

Słuszków , dnia 15.04.2024 r.

**Zamawiający:**

**Gmina Mycielin**

Słuszków 27

62-831 Korzeniew

**Do wszystkich uczestników postępowania**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Mycielin z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

Numer referencyjny: ZP.271.1.2.2024

**Informacja o wniesieniu odwołania  
oraz wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego**

Działając w trybie art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; zwanej dalej: PZP), Zamawiający zawiadamia o wniesieniu odwołania w przedmiotowym postępowaniu w dniu 15/04/2024 r. przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Niedźwiadach, Niedźwiady 38, 62-800 Kalisz, KRS: 0000441507, NIP: 6180030387.

W załączeniu do niniejszego pisma Zamawiający przekazuje treść odwołania.

Mając na uwadze powyższe oraz zgodnie z art. 524 PZP, Zamawiający **wzywa** Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgodnie z postanowieniami art. 525 ust. 1 PZP Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie **3 dni** od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia w formie przewidzianej w art. 508 PZP doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania

odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron (art. 525 ust. 3 PZP).

Załącznik:

- odwołanie Wykonawcy Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z dnia 15/04/2024;

WÓJT GMINY  
*Szef*  
Rafał Szelągowski



---

Kalisz, dnia 15 kwietnia 2024 r.

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

**Odwołujący:**

**Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Niedźwiadach**

Niedźwiady 38, 62-800 Kalisz

KRS: 0000441507, NIP: 6180030387, nr tel. +48 62 764 22 96, e-mail: [biuro@eko.kalisz.pl](mailto:biuro@eko.kalisz.pl)

**reprezentowany przez adw. Macieja Mazurka**

Kancelaria Adwokacka adw. Maciej Mazurek, ul. Sukiennicza 5A/18, 62-800 Kalisz,

tel. + 48 514356662, e-mail: [adwokat@maciejmazurek.pl](mailto:adwokat@maciejmazurek.pl)

**Zamawiający:**

**Gmina Mycielin**

Słuszków 27, 62-831 Mycielin

NIP: 9680857720, nr tel. 62 7613123, e-mail: [urząd@mycielin.pl](mailto:urząd@mycielin.pl)

**Zamówienie:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi prowadzone pod nazwą *Świadczenie usług odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Mycielin z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy*

nr referencyjny: ZP.271.1.2.2024 (dalej: **Postępowanie**)

**Ogłoszenie o wszczęciu postępowania:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2024 r. numer wydania **S: 66/2024**, numer ogłoszenia: **194899-2024**

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu **Odwołującego – Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o.**, w powołaniu na pełnomocnictwo, które wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: *p.z.p.*), **niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści Ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz**

---

Kancelaria Adwokacka adwokat Maciej Mazurek

ul. Sukiennicza 5A lok. 18  
62 – 800 Kalisz  
NIP: 618 210 28 66

 [www.maciejmazurek.pl](http://www.maciejmazurek.pl)  
 [adwokat@maciejmazurek.pl](mailto:adwokat@maciejmazurek.pl)  
 514 356 662

**dokumentów zamówienia – Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) oraz Załączników do SWZ, w tym postanowień umownych, w postaci:**

- I. Punktu 5.1.9 Ogłoszenia wszczynającego postępowanie (dalej: *Ogłoszenie*), punktu 4.1. i 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2), punktu V.1 Załącznika nr 10 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: *OPZ*) i § 1 ust. 1 i 2 Załącznika nr 11 do SWZ – Istotne postanowienia umowy (dalej: *Projekt umowy*);
- II. Punktu 5.1.9 Ogłoszenia, punktu 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2) OPZ, § 1 ust. 2 Projektu umowy;
- III. Punktu 24.11 SWZ i § 14 ust. 8 Projektu umowy;
- IV. Załącznika nr 2 do SWZ – Formularz cenowy (dalej: *Formularz cenowy*), punktu I.9 OPZ, punktu II.3.13) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy i § 5 ust. 1 i 4 Projektu umowy;
- V. Punktu I.11 OPZ, § 3 ust. 11 i § 12 Projektu umowy;
- VI. Punktu II.3.18) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy;
- VII. § 8 ust. 1 pkt 8), § 8 ust. 2, § 8 ust. 4 pkt 1 i § 8 ust. 5 Projektu umowy;
- VIII. § 9 Projektu umowy;
- IX. § 12 ust. 2, § 12 ust. 9-11, § 12 ust. 15-16 Projektu umowy.

**Zaskarżonemu Ogłoszeniu i dokumentacji zarzucam:**

- 1. [w odniesieniu do **punktu I powyżej**, tj. pkt 5.1.9 Ogłoszenia, pkt 4.1 i 7.2.3 lit. b) SWZ, pkt II.1.2) i V.1 OPZ, § 1 ust. 1 i 2 Projektu umowy] naruszenie **art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p., art. 116 ust. 1 p.z.p. oraz art. 68a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 68b pkt 3 lit. d) ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych** (Dz. U. z 2023 r. poz. 875, dalej: *ustawa o elektromobilności lub u.o.e.*), poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem obowiązku spoczywającego na zamawiającym z mocy bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy o elektromobilności, zaniechanie wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym, w tym pojazdami rodzaju i ilości określonymi w ustawie o elektromobilności, a w konsekwencji naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, proporcjonalny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 2. [w odniesieniu do **punktu II powyżej**, tj. pkt 5.1.9 Ogłoszenia, pkt 7.2.3 lit. b) SWZ, pkt II.1.2) OPZ, § 1 ust. 2 Projektu umowy] naruszenie **art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p.**; poprzez wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców potencjałem technicznym w postaci jedynie dwóch pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro 5, zaniechanie wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym, tj. co najmniej pięcioma pojazdami spełniającymi normę

emisji spalin Euro 5, tym samym zaniechanie wprowadzenia warunków udziału w postępowaniu, które zapewnią najlepszą jakość usług oraz najlepsze efekty zamówienia, w tym efekty środowiskowe, a w konsekwencji naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

3. [w odniesieniu do **punktu III powyżej**, tj. pkt 24.11 SWZ i § 14 ust. 8 Projektu umowy] naruszenie **art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p.**,

poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, wprowadzenie przez zamawiającego uprawnienia pozwalającego na zachowanie części zabezpieczenia należytego wykonania umowy na okres gwarancji i rękojmi, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie jest objęty gwarancją lub rękojnią, określenia terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób nieprecyzyjny i niejasny, albowiem odwołujący się do odbioru końcowego przedmiotu Umowy, podczas gdy Projekt umowy nie zawiera postanowień odwołujących się do sposobu i terminu odbioru końcowego,

co uniemożliwia właściwe oszacowanie ryzyka gospodarczego oraz kosztów ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a konsekwencji utrudnia właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;

4. [w odniesieniu do **punktu IV powyżej**, tj. Formularza cenowego, pkt I.9 OPZ, pkt II.3.13) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 i § 5 ust. 1 i 4 Projektu umowy] naruszenie **art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 134 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p.**,

poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, a także wewnętrznie sprzeczny, w postaci wskazania rozbieżnych ilości odbieranych odpadów w OPZ i Formularzu cenowym, wskazania różnych rodzajów odbieranych odpadów w OPZ i Formularzu cenowym, a tym samym wprowadzenia nieprzejrzystego sposobu obliczenia ceny oferty,

co uniemożliwia właściwe oszacowanie zakresu zlecanej zamówieniem usługi, potencjalnych przychodów i kosztów realizacji zamówienia, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;

5. [w odniesieniu do **punktu V powyżej**, tj. pkt I.11 OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy, § 3 ust. 11 i § 12 Projektu umowy] naruszenie **art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.**,

poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, wadliwe przygotowanie specyfikacji warunków zamówienia wyrażające się w sformułowanie projektowanych postanowień umownych w sposób niejasny i przerzucający na wykonawcę całe ryzyko związane z awarią bądź przestojem technologicznym instalacji, która podlega Zamawiającemu, jako gminie zrzeszonej w Związku Międzygminnym „Czyste Miasto, Czysta Gmina”, zaniechanie wprowadzenia postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia w razie zmiany instalacji, w konsekwencji naruszenie natury i istoty zobowiązania, oraz zasad współżycia społecznego,

co uniemożliwia właściwe oszacowanie zakresu zlecanej zamówieniem usługi, potencjalnych przychodów i kosztów realizacji zamówienia, ryzyka gospodarczego i cenowego, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę, zwłaszcza wobec niejasnego wskazania rodzaju i ilości odpadów podlegających odbiorowi i transporcie do instalacji;

6. [w odniesieniu do **punktu VI powyżej**, tj. pkt II.3.18) OPZ] naruszenie **art. 99 ust. 1 p.z.p.**, **art. 5 ust. 1 lit. a) – c)** i **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 (Dz. Urz. UE L 2016, nr 119, s. 1; dalej: RODO)** w zw. z **art. 58 § 1 k.c.** i **art. 353<sup>1</sup> k.c.**, w zw. z **art. 8 ust. 1 p.z.p.**,

poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, tj. nałożenie na wykonawcę obowiązku powiadomienia telefonicznego mieszkańców gminy o niemożności odbioru odpadów z powodu prowadzonych remontów dróg lub złych warunków technicznych drogi, niewskazanie sposobu uzyskania danych osobowych, które miałyby być wykorzystane do realizacji tego obowiązku, a tym samym nałożenie na wykonawcę obowiązku nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia w postaci konieczności zebrania danych osobowych – numerów telefonu oraz adresów mieszkańców, sporządzenie projektu postanowień umownych z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, co uniemożliwia ocenę zakresu obowiązków umownych, właściwe oszacowanie ryzyka gospodarczego i ryzyka związanego z odpowiedzialnością za naruszenie bezpieczeństwa danych, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;

7. [w odniesieniu do **punktu VII powyżej**, tj. § 8 ust. 1 pkt 8), § 8 ust. 2, § 8 ust. 4 pkt 1 i § 8 ust. 5 Projektu umowy] naruszenie **art. 433 pkt 2 p.z.p.**, **art. 58 § 1 i 2 k.c.**, **art. 353<sup>1</sup> k.c.**, **art. 483 § 1 k.c.** w zw. z **art. 471 k.c.**, **art. 483 § 1 k.c.** w zw. z **art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2023 poz. 1790, dalej: *ustawa o transakcjach handlowych* albo *u.t.h.*)** **art. 498 § 1 k.c.** w zw. z **art. 8 ust. 1 p.z.p.**,

poprzez wprowadzenie projektowanych postanowień umownych, które są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, zasadami współżycia społecznego i które naruszają istotę i naturę zobowiązania, w tym równowagę kontraktową stron, tj. wprowadzenie odpowiedzialności w postaci kar umownych za zdarzenia niezależne od wykonawcy, ustanowienie rażąco wygórowanej kary umownej, wprowadzenie kary umownej za niewykonanie zobowiązania pieniężnego, wprowadzenie możliwości potrącenia przez Zamawiającego niewymagalnych wierzytelności, co uniemożliwia właściwą ocenę ryzyka gospodarczego i cenowego, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;

8. [w odniesieniu do **punktu VIII powyżej**, tj. § 9 Projektu umowy] naruszenie **art. 433 pkt 3 p.z.p.**, **art. 58 § 1 i 2 k.c.**, **art. 353<sup>1</sup> k.c.**, w zw. z **art. 8 ust. 1 p.z.p.**,

poprzez wprowadzenie projektowanych postanowień umownych, które są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, zasadami współżycia społecznego i które naruszają istotę i naturę zobowiązania, w tym równowagę kontraktową stron, a także przenoszą na wykonawcę odpowiedzialność za zdarzenia, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj. przeniesienie przez Zamawiającego na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu za odebrane odpady – obowiązku nałożonego na Zamawiającego przez ustawodawcę w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w sytuacji, gdy wskaźniki recyklingu i odzysku zależą przede wszystkim od samego Zamawiającego, tj. podejmowanych m.in. na podstawie u.c.p.g. działań wobec mieszkańców w zakresie prawidłowego wytwarzania odpadów oraz wybranej przez Zamawiającego instalacji zagospodarowującej odpady i przyjętego sposobu zagospodarowania odpadów, tj. ZUOK „Orli Staw” podlegającej Zamawiającemu jako gminie tworzącej Związek Międzygminny „Czyste Miasto, Czysta Gmina”,

co uniemożliwia właściwą ocenę ryzyka gospodarczego związanego z niewykonaniem zobowiązania, zwłaszcza wobec niejasnego wskazania rodzaju i ilości odpadów podlegających odbiorowi i transporcie do instalacji, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;

9. [w odniesieniu do **punktu IX powyżej**, tj. § 12 ust. 2, ust. 9-11 i ust. 15-16 Projektu umowy] naruszenie **art. 433 pkt 4 p.z.p., art. 436 pkt 4 p.z.p. i art. 439 ust. 1 p.z.p. i art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.,**

poprzez wprowadzenie projektowanych postanowień umownych, które są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, zasadami współżycia społecznego i które naruszają istotę i naturę zobowiązania, w tym równowagę kontraktową stron, zaniechanie wprowadzenia postanowień umownych obejmujących waloryzację wynagrodzenia z przyczyn zwiększenia obciążeń publicznoprawnych lub wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę począwszy od dnia wejścia w życie tych zmian, lecz dopiero po 12 miesiącach obowiązywania umowy, zaniechanie wprowadzenia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia po 6 miesiącach obowiązywania umowy, wprowadzenia progu dla zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na poziomie, który czyni iluzorycznym skorzystanie z mechanizmu waloryzacji, ograniczenie maksymalnego poziomu waloryzacji wynagrodzenia do poziomu, który rażąco przenosi na wykonawcę wzrost kosztów, zwłaszcza w razie rażącego zwiększenia się kosztów wykonania zamówienia, wprowadzenia możliwości zmiany umowy w razie uruchomienia PSZOK, w tym ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, jak również bez określenia przesłanek zmiany i sposobu zmiany umowy,

co uniemożliwia właściwą ocenę ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zobowiązania, zwłaszcza wobec niejasnego wskazania rodzaju i ilości odpadów

podlegających odbiorowi i transporcie do instalacji, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, **wnoszę o:**

1. przeprowadzenie dowodu z dokumentu obwieszczenia Wojewody Wielkopolskiego z dnia 9 listopada 2021 r. w sprawie ogłoszenia zmiany statutu Związku Komunalnego Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina” z siedzibą w Kaliszu (Dz. Urz. Woj. Wlkp. 2021 r. poz. 8287), celem wykazania, że Zamawiający jest członkiem (założycielem) Związku Międzygminnego prowadzącego instalację Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych „Orli Staw” (dalej: *Statut*);
2. uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:
  - a. dostosowania brzmienia **punktu 4.2.2) Ogłoszenia, punktu 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2) punktu V.1 OPZ i § 1 ust. 1 Projektu umowy** w sposób odpowiadający wymogom art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 68a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 68b pkt 3 lit. d) ustawy o elektromobilności, tj. wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym, w tym pojazdami rodzaju i ilości zapewniającymi realizację zamówienia zgodnie z art. 68a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 68b pkt 3 lit. d) ustawy o elektromobilności oraz wprowadzenia wymogu realizacji zamówienia zgodnie z przepisami tejże ustawy;
  - b. dostosowania brzmienia **punktu 5.1.9 Ogłoszenia, punktu 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2) OPZ** w sposób odpowiadający wymogom art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 1 p.z.p., tj. wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym – pojazdami spełniającymi normę emisji spalin co najmniej Euro 5;
  - c. dostosowaniu brzmienia **punktu 24.11 SWZ i § 14 ust. 8 Projektu umowy** do przedmiotu zamówienia, tj. usługi, a nie robót budowlanych;
  - d. dostosowania brzmienia **Formularza cenowego, punktu I.9 OPZ, punktu II.3.13) OPZ** do wymogów wynikających z art. 99 ust. 1 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 17 p.z.p., poprzez usunięcie wewnętrznej sprzeczności pomiędzy tymi postanowieniami i dokumentami, jednoznaczne określenie szacowanych ilości odpadów podlegających odbiorowi, jednoznaczne określenie rodzajów odpadów podlegających odbiorowi i dostosowanie Formularza cenowego do zmienionych postanowień;
  - e. dostosowanie brzmienia **punktu I.11 OPZ, § 3 ust. 11 i § 12 Projektu umowy** do wymogów wynikających z art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., tj. wprowadzenia obowiązku powiadamiania wykonawcy przez Zamawiającego o awarii lub



- przestoju instalacji, wprowadzenia możliwości korzystania ze stacji przeładunkowej celem transportu odpadów do zastępczej instalacji, wprowadzenia postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku awarii lub przestoju technologicznego instalacji ZUOK „Orli Staw”;
- f. dostosowanie brzmienia **punktu II.3.18) OPZ** do wymogów wynikających z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 RODO, poprzez usunięcie obowiązku telefonicznego powiadamiania mieszkańców o niemożności odbioru odpadów przez wykonawcę;
  - g. dostosowanie brzmienia **§ 8 ust. 1 pkt 8), § 8 ust. 2, § 8 ust. 4 pkt 1 i § 8 ust. 5 Projektu umowy** do wymogów wynikających z art. 433 pkt 2 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy o transakcjach handlowych albo u.t.h., art. 498 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez:
    - i. ograniczenie odpowiedzialności wskazanej w § 8 ust. 1 pkt 8) do przyczyn, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,
    - ii. ograniczenie możliwości potrącenia, o którym mowa w § 8 ust. 2 wyłącznie do wymagalnych wierzytelności,
    - iii. usunięcie § 8 ust. 4 pkt 1,
    - iv. sprecyzowanie § 8 ust. 5;
  - h. usunięcie **§ 9 Projektu umowy**;
  - i. dostosowanie **instytucji zmiany wynagrodzenia** do wymogów wynikających z art. 436 pkt 4 p.z.p. oraz art. 439 p.z.p. poprzez:
    - i. usunięcie § 12 ust. 2,
    - ii. obniżenie poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów wskazanego w § 12 ust. 9,
    - iii. usunięcie § 12 ust. 10 i 11,
    - iv. usunięcie § 12 ust. 15 lub podwyższenie progu procentowego wskazanego w tym postanowieniu,
    - v. doprecyzowanie zasad zmiany umowy w razie uruchomienia PSZOK;
3. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

Ponadto, w przypadku wyznaczania posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy przed KIO, **zwracam się z prośbą o niewyznaczenie rozprawy na godzinę wcześniejszą niż 11:00**, co wynika z odległości pomiędzy siedzibą Odwołującego oraz jego pełnomocnika, a Warszawą.

#### **TERMIN**

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 lit. a) p.z.p. odwołanie, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2024 r. numer wydania S: 66/2024, numer ogłoszenia: 194899-2024. Tym samym termin do wniesienia odwołania przypadł na dzień 13 kwietnia 2024 r., tj. sobotę. Stosownie do treści art. 509 § 2 k.c., *jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy*. Pierwszy dzień roboczy następujący po 13 kwietnia 2024 r. to poniedziałek 15 kwietnia 2024 r.

Z uwagi na powyższe uznać należy, że termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

## **INTERES**

*Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ zamierza ubiegać się o uzyskanie zamówienia jako przedsiębiorca prowadzący działalność w zakresie będącym przedmiotem postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treści ogłoszenia i specyfikacji, uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji.

## **PRZEKAZANIE ODWOŁANIA ZAMAWIAJĄCEMU**

Przekazanie odwołania Zamawiającemu nastąpiło w dniu 15 kwietnia 2024 r. za pośrednictwem platformy elektronicznej postępowania dostępnej pod adresem [www: https://e-propublico.pl/Ogloszenia/Details/13c7215b-4e15-4778-b90e-63cdbb95cf66](https://e-propublico.pl/Ogloszenia/Details/13c7215b-4e15-4778-b90e-63cdbb95cf66) oraz za pośrednictwem wiadomości e-mail wysłanej na adres wskazany w Ogłoszeniu: [urząd@mycielin.pl](mailto:urząd@mycielin.pl)

## **UZASADNIENIE**

### **I. UWAGI OGÓLNE**

#### **1. INFORMACJE DOTYCZĄCE POSTĘPOWANIA**

W dniu 3 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer wydania S: 66/2024, opublikowano ogłoszenie o numerze 194899-2024 dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi prowadzone pod nazwą *Świadczenie usług odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Mycielin z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy*, nr referencyjny: ZP.271.1.2.2024. Termin składania ofert wyznaczony został na dzień 8 maja 2024 r. W tym samym dniu Zamawiający opublikował dokumenty postępowania na platformie dostępnej pod adresem [www: https://e-propublico.pl/Ogloszenia/DokumentyZamowienia?przetargId=13c7215b-4e15-4778-b90e-63cdbb95cf66](https://e-propublico.pl/Ogloszenia/DokumentyZamowienia?przetargId=13c7215b-4e15-4778-b90e-63cdbb95cf66).

W dniu 10 kwietnia 2024 r. Wykonawca zgłosił Zamawiającemu uwagi do dokumentacji składając wniosek o wyjaśnienie treści SWZ. Do momentu złożenia odwołania Zamawiający nie odpowiedział merytorycznie na uwagi Wykonawcy. W związku z powyższym konieczne stało się złożenie niniejszego odwołania.

## 2. ZASTRZEŻENIA DO DOKUMENTACJI – KWESTIE WSTĘPNE

Jak wynika z zarzutów przedstawionych w *petitum*, zarzuty Wykonawcy można podzielić na trzy grupy:

- 1) pierwsza koncentruje się wokół wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, niejednoznaczności, nieprzejrzystości i wewnętrznej sprzeczności postanowień SWZ, OPZ i Projektu umowy;
- 2) druga dotyczy błędnie skonstruowanych warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego wykonawcy – pojazdów, którymi powinien dysponować wybrany wykonawca;
- 3) trzecia obejmuje postanowienia umowne, które naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego, a także naturę i istotę zobowiązania, zwłaszcza w zakresie niedopuszczalnego przerzucenia całości ryzyka kontraktowego na wykonawcę.

W związku z powyższym, zgodnie z zasadą ekonomiki procesowej i celem maksymalnie zwięzłego przedstawienia uzasadnienia zarzutów, Wykonawca w tej części odwołania przedstawi ogólne uwagi w przedmiocie opisu przedmiotu zamówienia, potencjału technicznego oraz projektu umowy. W dalszej części skoncentruje się zaś na omówieniu zarzutów wyrażonych w *petitum* odwołania.

## 3. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (ART. 99 P.Z.P.)

W myśl art. 99 ust. 1 p.z.p. *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.*

W doktrynie podkreśla się, że Opis **jednoznaczny** to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis **wyczerpujący** to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Zważywszy, że adresatem opisu przedmiotu zamówienia są wykonawcy, a zatem profesjonalści działający w danej branży, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w języku fachowym, tj. za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wykonawców działających w branży, która dotyczy przedmiotu zamówienia. Używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia ma wskazać wykonawcom **rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży**. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. (...) Przeciwieństwem opisu jednoznacznego oraz wyczerpującego jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Podobnie, **nieprawidłowy będzie opis wewnętrznie sprzeczny bądź**

*w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozważanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia. (...) Na etapie procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia nieprzejrzysty przedmiot zamówienia jest wystarczającą podstawą do złożenia odwołania do KIO<sup>1</sup>. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że opis przedmiotu zamówienia ma mieć charakter wyczerpujący, co oznacza m.in., że **powinien on umożliwiać wykonawcom prawidłową ocenę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Nie jest możliwe realne oszacowanie kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Nie opisując w sposób odpowiedni przedmiotu zamówienia, Zamawiający sam naraża się na negatywne dla niego konsekwencje faktyczne i prawne - począwszy od nieporównywalności ofert, zawyżenia cen ofertowych wobec braku możliwości dokładnego oszacowania ryzyka, przez problemy i spory na etapie realizacji zamówienia, aż do niekorzystnego dla Zamawiającego wyniku postępowań sądowych** (wyrok KIO z 5.03.2021 r., sygn. KIO 89/21).*

Nie ulega również wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia musi być zgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami. Zasada legalizmu jest podstawową zasadą obowiązującą w demokratycznym państwie prawa, która stoi u podstaw działania wszystkich organów publicznych, w tym samorządowych. Wprowadzenie sprzecznych z prawem obowiązków, czy też zaniechanie wprowadzenia postanowień wymaganych bezwzględnie obowiązującymi przepisami skutkować może nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego – czy to całkowitą, czy to częściową, stosownie do treści art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.

Wreszcie podkreślić należy, że *sporządzając opis przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien mieć na uwadze zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 i 99 ust. 2 p.z.p. oraz zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust. 1 p.z.p.<sup>2</sup>.*

#### **4. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – POTENCJAŁ TECHNICZNY (ART. 116 UST. 1 P.Z.P. W ZW. Z ART. 17 UST. 1 P.Z.P.)**

Zgodnie z art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 p.z.p. Zamawiający może określić warunki odnoszące się do potencjału technicznego wykonawcy, który ma realizować zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu służą przede wszystkim zapewnieniu w interesie zamawiającego, że zamówienie realizowane będzie przez podmiot, który będzie w stanie realnie to zamówienie zrealizować. Stąd też, choć nie powinny one prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji, to w sposób naturalny ograniczają krąg podmiotów, które mogą starać się o udzielenie zamówienia. W doktrynie przyjmuje się, że granicami swobody określania warunków udziału w postępowaniu są **proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oraz niezbędność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także referowanie do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej<sup>3</sup>**. Podkreślić należy, że choć określenie warunków udziału w postępowaniu

---

<sup>1</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz, (red). H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 339.

<sup>2</sup> *ibidem*, s. 339.

<sup>3</sup> *ibidem*, s. 425.

stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego (por. art. 57 pkt 2 p.z.p.), to w sytuacji, gdy bezwzględnie obowiązujące przepisy wymagają posiadania określonych uprawnień, (czy też realizacji zamówienia w określony sposób) zamawiający powinien zastrzec taki warunek lub chociaż w inny sposób zapewnić realizację ustawowych powinności<sup>4</sup>.

## 5. UMOWA W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny<sup>5</sup> i w zakresie nieuregulowanym w ustawie prawo zamówień publicznych, do umowy stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Odpowiednie stosowanie kodeksu cywilnego oznacza stosowanie przede wszystkim części I i części III kodeksu. Postanowienia umowy muszą być zatem oceniane również pod kątem generalnych klauzul zawartych w art. 5 k.c., art. 58 § 2 k.c., czy art. 353<sup>1</sup> k.c.<sup>6</sup>. Jak wskazuje KIO *Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale należy w tym aspekcie uwzględnić zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> k.c. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. **Upewnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać.** Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. **Podkreślenia również wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty.** (Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2219/19).*

## II. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

### 1. ZARZUT NR 1 – USTAWA O ELEKTROMOBILNOŚCI

Zamawiający w pkt 2.1.1. Ogłoszenia oraz pkt 4.1. SWZ wskazał, że zgodnie ze Wspólnym Słownikiem Zamówień, przedmiotem zamówienia są usługi związane z odpadami (kod CPV 90500000-2), a w ramach dodatkowej klasyfikacji – **wywóz odpadów** (kod CPV 90511000-2). W myśl 68a ust. 1 pkt 2 ustawy o elektromobilności *Zamawiający zapewnia, aby udział pojazdów kategorii N2 [tj. pojazdów o masie maksymalnej od 3,5 do 12 ton, zaprojektowanych głównie do przewozu towarów] i N3 [tj. pojazdów o masie maksymalnej powyżej 12 ton, zaprojektowanych głównie do przewozu towarów], o których mowa w art. 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia 2018/858, napędzanych paliwami alternatywnymi w całkowitej liczbie pojazdów tych kategorii objętych zamówieniami, o których mowa w art. 68b, wynosił co najmniej: a) 7% - do dnia 31 grudnia 2025 r., b) 9% - od dnia 1 stycznia 2026 r. do dnia 31 grudnia 2030 r.* Stosownie do art. 68b pkt 3 lit. d) u.o.e. *Przepisy art. 68a stosuje się do zamówień: o wartości równej*

<sup>4</sup> Na przykład na etapie realizacji umowy.

<sup>5</sup> M.in. komentarz do art. 8 p.z.p. [w:] P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, SIP Legalis 2021; komentarz do art. 431 p.z.p. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, (red.) M. Jaworska, SIP Legalis 2023.

<sup>6</sup> H. Nowak, M. Winiarz..., *op. cit.*, s. 90.

*lub przekraczającej progi unijne, jeżeli do udzielenia tych zamówień mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, i których przedmiotem są usługi oznaczone następującymi kodami Wspólnego Słownika Zamówień (...): CPV 90511000-2, **wywóz odpadów**.*

Przedmiotowe postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego ma wartość przekraczającą progi unijne i jej przedmiotem są usługi oznaczone kodem CPV 90511000-2, *wywóz odpadów*. **Nie ulega zatem wątpliwości, że wszystkie przesłanki zastosowania art. 68a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 68b pkt 3 lit. d) zostały spełnione.** Zamawiający obligatoryjnie ma zapewnić, aby zamówienie zostało zrealizowane z udziałem pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi.

Jednocześnie zauważyć należy, że ani w SWZ, ani w OPZ, ani też w Projekcie umowy nie zawarto obowiązku wykorzystania takich pojazdów, czy też zrealizowania zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o elektromobilności. W ocenie Wykonawcy, tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów stawianych Zamawiającemu przez art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. Skoro bowiem Zamawiający już na etapie przygotowania postępowania zaklasyfikował zlecaną usługę pod wskazanym kodem CPV, to za tym powinien iść obowiązek wprowadzenia odpowiednich postanowień do Specyfikacji, które – zgodnie z art. 68a u.o.e. – **zapewnią** udział pojazdów *elektromobilnych* w realizacji zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia nie jest zatem wyczerpujący, zwłaszcza, że Zamawiający nie tylko nie wprowadził *explicite* warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim(i) pojazdem (pojazdami), lecz w punkcie V.1 OPZ i § 1 ust. 1 Projektu umowy nie odesłał do ustawy o elektromobilności.

Tak prowadzone postępowanie narusza uczciwą konkurencję, albowiem wykonawcy na rynku wywozu odpadów co najmniej od 24.12.2021 r. (wejście w życie art. 68a u.o.e.) mają świadomość konieczności dysponowania odpowiednimi pojazdami. Odejście od obligatoryjnych wymogów mających na celu ochronę środowiska, stanowi naruszenie zasady legalizmu i zasady efektywności (art. 17 ust. 1 p.z.p.). Takie postępowanie zamawiającego publicznego promuje realizację zamówienia niezgodnie z przepisami przez podmioty, które nie dostosowały przez lata swojego taboru do wymogów ustawodawcy unijnego i krajowego.

W ocenie Wykonawcy, Zamawiający w związku z ustawą o elektromobilności powinien był postawić warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (art. 116 ust. 1 p.z.p.), tj. określić posiadanie taboru, który pozwoli na realizację zamówienia zgodnie z art. 68a u.o.e., ewentualnie, w pkt V.1 OPZ i § 1 ust. 1 Projektu umowy odesłać wprost do konieczności stosowania ustawy o elektromobilności. Zaniechanie wprowadzenia jakichkolwiek postanowień umownych wprowadza istotną niejasność w zakresie stosowania ustawy, a tym samym kosztów realizacji zamówienia, co utrudnia również kalkulację oferty.

## **2. ZARZUT NR 2 – POTENCJAŁ TECHNICZNY A ZASADA EFEKTYWNOŚCI**

Zgodnie z zasadą efektywności *zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*

1) **najlepszą jakość** dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) *uzyskanie **najlepszych efektów zamówienia**, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*

Zamawiający zastrzegł, że warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie co najmniej 5 pojazdami wymienionymi w tabeli wskazanej w pkt II.1.2) OPZ, z czego co najmniej 2 muszą spełniać normę emisji spalin Euro 5. Oczywiście, jak wspomniano wcześniej, zastrzeżenie warunków udziału w postępowaniu stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego, co wynika z art. 57 pkt 2 p.z.p. Niemniej, podkreślić należy, że zasada efektywności wyrażona w art. 17 ust. 1 p.z.p. jest zasadą, która bezwzględnie wiąże Zamawiającego. Skoro zatem Zamawiający określił minimalny potencjał techniczny odnosząc go do pojazdów, którymi powinien dysponować wykonawca, to ten minimalny potencjał techniczny winien zostać oceniony pod kątem spełnienia zasady efektywności. Zauważyć zatem należy, że pierwsza norma emisji Euro 1 zaczęła obowiązywać w 1993 r.<sup>7</sup>, zaś pierwsza norma dotycząca pojazdów ciężarowych od 2001 r. i była to norma emisji spalin Euro 3<sup>8</sup>. Norma emisji spalin Euro 5, do której odwołał się Zamawiający, obowiązywać zaczęła w roku 2009<sup>9</sup>.

Mając na uwadze najlepszą jakość usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, warunek postawiony przez Zamawiającego jest nieproporcjonalny, albowiem jest on niewystarczający dla realizacji tychże celów. Zamawiający uznał, że wystarczające dla spełnienia tych celów jest wykorzystanie dwóch pojazdów co najmniej 15-letnich, pozostałe pojazdy nie muszą w jego ocenie spełniać żadnej normy emisji spalin, podobnie nie widzi też konieczności wykorzystania pojazdów, o których mowa w art. 68a ust. 1 pkt 2 ustawy o elektromobilności.

### **3. ZARZUT NR 3 – ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY**

Postanowienia Specyfikacji odnoszące się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt 24.11 SWZ i § 14 ust. 8 Projektu umowy) odwołują się do terminologii właściwej dla robót budowlanych. W przywołanych postanowieniach mowa o zachowaniu części zabezpieczenia na okres gwarancji i rękojmi oraz określeniu terminu zwrotu zabezpieczenia poprzez odwołanie się do odbioru końcowego przedmiotu umowy. Warto zauważyć, że Zamawiający nie przewiduje odbioru końcowego, w specyfikacji brak jest postanowień dotyczących sposobu i terminu odbioru końcowego.

---

<sup>7</sup> Dyrektywa Rady z dnia 26 czerwca 1991 r. zmieniająca dyrektywę 70/220/EWG w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do działań, jakie mają być podjęte w celu ograniczenia zanieczyszczania powietrza przez emisje z pojazdów silnikowych (Dz. Urz. UE L 242, 30.08.1991); Dyrektywa Rady 93/59/EWG z dnia 28 czerwca 1993 r. zmieniająca dyrektywę 70/220/EWG w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do działań, jakie mają być podjęte w celu ograniczenia zanieczyszczania powietrza przez emisje z pojazdów silnikowych (Dz. Urz. UE L 186, 28.7.1993).

<sup>8</sup> Dyrektywa 98/69/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1998 r. odnosząca się do środków mających zapobiegać zanieczyszczeniu powietrza przez emisje z pojazdów silnikowych i zmieniająca dyrektywę Rady 70/220/EWG (Dz. Urz. UE L 350, 28.12.1998).

<sup>9</sup> Rozporządzenie (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6) oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i utrzymania pojazdów (Dz. Urz. UE L 171, 29.6.2007)

Z tych powodów nie jest jasne, kiedy nastąpi zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co uniemożliwia ocenę wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca nie jest zatem w stanie przygotować oferty, a omawiane postanowienia są sprzeczne z przepisami p.z.p.

#### 4. ZARZUT NR 4 – FORMULARZ CENOWY

Załącznik nr 2 do SWZ – Formularz cenowy zawiera odmienne ilości i rodzaje odpadów (kody odpadów), aniżeli OPZ. W Formularzu cenowym szacowana ilość odpadów, która posłuży do wyliczenia wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 5 ust. 1 Projektu umowy, odpowiada ilościom wskazanym w pkt I.9 OPZ dla roku 2023. Tymczasem przedmiot zamówienia obejmuje odbiór odpadów od mieszkańców przez 3 lata (§ 2 ust. 1 Projektu umowy). Wykonawca nie wie, czy Zamawiający podjął działania, które doprowadzą do trzykrotnego zmniejszenia się strumienia odpadów od mieszkańców (odpady w masie zbliżonej do odebranych w 2023 r. będą odbierane przez 36 miesięcy), czy też w Formularzu cenowym doszło do błędu.

W Formularzu cenowym i pkt I.9 OPZ wskazano na odpady, które będą podlegały odbiorowi, odwołując się do kodów i nazw z rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 r. poz. 10). Jednakże w pkt II.3.13) OPZ Zamawiający przyjął, że *Wykonawca zobowiązany jest do odebrania odpadów z mobilnego punktu zbiórki odpadów niebezpiecznych i problemowych według następujących grup:*

- a. *odpadów niebezpiecznych, w szczególności:*
  - *przeterminowane środki chemii gospodarczej i opakowania po nich (odróżniacze, płyny do udrażniania rur itp.),*
  - *oleje spożywcze przeterminowane i opakowania po nich,*
  - (...)
- b. *odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek*

powyższe odpady nie zostały uwzględnione w Formularzu cenowym. Biorąc pod uwagę treść § 5 ust. 4 Projektu umowy oraz przywołanego wyżej pkt II.3.13) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy, nie jest jasne, jakie wynagrodzenie Wykonawca uzyska za realizację tej części zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia właściwe oszacowanie zakresu zlecanej usługi, potencjalnych przychodów i kosztów realizacji, a tym samym przygotowanie i złożenie oferty.

#### 5. ZARZUT NR 5 – ZASTĘPCZA INSTALACJA

Zamawiający w pkt I.11 OPZ wprowadził następujące postanowienie: *Zamawiający wymaga, aby transport odpadów odbywał się bezpośrednio po ich odbiorze, każdego dnia, pojazdem odbierającym odpady komunalne. W przypadku awarii bądź przestoju technologicznego ww. instalacji, transport odpadów odbywał się będzie do instalacji wskazanej przez Zamawiającego. Zamawiający podpisze umowę z instalacją oddaloną nie dalej niż 120 km od siedziby Zamawiającego. Analogicznie w § 3 ust. 11 Projektu umowy przyjął, że Transport odpadów odbywał się będzie do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych "Orli Staw", Orli Staw 2, 62-834 Ceków. W przypadku awarii bądź przestoju technologicznego instalacji, transport odpadów odbywał się*



*będzie do instalacji wskazanej przez Zamawiającego. Zamawiający podpisze umowę z instalacją oddaloną nie dalej niż 120 km od siedziby Zamawiającego.*

Zamawiający jest członkiem założycielem Związku Międzygminnego „Czyste Miasto, Czysta Gmina” (por. § 1 ust. 3 Statutu), a sam Związek wybudował i prowadzi ZUOK „Orli Staw” (por. § 3 ust. 1 Statutu). Instalacja położona jest w odległości 10 km od siedziby Zamawiającego.

Zamawiający nie przewidział żadnych postanowień dotyczących zmiany sposobu realizacji zamówienia w razie konieczności transportu odpadów do instalacji zastępczej. Wystąpienie omawianej sytuacji nie stanowi podstawy do zmiany umowy i waloryzacji wynagrodzenia, Zamawiający nie zobowiązał się do niezwłocznego poinformowania wykonawcy o planowanym przestoju technologicznym lub awarii, czy wreszcie nie wprowadzono możliwości transportu odpadów do instalacji za pośrednictwem stacji przeładunkowej wykonawcy. Warto zauważyć, że stosownie do treści art. 9e ust. 1c u.c.p.g. jest to sposób transportu odpadów do instalacji przewidziany przez ustawodawcę.

Całość ryzyka wystąpienia awarii instalacji, która wszak zależy od Zamawiającego (gminy współprowadzącej instalację) została przeniesiona na wykonawcę. Tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia jest niejasny i uniemożliwia właściwe oszacowanie zakresu usługi – koszt transportu stanowi bowiem bardzo istotną część kosztów całej usługi. Zasadnicze znaczenie ma zatem to, czy wykonawca przetransportuje odpady do instalacji położonej o 10 km od siedziby gminy, czy też o 120 km. Podobnie istotne znaczenie ma to, czy wcześniej dowie się o planowanym przestoju, czy dojdzie do waloryzacji wynagrodzenia, czy też możliwe będzie zoptymalizowanie transportu z wykorzystaniem stacji przeładunkowej. Postanowienia umowne w tym zakresie naruszają równowagę kontraktową stron i zasady współzycia społecznego.

#### **6. ZARZUT NR 6 – POWIADOMIENIE TELEFONICZNE O BRAKU ODBIORU ODPADÓW**

Zamawiający w pkt II.3.18) OPZ wprowadził następujące postanowienie: *W przypadku, gdy odbiór odpadów nie będzie mógł się odbywać z powodu prowadzonych remontów dróg, złych warunków technicznych drogi Wykonawca jest zobowiązany do odbioru odpadów w ciągu 2 dni roboczych licząc od daty ustalonej w harmonogramie i **poinformowanie telefoniczne o tym zdarzeniu właścicieli nieruchomości oraz Zamawiającego.** Z powodu wyżej wymienionych zdarzeń Wykonawcy nie przysługuje roszczenie z tytułu zwrotu kosztów realizacji przedmiotu umowy.* O ile oczywiście zrozumiałym jest poinformowanie telefoniczne Zamawiającego, to poinformowanie w ten sposób właścicieli nieruchomości jest faktycznie niemożliwe.

Zauważyć należy, że wykonawca nie posiada zbioru danych (w rozumieniu art. 4 pkt 6 RODO) obejmującego adresy i numery telefonów właścicieli nieruchomości w gminie Mycielin. Najprawdopodobniej sam Zamawiający nie prowadzi takiego zbioru danych. Wprowadzono zatem obowiązek niemożliwy do wykonania. W celu realizacji tego obowiązku wykonawca powinien zatem zebrać dane osobowe właścicieli nieruchomości i uzyskać podstawę prawną do ich przetwarzania. Żadna z podstaw prawnych przewidziana w art. 6 ust. 1 RODO nie znajdzie zastosowania, z wyjątkiem zgody podmiotu danych, którą ten może wyrazić, lecz nie musi. Co więcej tak masowe przetwarzanie danych było niezgodne z zasadą minimalizacji (art. 5 ust. 1 lit. c RODO). Natomiast, nawet gdyby Zamawiający dysponował takim zbiorem danych, to przekazanie

tego zbioru Wykonawcy naruszałoby zasadę ograniczenia celu wskazaną w art. 5 ust. 1 lit. b RODO.

Przewidziane w RODO sankcje za naruszenie bezpieczeństwa danych obejmują odpowiedzialność cywilnoprawną i administracyjnoprawną. Administracyjna kara pieniężna sięga kwoty aż do 20 000 000 EUR, a w przypadku przedsiębiorstwa – w wysokości do 4 % jego całkowitego rocznego światowego obrotu z poprzedniego roku obrotowego, przy czym zastosowanie ma kwota wyższa (art. 83 ust. 5 RODO).

Biorąc pod uwagę wszystkie te okoliczności, opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest niejasny i niewyczerpujący, a ryzyko gospodarcze związane z umową przewyższa wartość samego zamówienia. Właściwa kalkulacja oferty jest faktycznie niemożliwa.

#### **7. ZARZUT NR 7 – § 8 UST. 1 PKT 8), UST. 2, UST. 4 PKT 1 I UST. 5 PROJEKTU UMOWY**

Zarzuty wskazane w punkcie 7 *petitum* koncentrują się wokół naruszenia postanowień kodeksu cywilnego w zakresie dotyczącym kar umownych przewidzianych w § 8.

W § 8 ust. 1 pkt 8) Projektu umowy Zamawiający przewidział, że przysługuje mu kara umowna w wysokości 500,00 zł *za każdy dzień, w którym w godzinach 7.00 do 19.00 z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, system monitorowania pracy sprzętu odbierającego odpady nie działał lub w którym nie możliwe było bieżące kontrolowanie przez Zamawiającego pracy sprzętu wykorzystywanego do wykonywania usług związanych z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów, trwające co najmniej 2 godziny*. Tak skonstruowana kara umowna obejmuje swoją hipotezą również sytuacje, w których system monitorowania pracy sprzętu nie działał z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a nawet od obu stron umowy. W istocie Zamawiający nałożył na wykonawcę odpowiedzialność absolutną za prawidłowe działanie systemu monitorowania pracy sprzętu odbierającego odpady. Zauważyć należy, że system ten oparty jest na systemie nawigacji satelitarnej GPS, za którego funkcjonowanie odpowiada Departament Obrony USA. W sytuacji, gdy w sąsiednim kraju od kilku lat trwa wojna, nie sposób zagwarantować, że zagłuszanie systemu GPS nie obejmie również terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. System GPS może nie działać również z innych przyczyn, a wykonawca nie może zagwarantować skuteczności jego funkcjonowania.

Projektowane postanowienie umowne narusza art. 433 pkt 2 p.z.p., albowiem Zamawiający nakłada na wykonawcę karę umowną za zdarzenia niezwiązane z prawidłową realizacją umowy. Omawiana kara umowna narusza również naturę i istotę zobowiązania, zasady współzycia społecznego i wyłącza możliwość ekskulpacji przez wykonawcę. Tym samym przywołane postanowienie sprzeczne jest z art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 483 § 1 k.c.

W § 8 ust. 2 Projektu umowy Zamawiający dopuścił potrącanie niewymagalnych wierzytelności z tytułu kar umownych. Jednocześnie analogiczne uprawnienie nie zostało przewidziane dla wierzytelności wykonawcy, któremu przysługuje możliwość potrącenia wyłącznie na zasadach ogólnych. Omawiane postanowienie narusza zatem równowagę kontraktową stron i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 58 § 2 k.c.). Zauważyć

należy również, że niewymagalne wierzytelności mogą być potrącane tylko w sytuacjach, gdy przepis wprost na to zezwala – jako wyjątek od normy przewidzianej w art. 498 § 1 k.c.

W myśl **§ 8 ust. 4 pkt 1 Projektu umowy** Wykonawcy przysługuje kara umowna *za każdy dzień zwłoki w zapłacie wynagrodzenia w wysokości odsetek ustawowych*. Kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie za niewykonanie zobowiązania niepieniężnego, co wprost wynika z treści art. 483 § 1 k.c. Postanowienie to jest zatem bezwzględnie nieważne jako sprzeczne z ustawą. Niezależnie od powyższego, ograniczenie wysokości odsetek należnych wykonawcy jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy o transakcjach handlowych, które to przewidują odsetki w wyższej kwocie w razie opóźnienia w płatności.

Wreszcie **§ 8 ust. 5 Projektu umowy** został skonstruowany w sposób niejasny i niezrozumiały już na poziomie semantycznym. Redakcja przepisu jest wadliwa stylistycznie i uniemożliwia jego stosowanie. Co więcej przyjęcie, że Zamawiający może nałożyć karę umowną w wysokości przekraczającej 100% naruszonego zobowiązania (100% powiększone o odsetki) prowadzi do przyjęcia kary umownej w wysokości rażąco wygórowanej. Ustawa p.z.p., jak również przepisy k.c. nie wskazują co prawda maksymalnej wysokości kar umownych, ani też nie definiują kary rażąco wygórowanej. KIO w tym zakresie odwołuje się jednak do orzecznictwa i doktryny, które dla oceny czy kara nosi znamiona kary rażąco wygórowanej wymagają porównania jej wysokości ze świadczeniem dłużnika (wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 935/23).

## **8. ZARZUT NR 8 – § 9 PROJEKTU UMOWY, POZIOMY ODZYSKU I RECYKLINGU**

**§ 9 Projektu umowy** przenosi na wykonawcę obowiązek uzyskania poziomów odzysku i recyklingu, który to zgodnie z art. 3b u.c.p.g. dotyczy gmin. W myśl § 9 ust. 1 Projektu umowy *Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia na obszarze objętym przedmiotem zamówienia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło oraz inne niż niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe nylicznych zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 poz. 1439).*

Zauważyć należy, że system gospodarowania odpadami składa się z następujących elementów (podmiotów):

- 1) wytwarzającego odpady (w przypadku przedmiotowego postępowania – właściciela nieruchomości / mieszkańca gminy);
- 2) podmiotu odbierającego odpady od mieszkańców (wykonawca);
- 3) instalacji zagospodarowującej odpady (ZUOK „Orli Staw” wybrany przez Zamawiającego i podlegający Zamawiającemu).

Wytwarzający odpady komunalne dokonuje ich selektywnego zbierania (w lepszym lub gorszym stopniu realizując ten obowiązek), a następnie wykonawca odbiera te odpady z podziałem na różne frakcje. Wykonawcę obowiązują zakazy mieszania odpadów i informowania Zamawiającego o przypadkach niewłaściwego selektywnego zbierania odpadów przez mieszkańców (por. pkt V.8 OPZ). Następnie Wykonawca transportuje odpady do instalacji

wskazanej przez Zamawiającego. Instalacja, jak zostało to wykazane w punkcie 5 powyżej, jest podmiotem zależnym od Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższy proces gospodarowania odpadami, wykonawca ma najmniejszy wpływ na poziom odzysku i recyklingu odpadów komunalnych z triady podmiotów: wytwarzający/wykonawca/zamawiający. Wytwarzający powinien zadbać o właściwą selekcję odpadów i postępowanie z nimi zgodnie z hierarchią przewidzianą w art. 16 ustawy o odpadach. Instalacja powinna zagospodarowywać dostarczone odpady w sposób, który również zrealizuje hierarchię postępowania z odpadami, a w konsekwencji zapewni największy poziom recyklingu. Od wykonawcy zależy faktycznie najmniej, może on jedynie zwracać Zamawiającemu uwagę na niewłaściwe zbieranie odpadów przez mieszkańców gminy i odpowiednio odbierać odpady. Nieprawidłowe wykonanie obowiązków w zakresie odpowiedniego odbierania odpadów grozi karą umowną (por. § 8 ust. 1 pkt 4 – 6, których Wykonawca nie kwestionuje).

W świetle przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, to na gminach spoczywa obowiązek uzyskania odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku odpowiednich frakcji odpadów a także poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Gminy mogą zapewnić te poziomy poprzez gospodarowanie odpadami za pośrednictwem instalacji zapewniających spełnienie właściwych norm środowiskowych i to na nie przerzucić odpowiedzialność za spełnienie w/w wymogów. Wybór instalacji może nastąpić w trybie konkurencyjnym, a kryterium wyboru może być m.in. minimalny stopień uzyskanego poziomu recyklingu.

Podkreślić należy, że konieczność osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wynika z implementacji do u.c.p.g. postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów (Dz. Urz. UE L 312, 22.11.2008, s. 3). W motywach 25 – 29 preambuły dyrektywy przewidziano, że:

*(25) Zasadne jest, aby koszty były rozdzielane w sposób odzwierciedlający faktyczne koszty środowiskowe w zakresie wytwarzania odpadów oraz gospodarowania nimi.*

*(26) Zasada „zanieczyszczający płaci” jest wiodącą zasadą na szczeblu europejskim i międzynarodowym. Wytwórca odpadów i posiadacz odpadów powinni gospodarować odpadami w sposób, który gwarantuje wysoki poziom ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego.*

*(27) Wprowadzenie niniejszą dyrektywą rozszerzonej odpowiedzialności producenta jest jednym ze sposobów wspierania projektowania i produkcji wyrobów, które w pełni uwzględniają i ułatwiają efektywne wykorzystywanie zasobów podczas całego ich cyklu życia, w tym ich naprawę, ponowne użycie, demontaż i recykling i nie wpływają przy tym niekorzystnie na swobodny obieg wyrobów na rynku wewnętrznym.*

*(28) Niniejsza dyrektywa powinna pomóc UE zbliżyć się do „społeczeństwa recyklingu”, dążącego do eliminacji wytwarzania odpadów i do wykorzystywania odpadów jako zasobu. W szczególności szósty wspólnotowy program działań w zakresie środowiska wymaga stosowania środków, których celem jest zapewnienie segregacji u źródła, zbieranie oraz recykling priorytetowych strumieni odpadów. Zgodnie z tym celem, a jednocześnie jako środek ułatwiający lub usprawniający potencjał odzysku, odpady powinny być zbierane selektywnie, jeżeli jest wykonalne technicznie, ekonomicznie i z punktu widzenia środowiska, zanim zostaną poddane czynnościom odzysku prowadzącymi do najlepszego dla środowiska wyniku całkowitego. Państwa członkowskie powinny*

zachęcać do oddzielania związków niebezpiecznych od strumieni odpadów, jeżeli jest to konieczne do stworzenia racjonalnej ekologicznie gospodarki odpadami.

(29) Zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami i z celem utworzenia „społeczeństwa recyklingu” państwa członkowskie powinny popierać stosowanie odpadów posegregowanych w wyniku recyklingu, takich jak papier z odzysku, i o ile to możliwe, nie powinny wspierać składowania lub spalania takich odpadów.

Ustawodawca unijny położył nacisk na prawidłowe postępowanie z odpadami po stronie wytwarzających i instalacji. Nie sposób zatem przyjąć, że Zamawiający może przenieść odpowiedzialność z tego tytułu na wykonawcę, skoro ten nie ma wpływu na sposób zagospodarowania odpadów, który to zależy od instalacji wybranej przez Zamawiającego.

W orzecznictwie KIO dopuszcza się nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu, lecz dotyczy to postępowań na odbiór i **zagospodarowanie odpadów** (por. np. wyrok KIO z 14.05.2021, sygn. KIO 1058/21). W przypadku, gdy wykonawca nie odpowiada za zagospodarowanie odpadów, Izba wskazywała na niedopuszczalność takich postanowień. W wyroku z 2.11.2022 r. (sygn. KIO 2725/22) Izba dobitnie podkreśliła, że *należy wskazać, że zgodnie z pkt 1.2 OPZ w zakresie odpadów ulegających biodegradacji do obowiązków wykonawcy należy ich odbiór i transport do wskazanej instalacji komunalnej, ale już nie zagospodarowanie tych odpadów. W tej sytuacji regulacje przewidujące obciążenie wykonawcy w całości odpowiedzialnością za realizację obowiązku ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania należy uznać za rażąco sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c.), które nie powinny zostać zawarte w umowie w sprawie zamówienia publicznego*. Podobny wniosek plynie również z uzasadnień wyroków z 29.11.2022 r., sygn. KIO 3006/22 oraz z 20.11.2023 r., sygn. KIO 3247/23.

Powyższe okoliczności przemawiają za przyjęciem, że omawiane postanowienie umowne narusza art. 433 pkt 3 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c.

## 9. ZARZUT NR 9 – § 12 UST. 2, UST. 9-11 I UST. 15-16 PROJEKTU UMOWY

Zarzuty wskazane w punkcie 9 *petitum* koncentrują się wokół naruszenia postanowień p.z.p. w zakresie waloryzacji wynagrodzenia.

W myśl § 12 ust. 2 Projektu umowy *W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt 1 niniejszego paragrafu [tj. zmiany stawki podatku VAT lub akcyzowego] Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po wejściu w życie przepisów zmieniających stawkę podatku od towarów i usług albo podatku akcyzowego. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych zmiany stawki podatku od towarów i usług albo podatku akcyzowego oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie umowy*. Wskazać należy, że w zakresie podatku VAT wprowadzone formalności są zbyt daleko idące i służą jedynie utrudnieniu uzyskania przez wykonawcę waloryzacji wynagrodzenia i to w części obejmującej wyłącznie podatek, tj. bez wpływu na cenę netto. Zmiana stawki VAT wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy i jest to okoliczność notoryjna. Nie jest jasne, dlaczego Zamawiający wprowadził tak daleko idące ograniczenia.

W myśl § 12 ust. 9-11 Projektu umowy:

9. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, określonych w ust. 8 uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 10 %.

10. Pierwsza zmiana wynagrodzenia może nastąpić po upływie 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji umowy tj. nie wcześniej od 1.07.2024 r. na podstawie rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych za poprzedni rok publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

11. Zmiana wynagrodzenia może nastąpić nie częściej niż 1 raz na 12 miesięcy trwania umowy, z uwzględnieniem ust. 10.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że wprowadzenie minimalnego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów mających wpływ na wykonanie zobowiązania (art. 439 ust. 2 pkt 1 p.z.p.) w wysokości 10%, czyni faktycznie możliwość skorzystania z waloryzacji iluzoryczną. Podkreślić należy, w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą, że *celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia* (wyrok z 21.11.2022 r., sygn. KIO 2927/21).

Dalej, odnosząc się do treści § 12 ust. 10, zauważyć należy, że postanowienie to narusza bezpośrednio normę wynikającą z art. 436 pkt 4 lit. b) p.z.p. oraz art. 439 ust. 1 p.z.p. Zmiany przewidziane w art. 436 pkt 4 p.z.p. (tj. podstawy wskazane w § 12 ust. 1 Projektu umowy) wynikają bezpośrednio ze zmiany bezwzględnie obowiązujących przepisów o charakterze publicznoprawnym (dotyczą ciężarów podatkowo-składkowych i norm bezwzględnie obowiązujących w zakresie wynagrodzenia za pracę). Przepisy takie zmieniają się od dnia 1 stycznia danego roku kalendarzowego. Biorąc pod uwagę, że § 12 ust. 10 nie dotyczy wyłącznie waloryzacji wynagrodzenia na podstawie § 12 ust. 8, lecz każdej podstawy zmiany, postanowienie to jest rażąco sprzeczne z art. 436 pkt 4 p.z.p. oraz art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c. Zamawiający w sposób niedopuszczalny przeniósł całe ryzyko wynikające ze zmian o charakterze ustawowym na wykonawcę w zakresie pierwszych 6 miesięcy roku kalendarzowego i tym samym wypaczył ideę zmiany wynagrodzenia przewidzianą w przepisach p.z.p.

W odniesieniu zaś do zmiany poziomu cen i kosztów mających wpływ na wykonanie zamówienia (art. 439 ust. 1 p.z.p.), na wstępie konieczne jest przywołanie treści wspomnianego przepisu – *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*. Od dnia 10.11.2022 r. przepis dotyczy umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy (por. Dz. U. z 2022 r. poz. 2185), podczas gdy wcześniej obejmował swoim zakresem zastosowania umowy zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Ograniczenie możliwości zmiany dopiero po 12 miesiącach, stoi w rażącej sprzeczności z treścią art. 439 ust. 1 p.z.p. i wyraźną intencją ustawodawcy do skrócenia okresu umownego, który nie podlega waloryzacji. Podkreślić należy również, że art. 439 ust. 2 p.z.p. nie daje możliwości wprowadzenia terminu ograniczającego możliwość skorzystania z waloryzacji.

Również przewidziane w § 12 ust. 11 Projektu umowy ograniczenie kolejnych zmian umowy, tj. dopiero po 12 miesiącach i wyłącznie raz na 12 miesięcy, z tożsamych względów stoją w sprzeczności z art. 436 pkt 4 lit. b) p.z.p. i art. 439 p.z.p.

W § 12 ust. 15 Projektu umowy Zamawiający ograniczył dopuszczalność zmiany wynagrodzenia do 115% względem pierwotnie przewidzianego wynagrodzenia umownego brutto. W pierwszej kolejności wskazać należy, że porównaniu powinny podlegać wyłącznie ceny netto, jako że wartość podatku VAT jest niezależna od stron i pozostaje bez wpływu na realnie uzyskiwane wynagrodzenie przez wykonawcę.

Po drugie, umowa zawierana jest na okres 36 miesięcy. Zagregowana inflacja za lata 2021-2023 wyniosła aż 30,9%. Instytucja waloryzacji wynagrodzenia służy przywróceniu równowagi ekonomicznej stron. Waloryzacja może wszak następować zarówno w górę (podwyższenie ceny), jak i w dół (obniżenie ceny). Mając na uwadze dane dotyczące inflacji za ostatnie 3 lata, ograniczenie poziomu zmiany wynagrodzenia wyłącznie do 15%, czyni instytucję waloryzacji pozorną i tym samym narusza równowagę kontraktową stron.

Z kolei przewidziana w § 12 ust. 16 Projektu umowy zmiana jej postanowień *w przypadku uruchomienia punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych przez Zamawiającego*, jest niejasna i nieprecyzyjna. Zamawiający nie wskazał, kiedy może dojść do takiej zmiany, jaki jest tryb zmiany i na czym będzie ona polegać. Jeśli zmiana prowadziłaby do ograniczenia części zamówienia, to Zamawiający winien wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron (art. 433 pkt 4 p.z.p.), czego nie uczynił. Tak określone postanowienie umowne jest nieprzejrzyste i niewyczerpujące, w konsekwencji uniemożliwia właściwą kalkulację oferty przez Wykonawcę.

### III. WNIOSEK O WYZNACZENIE ROZPRAWY NA GODZINĘ 11 I PÓŹNIEJSZĄ

W przypadku konieczności wyznaczenia posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy, Odwołujący zwraca się z prośbą o wyznaczenie terminu posiedzenia lub rozprawy na godzinę 11 i późniejszą. Dojazd z siedziby Odwołującego do siedziby KIO trwa co najmniej 3 godziny – i to w razie płynnej jazdy, braku korków i innych utrudnień. Wyznaczenie terminu o wcześniejszej godzinie powoduje konieczność bardzo wczesnego wyjazdu celem terminowego dotarcia na posiedzenie lub konieczność organizowania noclegu przed rozprawą. Stąd, jeśli to możliwe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie jego prośby.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę i wywodzę jak w *petitum*.

Signature Not Verified

Dokument podpisany przez Maciej Hubert Mazurek

Data: 2024.04.15 14:04:16 CEST

**Załączniki:**

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. KRS Odwołującego,
3. dowód uiszczenia wpisu,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
5. Statut Związku Komunalnego Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina”.