstawą takiego żądania wraz z potwierdzeniem, że nastąpiła jego zmiana uzasadniająca żądanie. Ponadto wraz z wnioskiem należy podać dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia po zmianie umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia, a wpływem zmiany kosztów realizacji umowy na kalkulację cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy. Ponadto w przypadku żądania podwyższenia cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy należy również przedstawić dowody ich poniesienia w zwiększonej wysokości.*

16. Zamawiający nie przewiduje waloryzacji cen jednostkowych określonych w § 3 ust. 1 umowy w przypadku, gdy w wyniku wszystkich waloryzacji, wartość łącznego wynagrodzenia dla Wykonawcy osiągnęła poziom 120% względem pierwotnie przewidzianego całkowitego wynagrodzenia umownego brutto.”

Zapisy wzoru umowy dotyczące waloryzacji są niejasne w zakresie przesłanek ich zastosowania. W § 17 ust. 10 wzoru umowy pojawia się próg 10 % wzrostu cen materiałów. Lektura zapisów tego paragrafu nie pozwala jednak jednoznacznie ustalić, czy żeby Wykonawca mógł domagać się waloryzacji wynagrodzenia: o 10 % muszą wzrosnąć koszty tego konkretnego Wykonawcy czy wartość wskaźników GUS.

Nieprecyzyjny zapis w tym zakresie powoduje, że nie wiadomo jaki poziom ryzyka wzrostu kosztów należy skalkulować przy cenie ofertowej.

### **Dotyczy zarzutu nr 2 i 3**

Zamawiający zapisał w Opisie Przedmiotu Zamówienia, że usługi winny być realizowane w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399 z późn. zm.) oraz aktami wykonawczymi.

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ w § 5 ust. 12 podano: „Wykonawca zobowiązany jest do odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w sposób zapewniający osiągnięcie utrzymania odpowiednich poziomów recyklingu oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, przyjętych na dany rok i ujętych w następujących rozporządzeniach:

a. 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);

b. Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz.U. z 2017 r., poz. 2412) oraz zapewniający nieprzekroczenie poziomu składowaniu w wysokości

określonej w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2024 r, poz. 399).”

W § 13 ust. 2 lit. d) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji – w wysokości równej karze przewidzianej przepisami prawa dla gminy za niewywiązanie się z tego obowiązku”.

W odniesieniu do w/w postanowień wzoru umowy należy wskazać, że Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia dokumentacji Postępowania, że nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przeniósł na Wykonawcę pełną odpowiedzialność jaką Zamawiający może ponieść za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ramach Umowy.

Taka regulacja kar umownych musi zostać zmieniona, ponieważ jest niezgodna z przepisami Pzp oraz aktualnie zapadającymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego Wykonawca wnosi o usunięcie postanowień § 13 ust. 2 lit. d) wzoru umowy, podając ku temu następujące uzasadnienie:

Mając na uwadze Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2024 r. w sprawie o sygnaturze KIO 102/24, Krajowa Izba Odwoławcza wprost wskazuje, że nie jest prawidłowe takie ukształtowanie postanowień SWZ, aby za nieosiągnięcie poziomów recyklingu odpowiedzialność miał ponosić Wykonawca usługi. W Uzasadnieniu tego wyroku czytamy: „Izba uwzględniła przede wszystkim wskazany i szerzej opisany w pytaniu poniżej fakt, że wykonawca nie ma wpływu na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na obowiązujące przepisy, w tym te dotyczące metodologii wyliczenia poziomu recyklingu i na planowane wprowadzenie systemu kaucyjnego. Tymczasem wszystkie te okoliczności mają wpływ na to, czy realne będzie osiągnięcie w okresie realizacji umowy poziomów recyklingu wymaganych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przez Zamawiającego” (...) „nie można pominąć faktu, że w 2025 r. zacznie obowiązywać w Polsce system kaucyjny, który obejmie butelki z tworzyw sztucznych i szkła odpowiednio o pojemności do 3 litrów i do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra, czyli ten rodzaj opadów, który jest najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu, gdyż w największym stopniu kwalifikuje się do poddania temu procesowi. W myśl projektowanych reguł funkcjonowania tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane m.in. do sklepów wraz ze zwrotem kaucji, co prawdopodobnie przyczyni się do popularności systemu kaucyjnego, ale jednocześnie zmniejszy dostępność wykonawców do ww. odpadów. Istotne jest przy tym (pomijając w tym miejscu kwestię obniżonych przychodów wykonawców), że o ile obecnie projektowane zasady działania systemu kaucyjnego przewidują możliwość wliczenia przez gminę masy odpadów objętych systemem kaucyjnym do wymaganego poziomu recyklingu, o tyle możliwość ta nie dotyczy wykonawców odbierających odpady. Oczywiście

*ma rację Zamawiający wskazując, że ww. zasady nie mają jeszcze charakteru ostatecznego, niemniej jednak niniejsze zamówienie jest udzielane teraz i skoro nie ma informacji o planowanych ewentualnych zmianach tych zasad i ich zakresie, to nie ma też podstaw do zakładania, że zmiany takie zostaną wprowadzone i będą korzystne dla wykonawców. Tym samym na obecnym etapie należy przyjąć, że wykonawcy zostaną w znacznym stopniu pozbawieni dostępu do strumienia odpadów objętych systemem kaucyjnym, jak też pozbawieni możliwości zaliczenia tych odpadów do wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie taki stan rzeczy utrudni im osiągnięcie tych poziomów. Odnosząc się przy tym do orzecznictwa powołanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w którym Izba nie uznawała kar umownych przewidzianych na wypadek nieosiągnięcia poziomów recyklingu za wygórowane, należy zauważyć, że orzeczenia te nie uwzględniały faktu wprowadzenia w Polsce systemu kaucyjnego, zatem zapadały w innym stanie faktycznym niż obecny. Tymczasem, jak wskazano już wyżej, wprowadzenie tego systemu przy takich założeniach, jakie są obecnie znane, skutkować będzie odcięciem wykonawców od najbardziej wartościowego strumienia odpadów poddawanych recyklingowi i brakiem możliwości zaliczenia tych odpadów do osiąganego poziomu recyklingu, co z kolei może prowadzić do obciążania wykonawców karami umownymi”*

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w postanowieniach wzoru umowy przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej karom pieniężnym, jakie mogą być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Sytuacja Zamawiającego i wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie nie jest jednak taka sama. Takie działanie Zamawiającego jest wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 Pzp w związku z art. 431 Pzp (co już w swoich wyrokach potwierdza KIO – vide KIO 102/24). Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 Pzp Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę”. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

Ponadto zwracam uwagę na to, że Krajowa Izba Odwoławcza wyroku KIO z dnia 6 lutego 2024 r. w sprawie o sygnaturze KIO 102/24 oraz w sprawach pod sygnaturą KIO 324/23 z 20 listopada 2023 r. i KIO 3176/23 z 21 listopada 2023 r., uznała, że: „Reasumując, w świetle poczynionych wyżej ustaleń Izba stwierdziła, że Zamawiający poprzez obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na gminę, niezasadnie przerzucił w całości ryzyko kontraktowe związane z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu na wykonawcę”.



Zamawiający przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej karom pieniężnym, jakie mogą być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Sytuacja Zamawiającego i wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie nie jest jednak taka sama. Powody wskazujemy poniżej, a wynikają one m. in. z:

1. Wpływu wprowadzonego systemu kaucyjnego na możliwości Wykonawcy w osiągnięciu wymaganych poziomów recyklingu:

Po pierwsze, zgodnie z obecnie przewidywanymi zasadami funkcjonowania systemu kaucyjnego odpady objęte tym systemem Zamawiający będzie mógł wliczyć sobie do poziomu recyklingu, podczas gdy wykonawca nie będzie miał takiej możliwości. To powoduje, że w przypadku Zamawiającego ryzyko nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, a w efekcie — bycia obciążonym karą pieniężną, jest znacznie mniejsze niż w przypadku wykonawcy.

Obowiązek wprowadzenia systemu kaucyjnego w Polsce nakłada ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852). Od 1 stycznia 2025 roku miał zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce. Planowane jest przesunięcie wejścia w życie systemu do 1 października 2025 r. System kaucyjny obejmuje jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielokrotnego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Zatem wszystkie te rodzaje odpadów, które to frakcje odpadów pozwalają na „wysoki poziom recyklingu”. Przedsiębiorcy będą musieli osiągać określone poziomy selektywnego zbierania opakowań (90% od 2029 roku). Nowy porządek prawny ma ogromny wpływ na możliwość osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu przez Wykonawcę świadczącego usługę odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, ponieważ Wykonawca starci możliwość wliczania odpadów z oddanych do odzysku tworzyw sztucznych, wg danych statystycznych z 2023 r.:

- 1) masa PET (wyłącznie butelki plastikowe) na rynku Polskim to od 200 000 MG do 297 000 Mg rocznie;
- 2) masa metali – masa puszek aluminiowych ok. 60 000 mg rocznie;
- 3) masa szkła 100 000 Mg rocznie (rzeczywista ilość to 525 000 Mg, ale po korekcie związanej z koniecznością uwzględnienia wyłącznie zwrotnych opakowań szklanych do systemu kaucyjnego przyjmuje się 100 000 Mg);

Jak widać z powyższego Wykonawca usługi nie będzie mógł, jak dotychczas:

- a) przekazać ww odpadów do instalacji w celu poddania ich recyklingowi i uzyskać z tego źródła poziomu recyklingu (ilość odpadów wchodzących w system kaucyjny realnie zostanie usunięta ze strumienia odpadów odbieranych przez Wykonawcę, czyli zmniejszy się możliwość Wykonawcy w uzyskaniu poziomu recyklingu), radykalnie zmniejsza się i jednocześnie staje się niemożliwe po stronie Wykonawcy osiągnięcie wymaganych w SWZ poziomów recyklingu;

b) nie będzie mógł uzyskać wynagrodzenia z tytułu zbytu surowców – co ma wpływ bezpośredni na koszty realizacji usługi,

c) w przypadku utrzymania w SWZ obowiązku zapłaty kary umownej w cenę oferty zmuszony będzie wliczyć ryzyko związane z wysokim prawdopodobieństwem konieczności zapłaty kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, co znacznie podwyższy koszt realizacji usługi – wyższe ceny ofert dla Zamawiającego;

Wprowadzenie w Polsce systemu kaucyjnego, jak widać z powyższego zestawienia faktów, ma bezpośrednie przełożenie na sposób realizacji usługi dla Zamawiającego – w szczególności w kontekście zrealizowania przez Wykonawcę ustalonego w umowie obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu. Wprost i niezaprzeczalnie wprowadzenie systemu kaucyjnego powoduje, że niemożliwe staje się aby cały obowiązek jaki spoczywa na Zamawiającym w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu mógł być zrealizowany przez Wykonawcę. Zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający zrealizowane w ramach systemu kaucyjnego poziomy odzysku może wliczyć w osiągnięte przez siebie poziomy recyklingu a Wykonawca nie może tego uczynić. Dlatego konieczne jest dokonanie modyfikacji SWZ, w kierunku, który spowoduje dostosowanie postanowień dokumentacji przetargowej do realnych możliwości realizacji usługi.

2. Po drugie, zgodnie z przywołanymi przez Wykonawcę przepisami, tj. art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 189f S 1 pkt 1 k.p.a., Zamawiający może też ubiegać się o zawieszenie, a następnie umorzenie kary pieniężnej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu lub o odstąpienie od jej nałożenia, a tym samym może uniknąć obowiązku zapłaty tej kary jeżeli ziszczą się przesłanki zawarte w ww. przepisach (podjęcie działań naprawczych, usunięcie przyczyn nałożenia kary, brak zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska). Powyższe korzystne dla Zamawiającego możliwości, w myśl postanowień projektu umowy, nie wpłyną jednak na podstawę naliczenia kary umownej wykonawcy. Zatem kara nie będzie miała charakteru zmierzającego do naprawienia szkody.

W tym miejscu wskazać należy na szereg obowiązków, które w celu osiągnięcia poziomów recyklingu zrealizować musi gmina – tu Zamawiający, a na jakie nie ma najmniejszego wpływu Wykonawca. Zgodnie z art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, następnie zgodnie z art. 4 u.c.p.g. rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie.

To Zamawiający sprawuje kontrolę nad wypełnieniem obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, ustalając m.in. zasady nakładania i określania opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów (art. 9u u.c.p.g., art. 6k ust. 3 u.c.p.g.).

Wykonawca w tym zakresie nie ma najmniejszej przestrzeni do działania.

Skoro to Zamawiający posiada opisane powyżej instrumenty, które mają wpływ na zdyscyplinowanie mieszkańców do selektywnej zbiórki odpadów, które bezpośrednio przekładają się na realizację poziomu recyklingu, to dlatego Wykonawca obarczony jest pełną odpowiedzialnością za jego nieosiągnięcie. Wykonawca może jedynie dołożyć należytej staranności w celu osiągnięcia tych poziomów a polegać to może na skierowaniu odpadów do możliwie najnowocześniejszych instalacji.

3. Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku, gdy ponad 50% strumienia odpadów odbieranych to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągnane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie około 3%. Kluczowy, jak pokazuje powyższy przykład, jest wpływ dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recyklingu. Ponieważ odpady zmieszane, jako frakcja, stanowią ponad połowę strumienia odpadów, to możliwość wysortowania z odpadów zmieszanych – odpadów, które można oddać do recyklera, stanowi o istocie problemu przy uzyskaniu ustalonych poziomów recyklingu. Słaba jakość i niska ilość odpadów „u źródła” ma bezpośrednie przełożenie na możliwość uzyskania poziomów recyklingu, natomiast Wykonawca nie posiada narzędzi, które są w dyspozycji Zamawiającego (system sankcyjny, tworzenie planów i regulaminów), które mogłyby zdyscyplinować mieszkańców do zwiększenia udziału odpadów selektywnie zbieranych w ogólnym strumieniu odpadów.

4. Abstrahując od tego, że Zamawiający ma ustawowe uprawnienie wliczenia do poziomów recyklingu pochodzących z innych źródeł np. z punktów skupu czy wliczenia kompostu z przydomowych kompostowników czy też wliczenia surowców odebranych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, które aktualnie nie są objęte systemem gminnym, a wytwarzają znaczącą ilość wartościowych surowców. Dodatkowo należy wskazać, iż ilość odpadów przekazana do recyklingu przez pozostałe podmioty z terenu gminy (zbiórki w szkołach, podczas festynów, skupy itp.) jest nieznana Wykonawcy, aczkolwiek jest zdecydowanie znacząca w osiągnięciu wymaganego ustawowo poziomu recyklingu.

W związku z powyższym skarżone postanowienia wzoru umowy obciążają pełnym ryzykiem zapłaty kary umownej za nieosiągnięcie przez Zamawiającego wymaganego poziomu recyklingu jedynie Wykonawcę. Sytuacja na mocy obecnego brzmienia wzoru umowy ma miejsce, pomimo że nawet w przypadku prawidłowego zrealizowania usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu objętego przedmiotem zamówienia, posiadania najnowocześniejszych instalacji i sortowni, Wykonawca może nie osiągnąć ustalonego na poziomie dla roku 2025 poziomu recyklingu 55 % a dla roku 2026 poziomu 56 %, a skoro tak, to Zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z prawidłowym wykonaniem umowy i co więcej nie ma związku z wolą i działaniem Wykonawcy. Bowiem przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu – a wykonanie usługi odbioru, i zagospodarowania odpadów komunalnych. Ponadto takie ukształtowanie stosunków w umowie pomiędzy Zamawiającym

a Wykonawcą jest sprzeczne z zasadą współdziałania przy wykonywaniu Umowy wynikająca z art. 431 Pzp. W konsekwencji – ponieważ odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił Zamawiający §we wzorze umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i co za tym idzie, jest rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia wzoru umowy w zakresie kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu są sprzeczne z art. 3b i 9 z ust. 2 u.c.p.g, albowiem zmierzają do przeniesienia więcej niż całością ryzyk związanych z odpowiedzialnością administracyjnoprawną Zamawiającego na wykonawcę będącego stroną stosunku cywilnoprawnego, co narusza wskazane przepisy prawa. Wykonawca podkreśla, że w związku z faktem posiadania przez Zamawiającego szeregu opisanych powyżej narzędzi zmierzających do egzekwowania od mieszkańców selektywnej zbiórki odpadów i odpowiednim brakiem takich narzędzi po stronie Wykonawcy, konieczne jest wykreślenie obowiązku zapłaty kary umownej z postanowień umowy. Zgodnie z art. 354 k.c. oraz zgodnie z art. 431 Pzp - dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje a także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Wierzycielem w tym przypadku jest oczywiście Zamawiający a dłużnikiem Wykonawca. W tym wypadku Zamawiający (gmina) przenosi na Wykonawcę swój obowiązek (osiągnięcia poziomu recyklingu), jednak nie mogąc przenieść na Wykonawcę przysługujących tylko Zamawiającemu narzędzi do wyegzekwowania realizacji obowiązku. Skoro zatem Wykonawca zobowiązany ma być do osiągnięcia poziomu recyklingu, to Zamawiający jako jedyny władny do użycia narzędzi do wyegzekwowania jego osiągnięcia ponosi odpowiedzialność za zrealizowanie tego obowiązku w granicach wynikających z możliwości realnego wpływu na podwyższenie osiągnięcia poziomu recyklingu w wyniku maksymalnego użycia narzędzi przysługujących tylko Zamawiającemu do ich osiągnięcia, bowiem tylko Zamawiający ma możliwość podejmowania działań w jakie wyposażył go ustawodawca, zmierzających do realizacji ustalonych poziomów recyklingu. Ustanowienie kar umownych za nieosiągnięcie poziomu recyklingu w sposób dokonany przez Zamawiającego, wobec powyższego stanowi o naruszeniu przez niego swobody kontraktowej z art. 353<sup>1</sup> k.c., z jednoczesnym naruszeniem przepisu art. 354 k.c., art. 473, art. 471 i art. 483 k.c. Skoro od współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, to pełna odpowiedzialność za ich osiągnięcie nie może spoczywać na Wykonawcy. Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18 ustaliła, że: *„Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. (...) Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. (...) Nie znajduje również uzasadnienia poziom kar umownych, opisanych w § 14 wzoru umowy, gdyż w ocenie*

*Izby ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy”. Ewidentnie w omawianym przypadku zachodzi sytuacja, gdy ustanowione w SWZ kary umowne za nieosiągnięcie poziomów recyklingu są zbyt wysokie i nieproporcjonalne do stopnia odpowiedzialności jaki można przypisać Wykonawcy w związku z tym, że to Zamawiający ma w gestii w zasadzie pełnię narzędzi do stymulowania ich osiągnięcia. nawet przy prawidłowej realizacji przedmiotu umowy i jednoczesnym podjęciu najwyższych starań istnieje ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu z przyczyn zaniechania przez Zamawiającego czynności, które mają na celu zdyscyplinowanie mieszkańców, szerzenie świadomości dot. sposobu i wagi dla środowiska segregowania odpadów, może dojść do nieosiągnięcia poziomów recyklingu i to Wykonawca – pomimo braku jakiegokolwiek wpływu na tę sytuację – wobec obecnego brzmienia SWZ ponosi wyłączną odpowiedzialność na zasadzie kary umownej. Dlatego w tym miejscu Wykonawca przywołuje Wyrok Izby z dnia 29 października 2018 r. KIO 2085/18, zgodnie z którym: „art. 471 i 473 § 1, 353<sup>1</sup> k.c. umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej jak i jej wysokości zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej. Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części, za którą została ustalona kara umowna to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy także, iż podstawą do naliczenia kary umownej jest sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także jego nieterminowe wykonanie.*

#### **Dotyczy zarzutu nr 4**

W § 13 ust. 2 lit. a) i e) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ Zamawiający przewidział kary umowne za opóźnienia:

- a. *za każdorazowy przypadek opóźnienia wykonania usługi względem terminu określonego w harmonogramie – w wysokości 0,2% wynagrodzenia za miesiąc, w którym stwierdzono opóźnienie, za każdy dzień opóźnienia, z wyjątkiem zaistnienia okoliczności, których wystąpienie nie wynika z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę, a których charakter uniemożliwia dochowanie ustalonego terminu, tj. wystąpienia klęsk żywiołowych, anomalnych (wyjątkowo niesprzyjających) warunków pogodowych, siły wyższej;*
- e. *za niewywiązanie się z obowiązku, o którym mowa w § 5 ust. 3 w wysokości 0,5% wynagrodzenia za miesiąc, w którym stwierdzono opóźnienie, za każdy dzień opóźnienia, z wyjątkiem zaistnienia okoliczności, których wystąpienie nie wynika z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę, a których charakter uniemożliwia*

*dochowanie ustalonego terminu, tj. wystąpienia klęsk żywiołowych, anomalnych (wyjątkowo niesprzyjających) warunków pogodowych, siły wyższej.*

Nie zachodzą w obydwu przypadkach okoliczności, a przynajmniej nie są one znane Wykonawcy, o których mowa w drugiej części przepisu art. 433 pkt 2 Pzp, a które uprawniałyby Zamawiającego do karania wykonawcy za opóźnienia w realizacji obowiązków niezależnie od tego, czy do opóźnień doszło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy czy też nie.

### **Dotyczy zarzutu nr 5**

W pkt VI 9 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ (str. 34) Zamawiający podał: „Wykonawca zobowiązany jest do przedkładania Zamawiającemu miesięcznych raportów w terminie do 5 dni roboczych od zakończenia miesiąca, którego dany raport dotyczy wraz z protokołem wykonania usługi zestawień miesięcznych ilości poszczególnych rodzajów odebranych i zagospodarowanych odpadów z nieruchomości z terenu gminy Nowosolna oraz PSZOK w ujęciu wagowym (Mg), ze wskazaniem do której instalacji przekazano odpady.

*Raporty winny zawierać:*

- ilość odebranych odpadów (ogółem), wyrażone w Mg,
- informację o masie poszczególnych rodzajów odebranych i przekazanych do zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym o odpadach ulegających biodegradacji oraz sposobie ich zagospodarowania, wraz ze wskazaniem instalacji, do których zostały przekazane zebrane odpady komunalne,
- dowody przyjęcia odebranych odpadów komunalnych przez instalację – kopie kart przekazania odpadów sporządzonych zgodnie z obowiązującymi przepisami, w karcie przekazania odpadów winna znajdować się adnotacja, że przedmiotowe odpady pochodzą z terenu Gminy Nowosolna.”

Powszechnie stosowaną praktyką jest aktualnie **przekazywanie zestawienia kart przekazania odpadów a nie przekazywania kopii kart przekazania odpadów**. Obowiązek przekazywania Zamawiającemu kopii kart przekazania odpadów nie jest obowiązkiem Wykonawcy odbierającego odpady wynikającym z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Karty te w żadnej mierze nie służą Zamawiającemu do realizowania jego obowiązków czy uprawnień w sposób lepszy/szerszy niż kopie kart. Tymczasem obowiązek przekazywania kopii kart przekazywania odpadów przy dużych kontraktach (jak przedmiotowy) jest zbędną uciążliwością, formalizmem, nadto formalizmem nieekologicznym.

Obowiązki Wykonawcy są w tym zakresie nieproporcjonalne do celów zamówienia a zatem zapisy te naruszają art. 99 ust. 2 Pzp.

## Dotyczy zarzutu nr 6

W pkt VI 10 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ (str. 34) Zamawiający podał:

*„Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania rocznych sprawozdań i przekazywania ich Zamawiającemu za pośrednictwem Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 399), które winny zawierać informacje o masie:*

- poszczególnych rodzajów zebranych odpadów komunalnych;*
- pozostałości z sortowania przeznaczonych do składowania powstałych z zebranych przez podmiot odpadów komunalnych;*
- odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła przygotowanych do ponownego użycia i do recyklingu, powstałych z zebranych przez podmiot odpadów komunalnych;*
- odpadów budowlanych i rozbiórkowych z gospodarstw domowych będących odpadami komunalnymi przygotowanych do ponownego użycia, poddanych recyklingowi i innym procesom odzysku powstałych z zebranych podmiotów odpadów komunalnych”.*

Wyłuszczone zapis w tirecie 3 dotyczący 4 frakcji jest niezgodny z aktualnym brzmieniem przepisów w tym zakresie.

Zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia 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 ze zm.):

*Do łącznej masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, oznaczonej symbolem „Mr”, zalicza się:*

- 1) odpady komunalne z grupy 15 oraz z grupy 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06;*
- 2) odpady powstałe z przetworzenia odpadów komunalnych, o których mowa w pkt 1*

Ponadto przy odpadach budowlanych podmioty odbierające odpady zobowiązane są podać w sprawozdaniu tylko ilość odebranych odpadów. Odpady budowlane nie wliczają się bowiem do poziomów wymaganych do osiągnięcia. Wyłuszczone zapis w tirecie 4 jest zatem także niezgodny z obowiązującymi przepisami i winien zostać skorygowany.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

### Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;

2. informacja odpowiadająca odpisowi z Rejestru Przedsiębiorców KRS Odwołującego;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł;
4. dowód przesłania odwołania Zamawiającemu.

W imieniu  
Odwołującego  
REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością