

Wrocław, dnia 18.11.2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17 a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: **FCC PODHALE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ,**

ul. Jana Pawła II 115, 34-400 Nowy Targ, KRS 0000624308

Reprezentowany przez: **adw. Wioletę Hucal , adw. Katarzynę Wolny-Tomczyk**

adres do doręczeń: ECO LEGAL Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych

Gwiaździsta 16/5, 53-413 Wrocław

numer telefonu: +48 783 600 593

e-mail: [w.hucal@ecolegal.pl](mailto:w.hucal@ecolegal.pl)

Zamawiający: **Gmina Bukowina Tatrzańska**

Adres do doręczeń: Długa 144, 34-530 Bukowina Tatrzańska

tel. + 48 2000870

e-mail: [gmina@ugbukowinatatrzańska.pl](mailto:gmina@ugbukowinatatrzańska.pl)

Dotyczy: postępowania pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Bukowina Tatrzańska”, numer referencyjny: IZW.271.1.18.2024, Numer publikacji ogłoszenia w Dzienniku UE: OJ S 216/2024 06/11/2024, data publikacji: 06/11/2024, dalej: „Postępowanie”.

## ODWOŁANIE

Działając imieniem **FCC Podhale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, dalej jako: „Odwołujący”, w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis znajduje się w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm., dalej: „ustawa pzp”), niniejszym wnoszę odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”, OPZ oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostało wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

### **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu:**

1. **art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp** poprzez dokonanie nieprawidłowego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wynikającym z postanowień § 6 ust 2 i ust. 3 wzoru umowy oraz § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, gdzie Zamawiający nie określa w jaki sposób ustalany będzie stopień przyczynienia się Wykonawcy do nieosiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania pomimo, że na podstawie postanowień §10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, od „stopnia przyczynienia się Wykonawcy” uzależniona ma być wysokość kary umownej nakładanej przez Zamawiającego na Wykonawcę. Tak ukształtowana klauzula kary umownej jest nieprawidłowa, bowiem na jej podstawie nie istnieje możliwość ustalenia jednoznacznie jaka kara umowna „grozi” Wykonawcy w przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu. Innymi słowy Wykonawca nie może uzyskać z treści tych postanowień umownych informacji w jakim stopniu i jaka Wykonawca ponosić ma odpowiedzialność (jak oszacować cenę oferty, jakie koszty związane z ryzykiem zapłaty kar umownych wliczyć w cenę oferty), co czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i powoduje, że każdy z Wykonawców zakładać będzie inne parametry realizacji usługi, co doprowadzi do złożenia ofert w tym Postępowaniu, które nie będą możliwe do porównania;

*ewentualnie, gdyby Wysoka Izba nie uwzględniła Zarzutu nr 1:*

2. **art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.” i w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób kreujący obowiązek wykonawcy, który jest niemożliwy do zrealizowania. Obowiązkiem tym jest osiągnięcie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „poziomu recyklingu”), który ustawodawca nakłada na Zamawiającego, a który to obowiązek, na podstawie postanowień § 6 ust 2 i ust. 3 wzoru umowy oraz § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający przenosi na wykonawcę, pomimo, że wykonawca nie jest adresatem normy prawnej określonej w ww przepisie ustawy (nie posiada uprawnień do egzekwowania od mieszkańców prawidłowego segregowania odpadów) oraz z pominięciem faktów, zgodnie z którymi:
  - a) ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852) – powoduje, że w 2025 roku ma zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce, który pozbawi wykonawców przedmiotowego zamówienia odpadów, które mają kluczowe znaczenie w osiągnięciu poziomu recyklingu, natomiast Zamawiający odpady pochodzące z „systemu

kaucyjnego” może wliczyć do swojego poziomu recyklingu. Zaznaczenia wymaga, że , nie jest znana skala odpływu cennych dla osiągnięcia poziomów recyklingu odpadów, bo wykazujących wysoki stopień recyklingu, natomiast mechanizm „proporcjonalnego doliczania” nie jest wskazany w dokumentacji Postępowania. Co więcej wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, ale pewnym jest, że znacznie obniży możliwości Wykonawcy osiągnięcia poziomów recyklingu , co więcej może być znacznie wyższy niż procent doliczonej masy odpadów opakowaniowych do osiągniętego samodzielnie przez Wykonawcę poziomu recyklingu;

- b) istnieje problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” – największa grupa odpadów w całym strumieniu – około 50% to odpady zmieszane, z których możliwe jest odzyskanie ok 2-3%;
- c) z najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce,

z powyżej wskazanych powodów Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określił we wzorze umowy w zakresie dot. obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów recyklingu w sposób niemożliwy do zrealizowania przez wykonawcę, a do tego na podstawie postanowień § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ustanowił kary umowne za niewykonanie tego obowiązku, co stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty;

**3. art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 436 pkt 4 lit. b ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC poprzez sformułowanie w:**

**a) § 17 wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, zgodnie z którą:**

- 1) podstawą do ustalenia poziomu zmiany wynagrodzenia Wykonawcy jest poziom wzrostu lub spadku cen lub kosztów realizacji zamówienia przekraczający 20% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty i utrzymujący się na tym poziomie przez okres co najmniej 6 miesięcy. Ustalenie tak wysokiego progu procentowego - 20%, który ma utrzymywać się przez 6 miesięcy, w zestawieniu z uprawnieniem do waloryzacji po upływie 9 miesięcy trwania umowy powoduje oraz w związku z faktem, że umowa zawarta jest na 12 miesięcy, że klauzula waloryzacyjna jest pozorna. W normalnych realiach, zgodnie ze znanymi w chwili ogłoszenia Postępowania prognozami gospodarczymi, nie będzie mogła być zastosowana, zatem tak ustalony poziom wskaźnika czyni postanowienia §17 wzoru umowy klauzulą pozorną;

- 2) zmiana wynagrodzenia na skutek przeprowadzenia waloryzacji następować ma zgodnie z § 17 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy po 9 miesiącach, podczas gdy zmiana wynagrodzenia następować powinna od czasu, w którym Wykonawca rozpoczął ponosić podwyższone koszty realizacji usługi, na skutek zaistnienia wzrostu kosztów;
- 3) Zamawiający w taki sposób ukształtował klauzulę waloryzacyjną, że nie wynika z jej treści obowiązek przeprowadzenia waloryzacji – a jedynie jak napisał Zamawiający: „może podlegać zmianie” – zatem Zamawiający w tak podanej klauzuli przewiduje możliwość, ewentualność zmiany, podczas gdy z klauzuli waloryzacyjnej wynikać powinno, że w sytuacji zaistnienia przesłanek do zmiany wynagrodzenia – strony zobowiązane są do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego, zmiana ma charakter niejako automatyczny, bez względu na wolę stron;
- 4) Maksymalny wzrost wynagrodzenia na skutek waloryzacji to 10% wartości netto wynagrodzenia z §8 wzoru umowy, podczas gdy maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia powinna wynosić 20% wartości netto wynagrodzenia z § 8 wzoru umowy;

Z tych powodów Zamawiający dokonał naruszenia wskazanych powyżej przepisów i ukształtował klauzulę waloryzacyjną w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są usługi, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Ponadto Zamawiający ukształtował warunki zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane, ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z regulacją ustawy pzp. Tak sformułowana klauzula prowadzi do obejścia przepisów prawa i czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną;

4. **art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy na mocy ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „nowelizacja u.g.o.”) w 2025 r. wejdzie w życie tzw. system kaucyjny. Zmiany, które ww akt prawny wprowadzi, mają kluczowe znaczenie dla określenia sposobu organizacji realizacji usługi ponieważ przekładają się bezpośrednio na wielkość przedmiotu zamówienia. 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., trudno jest w chwili obecnej ustalić jakie konsekwencje wywoła system kaucyjny na realizację przedmiotowego zamówienia, jednak aby móc dokonać modyfikacji zmiany umowy w sposób odpowiadający konsekwencjom tej ustawy, konieczne jest wprowadzenie do postanowień wzoru umowy odpowiedniej regulacji dopuszczającym zmianę postanowień umowy. Brak takich postanowień powoduje naruszenie równowagi stron umowy,

nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę wszystkie ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć – powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców;

**Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1. W zakresie zarzutu nr 1 i nr 2 – nakazanie Zamawiającemu wykreślenie kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy oraz dokonanie zmiany postanowień § 6 ust. 2 i ust. 3 wzoru umowy w taki sposób, aby Zamawiający nakładał na Wykonawcę obowiązek dążenia do osiągnięcia najwyższego możliwego poziomu recyklingu;
2. W zakresie zarzutu nr 3, dot. klauzul waloryzacyjnych dokonanie zmiany treści §17 wzoru umowy w taki sposób, aby uzyskał brzmienie:

Strony dopuszczają następujące okoliczności możliwości zmiany postanowień umowy w zakresie dotyczącym wynagrodzenia w przypadku:

- 1) zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia z uwzględnieniem następujących reguł:
  - a) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów wyliczonych w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 2%;
  - b) podstawą do ustalenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest wskaźnik cen i towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego obowiązujący w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert;
  - c) zmiany wynagrodzenia opisane w ust.1 pkt 1 mogą nastąpić najwcześniej po upływie 3 miesięcy realizacji umowy;
  - d) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający wynosi 20% wartości netto wynagrodzenia § 8 niniejszej umowy. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala co najmniej 2 % w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień złożenia wniosku waloryzacyjnego.
  - e) powyższa zmiana nastąpi na pisemny wniosek Wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany do składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia w okresach kwartalnych (tj. 3-miesięcznych począwszy od miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpił moment spełnienia warunków do waloryzacji wynagrodzenia) ze szczegółowym wyjaśnieniem wzrostu wynagrodzenia wynikającego z waloryzacji. Zamawiający po

otrzymaniu wniosku analizuje go i po akceptacji podnosi wartość wynagrodzenia. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy wraz z wnioskiem, o którym mowa powyżej składa oświadczenie o braku udziału podwykonawców w realizacji niniejszej umowy. W przypadku, gdy przy realizacji niniejszej umowy będą brali udział podwykonawcy, Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, o ile spełnione zostaną przesłanki, o których mowa w art. 439 ust. 5 ustawy.

- f) Strona Umowy, która otrzyma wniosek o waloryzację wynagrodzenia zobowiązana będzie w ciągu 7 dni do udzielenia odpowiedzi czy wyraża zgodę na waloryzację, czy wymaga uzupełnienia wątpliwości, brak stanowiska Strony w terminie 7 dni Strony Umowy uznają za wyrażenie zgody na wnioskowane warunki waloryzacji opisane we wniosku waloryzacyjnym. W przypadku wystąpienia wątpliwości co do zakresu wniosku waloryzacyjnego w ciągu 7 dni od jego otrzymania Strona Umowy zobowiązana jest do wskazania jakich informacji jeszcze potrzebuje, aby uwzględnić wniosek lub wskazać wątpliwości, na które druga Strona Umowy musi odpowiedzieć w ciągu 7 dni od daty otrzymania pisma z tymi informacjami. Waloryzacja wynagrodzeni obowiązywać będzie od daty złożenia wniosku, tj. aneks do umowy ustalający zmianę wynagrodzenia obowiązywał będzie Strony od daty złożenia wniosku waloryzacyjnego. Odmowa wyrażenia zgody na waloryzację wymaga szczegółowego uzasadnienia faktycznego na piśmie.
3. W zakresie zarzutu nr 4 – wprowadzenia do § 13 wzoru umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie systemu kaucyjnego od 2025 r., możliwość zmiany obejmować musi: ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy;

### **Termin**

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp: *odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.* Dokumenty zamówienia zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 6 listopada 2024 r. Odwołujący dochował zatem terminu na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 515 Pzp.

### **Interes**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w zarzutach przepisów Pzp, jego interes w uzyskaniu

zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia. Tymczasem Odwołujący, jako podmiot działający w branży odbioru odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co wypełnia materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, w tym kar umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, czym godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto takie postanowienia SWZ prowadzą do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia (tak np. KIO 1987/21).

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 ustawy pzp została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący oświadcza, że uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie dokonania przelewu.

## UZASADNIENIE

### Ad. zarzut nr 1 i nr 2

1. Dla potrzeb niniejszego odwołania Odwołujący będzie się posługiwał pojęciem „poziomy recyklingu” zamiast pojęciem „poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych”, którymi posługują się właściwe przepisy prawa i SWZ.
2. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, 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.
3. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
4. Zgodnie z art. 5 kodeksu cywilnego: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.



5. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
6. Zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:  
45% wagowo - za rok 2024;  
55% wagowo - za rok 2025;  
56% wagowo - za rok 2026;  
57% wagowo - za rok 2027;  
58% wagowo - za rok 2028;  
59% wagowo - za rok 2029;  
60% wagowo - za rok 2030;  
61% wagowo - za rok 2031;  
62% wagowo - za rok 2032;  
63% wagowo - za rok 2033;  
64% wagowo - za rok 2034;  
65% wagowo - za rok 2035 i za każdy kolejny rok.
7. Zgodnie z art. 9z ust. 2a pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: 2a. Gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c - podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu: przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu.
8. Występujące w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. terminy oznaczają:
  - a) recykling – taki odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych (art. 3 ust. 1 pkt 23 ustawy o odpadach),
  - b) przygotowanie do ponownego użycia – odzysk polegający na sprawdzeniu, czyszczeniu lub naprawie, w ramach którego produkty lub części produktów, które wcześniej stały się odpadami, są przygotowywane do tego, aby mogły być ponownie wykorzystane bez jakichkolwiek innych czynności wstępnego przetwarzania (art. 3 ust. 1 pkt 22 ustawy o odpadach).
9. Zamawiający we wzorze umowy przewidział następującą regulację dot. poziomów recyklingu:

## **§ 6.**

### ***Wymagane poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku.***

1. *Wykonawca zapewnia, że przekazywany przedmiot zamówienia do zagospodarowania odpadami, będzie się odbywać w sposób umożliwiający osiągnięcie odpowiednich poziomów*



*przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wraz z ograniczeniem masy odpadów ulegających biodegradacji, 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 z późn. zm.) oraz z Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1530 z późn. zm.).*

- 2. Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, określonych w Rozporządzeniu 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 w innych aktach prawa, wydanych na podstawie ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 399 z późn. zm.).*
- 3. Wykonawca jest zobowiązany do użycia i odzysku wskazanych w § 1 ust. 1 frakcji odpadów oraz wskazanych w § 6 ust. 2 poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania wymagane w 2025 r.*
- 4. Ustalenie, czy Wykonawca osiągnął wymagane poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania nastąpi na podstawie sprawozdania, o którym mowa w § 7 ust. 3 niniejszej umowy.*

## **§ 10.**

### **Kary umowne.**

- 1. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w następujących przypadkach:*

*2)nieosiągnięcia wymaganych, zgodnie z § 6 umowy poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, w wysokości odpowiadającej stopniowi przyczynienia się Wykonawcy do nieosiągnięcia przez Zamawiającego poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,*

- 10. W odniesieniu do postanowień § 6 Zamawiający posługuje się pojęciem „ stopnień przyczynienia się wykonawcy do nieosiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu”. Nigdzie w dokumentacji zamawiając nie podaje w jaki sposób na etapie realizacji umowy ten stopień zostanie określony. Tymczasem zgodnie z regulacją art. 99 ustawy pzp Zamawiający ma obowiązek w sposób*

jednoznaczny i wyczerpujący opisać przedmiot zamówienia. Konsekwencją takiego ustanowienia postanowień umowy, gdzie nie jest możliwe ustalenie co zamawiający ma na myśli posługując się pojęciem stopień przyczynienia się wykonawcy, powoduje że nie jest możliwe ustalenie jaką karę umowną zapłaci wykonawca w sytuacji nieosiągnięcia poziomów recyklingu przez zamawiającego ponieważ nie jest wiadomo jak zamawiający zamierza ustalić sposób przyczynienia się wykonawcy do braku osiągnięcia poziomu recyklingu przez zamawiającego.

11. W odniesieniu do postanowień § 6 i § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy Odwołujący podaje, 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 ustawy pzp oraz aktualnie zapadającymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego Wykonawca wnosi o usunięcie postanowień § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, podając ku temu następujące uzasadnienie:
12. 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**".

13. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że sytuacja Zamawiającego i wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie nie jest jednak taka sama. Takie działanie Zamawiającego jest wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 431 ustawy pzp (co już w swoich wyrokach potwierdza KIO – vide KIO 102/24). Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy 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”.
14. **Ponadto Odwołujący wskazuje, na fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza w 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**”.
15. Wpływ wprowadzonego systemu kaucyjnego na możliwości Wykonawcy w osiąganiu 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). W 2025 roku ma zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce. 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 straci możliwość wliczania odpadów z oddanych do odzysku tworzyw sztucznych.**

16. 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), **radikalnie 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;

17. **Wprowadzenie w Polsce systemu kaucyjnego, 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 osiągnane 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.**

18. Po drugie, zgodnie z przywołanymi przez Wykonawcę przepisami, tj. art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 189f § 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.

19. 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.
20. 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 dlaczego Wykonawca obciążony 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.
21. Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku, gdy ponad 50% strumienia odpadów odbieranych to odpady zmieszane, dla których poziomy recykling osiągane 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.
22. Abstrahując już od faktu, iż 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.

23. W związku z powyższym na mocy przywołanych w tym pytaniu argumentów stwierdzić należy, że postanowienia § 6 i § 10 ust. 1 pkt 2 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 55 % w roku 2025, 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 wynikającą z art. 431 ustawy 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 w § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i co za tym idzie, jest rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia § 6 i § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy są sprzeczne z art. 3b i 9z 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.
24. 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 ustawy 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 - 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.

25. 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, 3531 k.c. umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o 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.*

26. Podkreślenia wymaga okoliczność, że sądy administracyjne stoją na stanowisku, iż w zakresie zadań własnych gmina nie może zaniechać wykonywania swoich obowiązków ani przerzucać ich wykonywania na inne podmioty, gdyż tak czyniąc faktycznie przestaje wykonywać swoje ustawowe obowiązki, co w świetle prawa oznacza, że organy gminy działają niezgodnie z prawem (tak np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lipca 2007 r., sygn. akt II OSK 1048/06; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt I OSK 1372/05; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2016 r., sygn. akt IV SA/Po 888/15). Wykonawca nie może odpowiadać w stopniu przewidzianym przez Zamawiającego za brak osiągniętych poziomów recyklingu, ponieważ ich osiągnięcie zależy od wielu czynników, które w większości przypadków są całkowicie niezależne od wykonawcy.

### **Ad. Zarzut 3**

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Bukowina Tatrzańska.
2. Umowa zawarta ma zostać na okres 12 miesięcy.
3. W konsekwencji powyższego Zamawiający na mocy art. 436 pkt 4 lit. b ustawy pzp oraz art. 439 ustawy pzp, zobowiązany jest zawrzeć w treści umowy postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny lub materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz zobowiązany jest zawrzeć w treści umowy zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2024 r. poz. 427) - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
4. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w treści §17wzoru umowy zawarł klauzulę waloryzacyjną, która jest pozorna, ponieważ warunki ustalone przez Zamawiającego, które pozwalają na przeprowadzenie waloryzacji są tak wygórowane, że wręcz nie jest prawdopodobne, aby w rzeczywistości mogła zostać zastosowana waloryzacja wynagrodzenia umownego. Zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy pzp oraz 436 pkt 4 lit b ustawy pzp, właśnie dlatego, że

opisany model waloryzacji we wzorze umowy w przedmiotowym postępowaniu wskazuje na to, że waloryzacja przewidziana przez Zamawiającego jest pozorna i stanowi taki opis jej mechanizmu, który ma na celu obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i jej przeprowadzenie, z tego powodu w praktyce nie spełni swojej funkcji.

5. Treść §17 wzoru umowy brzmi:

**§ 17.**

***Waloryzacja wynagrodzenia.***

*1. W związku z tym, że niniejsza umowa została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy może podlegać zmianie, w przypadku zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

*2. Przez zmianę ceny kosztów związanych z realizacją zamówienia rozumie się odpowiednio wzrost jak i obniżenie cen lub kosztów, względem cen lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie.*

*3. Zamawiający ustala następujące zasady, stanowiące podstawę wnioskowania o wprowadzenie zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy:*

*1) Poziom wzrostu lub spadku cen lub kosztów realizacji zamówienia przekraczający 20% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty i utrzymujący się na tym poziomie przez okres co najmniej 6 miesięcy.*

*2) Określa się początkowy termin uprawniający do wnioskowania o zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy po okresie 9 miesięcy od daty podpisania umowy.*

*3) Za podstawę żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, przyjmuje się wskaźnik zmiany cen lub kosztów, ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.*

*4) Podstawą żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy jest pisemny wniosek, poparty uzasadnieniem zawierającym dokładny opis proponowanej zmiany wraz ze szczegółową kalkulacją, złożony nie później niż 30 dni od daty publikacji komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, obwieszczającego wzrost lub spadek cen lub kosztów ogłoszonego po dacie zawarcia umowy.*

*5) Wniosek musi zawierać dowody potwierdzające jednoznacznie, że zmiana cen materiałów lub kosztów o ponad 20 % w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty, wpłynęła na koszty wykonania zamówienia.*

*6) Strona umowy, której przedłożono wniosek o zmianę wynagrodzenia Wykonawcy, może zwrócić się do drugiej strony o uzupełnienie wniosku i przekazanie dodatkowych wyjaśnień, informacji lub dokumentów, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.*

*7) Wniosek podlega rozpatrzeniu w terminie 30 dni od dnia jego wpływu, a w przypadku wezwania, o którym w pkt 6) termin ten liczy się od dnia wpływu pisma uzupełniającego, a jeżeli*

*wnioskodawca nie udzieli odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wniosku, termin ten liczy się od upływu terminu, o którym w pkt 6). Stwierdzenie, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wpłynęła na wysokość kosztów wykonania zamówienia objętego niniejszą umową, uzasadnia zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy i uprawnia strony do dokonania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie wynikającym z dowiedzonego wpływu zmiany cen i kosztów związanych z realizacją zamówienia na wysokość kosztów wykonania zamówienia. Zmiana umowy skutkować będzie zmianą wynagrodzenia jedynie w zakresie płatności realizowanych po dacie zawarcia aneksu do umowy, w formie pisemnej, pod rygorem nieważności. Termin zawarcia aneksu wyznaczy Zamawiający i wynosi do 30 dni od daty zaakceptowania wniosku strony.*

*4. Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do 10 % wynagrodzenia, odrębnie dla każdego zadania, o którym mowa w § 8 umowy. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w zdaniu pierwszym.*

6. Z powyższego wynika, że Zamawiający w taki sposób ukształtował waloryzację w tym Postępowaniu, że:

- 1) podstawą do ustalenia poziomu zmiany wynagrodzenia Wykonawcy jest poziom wzrostu lub spadku cen lub kosztów realizacji zamówienia przekraczający 20% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty i utrzymujący się na tym poziomie przez okres co najmniej 6 miesięcy. Ustalenie tak wysokiego progu procentowego - 20%, który ma utrzymywać się przez 6 miesięcy, w zestawieniu z uprawnieniem do waloryzacji po upływie 9 miesięcy trwania umowy powoduje oraz w związku z faktem, że umowa zawarta jest na 12 miesięcy, że klauzula waloryzacyjna jest pozorna. W normalnych realiach, zgodnie ze znanymi w chwili ogłoszenia Postępowania prognozami gospodarczymi, nie będzie mogła być zastosowana, zatem tak ustalony poziom wskaźnika czyni postanowienia §17 wzoru umowy klauzulą pozorną;
- 2) zmiana wynagrodzenia na skutek przeprowadzenia waloryzacji następować ma zgodnie z § 17 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy po 9 miesiącach, podczas gdy zmiana wynagrodzenia następować powinna od czasu, w którym Wykonawca rozpoczął ponosić podwyższone koszty realizacji usługi, na skutek zaistnienia wzrostu kosztów;
- 3) Zamawiający w taki sposób ukształtował klauzulę waloryzacyjną, że nie wynika z jej treści obowiązek przeprowadzenia waloryzacji – a jedynie jak napisał Zamawiający: „może podlegać zmianie” – zatem Zamawiający w tak podanej klauzuli przewiduje możliwość, ewentualność zmiany, podczas gdy z klauzuli waloryzacyjnej wynikać powinno, że w

sytuacji zaistnienia przesłanek do zmiany wynagrodzenia – strony zobowiązane są do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego, zmiana ma charakter niejako automatyczny, bez względu na wolę stron;

- 4) Maksymalny wzrost wynagrodzenia na skutek waloryzacji to 10% wartości netto wynagrodzenia z § 8 wzoru umowy, podczas gdy maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia powinna wynosić 20% wartości netto wynagrodzenia z § 8 wzoru umowy;
7. Wykonawca jest profesjonalistą w dziedzinie tożsamej z przedmiotem zamówienia, a nie w dziedzinie prognoz makroekonomicznych. Przerzucanie na Wykonawcę ryzyka zmian wskaźników makroekonomicznych powoduje, że tego typu ryzyka Wykonawca musi wycenić i wliczyć w cenę, co powoduje wzrost cen dla zamawiającego w stosunku do cen, które Wykonawca mógłby zaoferować Zamawiającemu, gdyby w umowie waloryzacja była uregulowana w sposób zapewniający równowagę ekonomiczną stron.
8. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że istotą wprowadzenia regulacji art. 439 ustawy pzp ustawy pzp, było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Odwołując się do językowego rozumienia pojęcia "waloryzacja" należy stwierdzić, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia, w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmienionym poziomie. Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację definiuje: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych, ustalonych w danej jednostce monetarnej, na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza. Jak zatem trafnie zauważyła Izba w orzeczeniach z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22 oraz w Wyroku z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21 celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Innymi słowy chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby na skutek tego, że realizacja umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza, wskutek dokonywania odroczonego w czasie płatności. **Tymczasem klauzula waloryzacyjna zawarta w § 17 wzoru umowy nie jest klauzulą zapewniającą rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej.**
9. Wprawdzie Ustawodawca nie skonstruował przepisu art. 439 ustawy Pzp ustawy pzp w sposób precyzyjny, dając Zamawiającym jedynie pewne wytyczne, którymi powinni kierować się wprowadzając do umowy klauzule waloryzacyjne, ale stało się tak jednak, gdyż jak zauważono w uzasadnieniu projektu ustawy, przepis ten nie mógł być nadmiernie kazuistyczny. Biorąc pod uwagę ogromne zróżnicowanie poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość czy przedmiot zamówienia, przepis ten został zredagowany w taki sposób, aby w ramach nałożonego na zamawiającego obowiązku, pozostawić mu jednak pewną swobodę. Tym niemniej Zamawiający wprowadzając określone zapisy w umowie o zamówienie publiczne winien mieć na uwadze, że proponowane we wzorze umowy zapisy uwzględniać powinny w

szczegółności: specyfikę zamówienia (np. brać pod uwagę jakie materiały i koszty są kluczowe dla jego realizacji, a które to wcześniej podlegały, a w konsekwencji nadal podlegać mogą dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. właściwe i adekwatne dla danego przedmiotu zamówienia wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS), w końcu także planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia (przy czym zamawiający powinien uwzględnić planując swoje wydatki i ujmując je w budżecie, że może mieć miejsce wzrost cen towarów i usług, które to mogą wpłynąć w sposób znaczący na wzrost kosztów realizacji zamówienia, które to będzie musiał zrekompensować wykonawcy realizującemu dane zadanie).

10. Podkreślić należy, że waloryzacja umowna będzie stanowiła skuteczny mechanizm tylko wtedy, **gdy nie tylko spełnia wymogi ustawowe w tym zakresie tj., gdy w treści umowy wprowadzone zostały wszystkie elementy regulacji, ale umowa taka winna przewidywać takie postanowienia i mechanizmy, odnoszące się do zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które uwzględniają aktualne warunki rynkowe.**
11. Powszechnie wiadome jest, że w ciągu ostatnich około 2 lat mamy do czynienia ze stałym, bardzo dynamicznym wzrostem cen materiałów, usług, jak też wynagrodzeń, co wynika z danych publikowanych na stronach Głównego Urzędu Statystycznego. Wprawdzie w ostatnim okresie notowany jest spadek inflacji, ale nadal mamy do czynienia ze wzrostem cen towarów i usług. Zgodnie z komunikatem, opublikowanym na stronie Głównego Urzędu Statystycznego - Szybki szacunek wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w sierpniu 2024 r. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/szybki-szacunek-wskaznika-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-w-sierpniu-2024-roku,21,24.html> "Ceny towarów i usług konsumpcyjnych według szybkiego szacunku w sierpniu 2024 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku wzrosły o 4,3% (wskaźnik cen 104,3), a w stosunku do poprzedniego miesiąca wzrosły o 0,1% (wskaźnik cen 100,1)".  
W dalszym ciągu obserwujemy zatem wzrost inflacji, który wraz ze stale zwiększającym się wzrostem wynagrodzeń powoduje, że szczególnie istotne jest w jaki sposób zamawiający przewidują w zawieranych umowach sposoby zwiększania wynagrodzenia i czy mechanizmy te dają gwarancję zrekompensowania wykonawcy wzrostu kosztów, jakie musi ponosić w związku z realizacją kontraktu.
12. W dokumencie pn. Raport o inflacji - marzec 2024 r. (Raport o inflacji nbp.pl), który przedstawia ocenę Rady Polityki Pieniężnej dotyczącą przebiegu procesów makroekonomicznych wpływających na inflację, zakłada się, że CPI w 2024 r. będzie na poziomie około 3%, nieco wzrośnie w 2025 r., by w 2026 r. znowu się obniżyć do niespełna 3%. W tym czasie poziom PKB ma oscylować w okolicy 3-4%. W raporcie zauważono, że wyraźnie widoczny jest spadek inflacji w ciągu ostatnich dwunastu miesięcy i poziom ten pozostanie obniżony do końca 2026 r. Przy czym zwrócono uwagę, że poziom ścieżki inflacji jest bardzo mocno uzależniony od utrzymania

tarcz antyinflacyjnych, które obejmują zerowe stawki VAT na żywność czy mrożenie cen energii elektrycznej i gazu dla gospodarstw domowych. Podkreślono też, że mamy aktualnie do czynienia z szeregiem zewnętrznych źródeł niepewności w bieżącej rundzie progностycznej, takich jak kształt polityki pieniężnej i fiskalnej w głównych gospodarkach rozwiniętych. Największym czynnikiem ryzyka według NBP jest polityka fiskalna rządu. W raporcie kładzie się silny nacisk na wpływ zmian legislacyjnych wymienionych w exposé premiera oraz tych zapowiedzianych przez pozostałych członków rady: "Obejmują one zwiększenie wydatków publicznych, w tym podwyższenie wysokości renty socjalnej, wprowadzenie renty wdowiej i bonu senioralnego oraz nowy program mieszkaniowy tzw. Mieszkanie na Start. Zapowiedzi obejmują również zwiększenie kwoty wolnej od podatku od osób fizycznych, obniżenie podatku od zysków z oszczędności i tzw. wakacje składkowe dla przedsiębiorców. Realizacja nowych działań fiskalnych oddziaływałaby w kierunku silniejszego wzrostu popytu w Polsce. W takim scenariuszu można by spodziewać się w horyzoncie projekcji bardziej uporczywego charakteru inflacji bazowej. Z drugiej strony, ewentualne objęcie Polski procedurą nadmiernego deficytu w bieżącym roku, mogłoby skłonić rząd do prowadzenia bardziej restrykcyjnej polityki fiskalnej w dalszym horyzoncie projekcji."

13. **Przyjęcie takiego poziomu jak to uczynił Zamawiający – 20% wzrostu cen utrzymujących się przez 6 miesięcy, w sytuacji gdy waloryzacja możliwa jest po upływie 9 miesięcy trwania umowy, powoduje, że nie ma możliwości przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia umownego, z uwagi na fakt, że umowa trwać ma tylko 12 miesięcy. Zamawiający winien w tym zakresie posłużyć się bowiem danymi historycznymi, odnosić się do realiów rynkowych, tymczasem ustala warunki w oderwaniu od powyższych, właśnie po to, aby uczynić klauzulę waloryzacyjną pozorną. Pomimo bowiem formalnego umieszczenia w treści wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej przez Zamawiającego, na skutek ustalenia tak wysokiego poziomu wskaźnika – 20%, nie będzie możliwe jej zastosowanie, co stanowi o tym, że Zamawiający narusza art. 58 kc i zastosował takie postanowienia wzoru umowy, które mają na celu obejście przepisów prawa tj. zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej, która będzie nie rzeczywista, nie możliwa do zastosowania.**

W konsekwencji, w obecnie panującej sytuacji polityczno-gospodarczej, szczególnie ważne jest, aby przyjęta w umowie klauzula waloryzacyjna przyniosła spodziewany efekt dla wykonawcy, nie powodując zaburzenia równowagi stron umowy. Nie chodzi przy tym o to, aby całkowicie zwolnić wykonawcę od wszelkich występujących na rynku możliwych ryzyk zmian cen, ale uniknąć takich sytuacji, kiedy potencjalni wykonawcy wolą zrezygnować z zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego, ze względu na brak klauzul waloryzacyjnych realnie odzwierciedlających poziom wzrostu cen towarów i usług, czy też mają problem z realizacją zamówienia z tego powodu, że kontynuowanie realizacji usługi, spowoduje stratę na danym kontrakcie. To właśnie wprowadzenie do treści umowy takich postanowień, które obarczają ewentualnym ryzykiem wyłącznie wykonawcę, w rezultacie może doprowadzić do tego, że albo zaproponowana cena będzie zawyżona w takim znaczeniu, że będzie musiała uwzględniać



wszelkie ewentualne ryzyka wzrostu cen lub też, że wykonawca chcąc uzyskać zamówienie ryzyk tych nie skalkuluje w ofercie, ale umowa taka nie zostanie wykonana.

14. Z kolei wprowadzenie do umowy takich klauzul waloryzacyjnych, które uwzględniają aktualne prognozy w zakresie odnoszącym się do zmiany cen lub kosztów, uprawniające stronę do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz przede wszystkim sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia - pozwoli na uniknięcie powyższych problemów. I tu mamy szerokie spektrum możliwości wprowadzenia efektywnej formuły, np. metody wskaźnikowej (odwołanie do możliwych różnych wskaźników GUS-u), metody koszykowej (w oparciu o kilka wskaźników dla wybranych najbardziej cenotwórczych elementów kosztów), metody porównawczej. Formuła ta musi być dobrze przemyślana, precyzyjna i sprawdzona przede wszystkim od strony kosztorysowej, żeby potem była wykonalna i rzeczywiście przyniosła spodziewany efekt dla wykonawcy.
15. Mając powyższe na względzie Odwołujący, po przeanalizowaniu postanowień umownych zawartych w §17 wzoru umowy doszedł do przekonania, że konieczne jest zakwestionowanie przyjętego przez Zamawiającego modelu waloryzacji ponieważ zaproponowany model powoduje, że nie jest obiektywnie możliwe, aby klauzula waloryzacyjna mogła być zastosowana w oparciu o aktualnie znane prognozy ekonomiczne. Mając także na uwadze, że umowa zawarta ma zostać na czas 12 miesięcy – czyli czas, na przestrzeni którego z pewnością będziemy mieli do czynienia ze wzrostem kosztów realizacji usługi, do których nawiązuje Ustawodawca w art. 439 ustawy pzp, konieczne jest przyjęcie takiego poziomu wskaźnika, który zapewni realizację przywracania równowagi ekonomicznej stron w czasie trwania umowy. Takim wskaźnikiem nie jest z pewnością 20 %, ale już wskaźnik na poziomie 2% będzie powodował realność, możliwość zastosowania klauzuli w tym aspekcie.
16. Powyższe oraz wprowadzone przez zamawiającego w § 17 wzoru Umowy ograniczenie, iż łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego paragrafu nie może być wyższa niż 10% wartości netto wynagrodzenia z § 8 umowy, narusza zasady współżycia społecznego, jak też sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego.
17. Wprawdzie jak wynika z opracowania pn. "Raport o inflacji" wyraźnie widoczny jest spadek inflacji w ciągu ostatnich miesięcy i poziom ten pozostanie obniżony do końca 2026 r., to jednak w dalszym ciągu istnieje szereg czynników, które będą wpływały na to w jaki sposób będzie przebiegała ścieżka inflacji w Polsce. NBP wskazuje na takie czynniki jak: utrzymanie lub nie tarcz antyinflacyjnych, które (jak wskazywano w marcu 2024 r., kiedy raport został sporządzony) obejmowały zerowe stawki VAT na żywność (dziś już wiadomo, że stawka VAT wzrosła, co może ponownie spowodować wzrost inflacji w Polsce), czy mrożenie cen energii elektrycznej i gazu dla gospodarstw domowych. NBP wskazuje także, że zarówno ścieżka inflacji CPI w Polsce, jak też przyszła sytuacja gospodarcza jest silnie uzależniona od obecnych i przyszłych działań fiskalnych przez rząd, w tym skali i zakresu podejmowanych antyinflacyjnych działań osłonowych. Oprócz uwarunkowań wewnętrznych, ważnym źródłem ryzyka projekcji jest skala działań zbrojnych na świecie i zaburzeń w łańcuchach dostaw oddziałujących na stopień



fragmentacji międzynarodowej wymiany handlowej, innym, zewnętrznym źródłem niepewności jest kształt polityki pieniężnej i fiskalnej w głównych gospodarkach rozwiniętych. Tym samym w dalszym ciągu mamy do czynienia z wysokim stopniem niepewności co do prognozowanej wysokości wzrostu inflacji jako takiej, nie mówiąc już o ryzykach związanych ze wzrostem cen niektórych materiałów, co uzależnione jest od wielu czynników zarówno zewnętrznych, jak też wewnętrznych.

18. Zgodnie z:

- 1) Komunikatem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 15 stycznia 2024 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2023 r. : Na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1251, 1429 i 1672) ogłasza się, że średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2023 r. w stosunku do 2022 r. wyniósł 111,4 (wzrost cen o 11,4%).
- 2) Komunikatem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 16 stycznia 2023 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2022 r. : Na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1251, 1429 i 1672) ogłasza się, że średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2022 r. w stosunku do 2022 r. wyniósł 114,4 (wzrost cen o 14,4%).

Dlatego Odwołujący wskazuje, że ustalony przez Zamawiającego górny limit waloryzacji na poziomie 10% wartości netto wynagrodzenia z § 8 umowy jest niższy o od najniższego wzrostu cen w skali jednego roku (tj. 11,4% w 2023 r.) zarejestrowanego na przestrzeni ostatnich dwóch lat i prawie 3 - krotnie niższy od największej rocznej zmiany cen w tym okresie. Powyższe dowodzi, że przyjęty wskaźnik został ustalony w oderwaniu od dostępnych danych historycznych, jak też prognozowanej sytuacji rynkowej i aktualnych ryzyk. Dlatego Odwołujący stoi na stanowisku, że limit ten należy zwiększyć do 20% wartości wynagrodzenia umownego.

19. Jak trafnie zwróciła uwagę Izba w wyroku z dnia 25 października 2022 r., sygn. akt KIO 2532/22, nakazującym zwiększenie górnego limitu waloryzacji z poziomu 10 proc. do poziomu 20 proc. w przypadku waloryzacji: "Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego (...) W art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp zostało wskazane, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że do zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie".
20. W okolicznościach niniejszej sprawy kwestia wprowadzenia adekwatnego limitu waloryzacji nabiera o tyle znaczenia, że zamówienie będzie realizowane przez 2 lata od daty obecnej, co w

związku ze wskazywanymi wyżej okolicznościami jest limitem znacząco zaniżonym. Odwołujący stoi na stanowisku, że dla zachowania zgodności z zasadami współzycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu do poziomu, który w długim horyzoncie czasowym, w którym zamówienie będzie realizowane zapewni możliwość kontynuowania tego przedsięwzięcia. Wprowadzenie adekwatnego poziomu, do którego wartość Umowy może być zrealizowana jest nie tylko w interesie wykonawcy, ale też w interesie Zamawiającego, którego celem jest przecież zrealizowanie planowanej inwestycji. Z tych powodów Odwołujący twierdzi, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy do poziomu 20% jest odpowiednie, celem zapewnienia równowagi kontraktowej stron przy jednoczesnym obniżeniu wskaźnika z 20% na 2%.

21. W tym miejscu należy ponownie podkreślić, że celem ustanowienia prawidłowych klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, zachwianej przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Ustawodawca, pozostawiając w tym zakresie zamawiającemu pewną swobodę poprzez możliwość doprecyzowania jej elementów, nie zezwolił jednak na taki sposób wykonania obowiązku nałożonego na zamawiającego w art. 439 ustawy Pzp, aby ustalić w umowie takie zapisy, które będą wyłącznie formalnie spełniały te wymagania, w praktyce jednak powodowały, że już w dacie zawierania umowy będzie wiadomym, że opisane tam warunki waloryzacji - są nie do spełnienia. Takie działania Zamawiającego prowadzą do wypaczenia celu wprowadzenia tej regulacji do ustawy Pzp i prowadzą do sytuacji, w której wykonawca nie może liczyć na wyrównanie równowagi ekonomicznej stron na podstawie klauzuli waloryzacyjnej, a to jest powód braku realizacji celu zawartego w art. 439 ustawy pzp przez Zamawiającego.
22. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że waloryzacja wynagrodzenia sama w sobie nie jest bezwarunkowym obowiązkiem ustawowym pokrycia wszelkich odchyleń cen, jednakże nie można przerzucać na wykonawcę wszystkich ciężarów i ryzyk z tym związanych. Jako profesjonalista, posiadający niejednokrotnie wieloletnie doświadczenie oferent powinien z jednej strony śledzić i przewidywać zmiany, jakie mają miejsce na rynku odpadowym i pewne ryzyka być w stanie skalkulować w zaoferowanej cenie. Powyższe nie może jednak prowadzić do takiej sytuacji, w której jak to ma miejsce w omawianej sprawie, praktycznie wszelkie ryzyka przerzucane są na wykonawcę, gdyż ustala się takie warunki waloryzacji, które są w rzeczywistości niemożliwe do spełnienia.
23. Ponadto mając na uwadze, że Zamawiający wskazuje, że wprowadzenie waloryzacji jest „możliwe” a nie konieczne w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w § 17 wzoru umowy powoduje, że Zamawiający może uzależnić decyzję o ewentualnej akceptacji wniosku waloryzacyjnego od subiektywnej decyzji, co powoduje, że wdrożenie klauzuli waloryzacyjnej nacechowane jest subiektywizmem i jest zależne od woli drugiej strony i nie będzie skutkowało powstaniem roszczenia o zmianę umowy, nawet w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w § 17 wzoru umowy, tylko z tego powodu, że Zamawiający stwierdzi, że z jakiegokolwiek powodu wniosek jest nieuzasadniony. Nie jest bowiem jasne ani to, jakie

dokumenty wykonawca będzie musiał przedłożyć Zamawiającemu, ani to, według jakiego „klucza” następować będzie weryfikacja tych dokumentów, co stanowi całkowite wypaczenie idei klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 439 Pzp. Poza tym z klauzuli waloryzacyjnej nie wynika, że Zamawiający w przypadku zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu/spadku wskaźnika o określony procentowo próg zobowiązany jest do waloryzacji wynagrodzenia. Dlatego Odwołujący zarzuca Zamawiającemu ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób sprzeczny z przepisem art. 439 ust. 1 Pzp i *ratio legis* całego przepisu art. 439 ustawy Pzp z uwagi na to, że spełnienie przesłanek waloryzacji, które wskazane zostały w § 17 wzoru umowy, nie będzie skutkować powstaniem roszczenia strony o zmianę umowy. Tymczasem zmiana wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powinna następować obowiązkowo (po spełnieniu przesłanek wskazanych w umowie), a nie być zależna od woli drugiej strony, co do dokonania zmiany umowy, jak jest obecnie w dokumentacji Postępowania.

24. Jak podkreśla Urząd Zamówień Publicznych Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego (zob. [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-WUSTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-WUSTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf)). Klauzule waloryzacyjne w obecnych czasach destabilizacji rynku, która nastąpiła z uwagi na konflikt zbrojny na Ukrainie oraz wprowadzenie sankcji na Rosję i Białoruś, mają niezwykle istotne znaczenie dla właściwego funkcjonowania rynku zamówień publicznych.
25. Wobec dynamiki zachodzących zmian zasadnym jest wprowadzenie zmiany wynagrodzenia od dnia zaistnienia sytuacji, która powoduje że wyższe koszty ponosi Wykonawca. Taka regulacja pozwoli stronom na elastyczne reagowanie i dostosowanie warunków umowy do realiów rynkowych. Podkreślenia wymaga aktualna sytuacja gospodarcza i polityczna, która powoduje, że na przestrzeni kwartałów dochodzi do zmian cen towarów, usług itp. Ponieważ od dnia złożenia oferty do dnia zawarcia umowy może upłynąć zgodnie z pierwotnie określonym terminem związania ofert 90 dni (kwartał) oraz dodatkowo termin ten może zostać przedłużony w wyniku trwania chociażby procedury odwoławczej, to konieczne jest ustalenie takich zasad, które pozwolą na urealnienie cen na etapie realizowania umowy a nie od miesiąca, w którym zostanie zawarty aneks do umowy przewidujący waloryzację wynagrodzenia.

26. Zamawiający nadużył przysługujące mu prawa do formułowania postanowień umownych w celu przeniesienia pełnego ryzyka wzrostu kosztów realizacji usługi w czasie trwania umowy na Wykonawcę, co jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c. i 5 k.c. Takie działanie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i narusza przepis art. 353<sup>1</sup> k.c. i 5 k.c. Jak zauważa się w doktrynie „w art. 353(1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Dodatkowo zgodność czynności prawnej z zasadami współzycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami zasady współzycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy”.<sup>1</sup>
27. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1283/20 „jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353 1 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).” Takie zachowanie Zamawiającego obserwujemy w przedmiotowej sprawie.
28. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności Odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy pzp ani k.c. lub braku waloryzacji w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w §17 wzoru umowy Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Należy podkreślić, że istotą zasady efektywności jest osiągnięcie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. best value for money. Czynności i zaniechania Zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W świetle powyższego za zasadny uznać należy postulat Odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej.

---

<sup>1</sup> Fuchs Bernadetta w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, art. 353-534, Wolters Kluwer Polska, 2018

29. Oczywistym jest, że wynagrodzenie umowne waloryzowane powinno być „odpowiednio”. W tym miejscu za aktualne należy uznać pojęcie "odpowiedniej zmiany wynagrodzenia" ustalone w orzecznictwie KIO do art. 142 ust. 5 uprzednio obowiązującej ustawy pzp, gdzie zarówno Prezes UZP jak i utrwalona linia orzecznicza Izby podawała, że za odpowiednią zmianę wynagrodzenia należy przyjąć taką zmianę, która dostosowuje wprost proporcjonalnie wynagrodzenie wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację zamówienia w związku z zaistnieniem okoliczności niezależnych od stron umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazuje utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej "zmiana wynagrodzenia powinna być "adekwatna", wynikająca wprost z zaistniałej zmiany kosztów, przy czym owa odpowiedniość powinna być rozumiana jako „suma wzrostu kosztów” realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji powyższego nie można przyjąć, że klauzula waloryzacyjna określona w SWZ przez Zamawiającego jest prawidłowa i realizuje obowiązek ustawowy, jaki nakłada na Zamawiającego art. 439 ustawy pzp.
30. Konieczność stosowania realnych, gwarantujących realizację obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 439 ustawy Pzp klauzul waloryzacyjnych, potwierdza także orzecznictwo KIO. Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-01-05 w sprawie KIO 3600/21 Izba „nakazała Zamawiającemu obniżenie poziomu średniej arytmetycznej ogłaszanych przez Główny Urząd Statystyczny miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych uprawniającej strony do żądania zmiany wynagrodzenia oraz podwyższenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w takim zakresie, który pozwoli na zachowanie ekwiwalentności świadczeń obu stron umowy w okresie jej realizacji. Za okoliczność notoryjną uznano, że choć aktualnie notowana inflacja jest na poziomie najwyższym od ponad 20 lat, nie można wykluczyć, że nie ulegnie dalszemu zwiększeniu, a tym bardziej nie wiadomo, jak się będzie kształtowała za rok czy za dwa, trzy, cztery czy pięć lat. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne. (..) Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia

przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9]. Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe Wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewni należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. **Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy**". Odwołujący, w pełni zgadza się z argumentacją Izby wyrażoną w zacytowanym orzeczeniu – jednocześnie wskazuje, że okoliczności wynikające z niemożliwej do przewidzenia w dalszym rozwoju sytuacji geopolitycznej, która bezpośrednio ma przełożenie na ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, potwierdzają zasadność wprowadzenia odmiennej niż ta, która jest w §17 wzoru umowy regulacji pozwalającej na waloryzację wynagrodzenia w oparciu o zawnioskowaną przez odwołującego zmianą tych postanowień SWZ. Skoro, bowiem prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, to stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest w pełni uzasadnione.

**Ad. zarzut nr 4 - brak postanowień umownych umożliwiających dostosowanie umowy do zmian spowodowanych wejściem w życie systemu kaucyjnego**



1. Odwołujący, aby nie powtarzać argumentacji dot. systemu kaucyjnego i konsekwencji w tym miejscu przywołuje treść uzasadnienia do zarzutu 1 i 2 powyżej. Z pełną świadomością występującą po stronie Zamawiającego jak i Wykonawców system kaucyjny doprowadzi do sytuacji „zachęty finansowej” (kaucji), która premiować będzie i zwiększy poziom selektywnego zbierania odpadów z tworzyw sztucznych i szkła, a także spowoduje, że odpady te nie będą zbierane razem z innymi odpadami komunalnymi oraz, że gminy będą mogły wliczyć do swoich sprawozdań dotyczących tzw. poziomów recyklingu odpady odebrane w ramach systemu kaucyjnego.
2. W postanowieniach dokumentacji przetargowej, w tym przede wszystkim w postanowieniach projektu umowy, brak jest wskazania regulacji, pozwalającej na dostosowanie umowy do nowych, z pewnością odmiennych niż w chwili składania ofert, realiów wykonania umowy spowodowanych systemem kaucyjnym.
3. Pewnym jest, że wykonawca, po wejściu w życie systemu kaucyjnego, odbierze mniej odpadów komunalnych (mniej odpadów trafi do tzw. żółtego i zielonego pojemnika). Z uwagi na fakt, że wynagrodzenie wykonawca otrzymuje za każdy 1 Mg odebranych odpadów – z uwagi na zmniejszenie ilości odpadów – zmniejszy się wielkość przedmiotu zamówienia, OPZ co spowoduje konieczność zmiany organizacji świadczenia usługi tak, aby dostosować narzędzia, sprzęty, ilość pracowników, pojazdów itp. Dodatkowo, ze strumienia odpadów wyłączone zostaną odpady o wysokiej wartości, nadające się do recyklingu (PET, opakowania szklane), co obniży przychody wykonawcy realizującego umowę. W chwili obecnej nie jest jednak możliwe wykazanie, udowodnienie, czy choćby uprawnienie wystąpienia konsekwencji Nowelizacji u.g.o. dla niniejszego zamówienia, dlatego Zamawiający powinien wprowadzić mechanizmy, które będą umożliwiały dostosowanie treści umowy do realiów prawnych i gospodarczych, które zaistnieją w okresie realizacji zamówienia.
4. Z treści art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp art. 439 ust. 1 Pzp wynika obowiązek obciążający Zamawiającego do wprowadzenia przesłanek do zmiany umowy, które są precyzyjne, jednoznaczne, określają rodzaj i zakres zmian oraz warunki wprowadzenia zmian, czego Zamawiający zaniechał.
5. Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zgodny z zasadą przejrzystości postępowania, a ta wymaga, aby wydatkując środki publiczne, Zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Brak regulacji pozwalającej na dostosowanie sposobu wykonania umowy i wynagrodzenia za to, powoduje wzrost ryzyk wykonania umowy, a zatem w sposób sztuczny pompuje cenę ofert jakie otrzyma Zamawiający. Zatem także zasada efektywności jest naruszona poprzez brak odpowiedniej regulacji w postanowieniach umowy.
6. Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający poprzez takie zaniechanie dopuścił się naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp i doprowadził do sytuacji, w której zdaje sobie sprawę, że umowa będzie inaczej realizowana niż określił to w opz, a mimo to nie wprowadził do umowy możliwości jej dostosowania i zapewnienia sobie i wykonawcom bezpiecznej realizacji usługi i obniżenia kosztów. W konsekwencji powyższego doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób



naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Wprowadzenie systemu kaucyjnego od 1 stycznia jest faktem, z którym Zamawiający musi się liczyć podczas realizacji obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert. Każdy wykonawca inaczej wyceni ryzyko wynikające z wejścia w życie systemu kaucyjnego. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 22 września 2020 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2065/20 „Zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.** Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez **maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia.** Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie sprostą temu wymogowi.

Mając powyższe na uwadze, niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne.

Wioleta Hucal

Adwokat

#### Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) KRS Odwołującego;

- 4) dowód uiszczenia wpisu;
- 5) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.