

Wrocław, dnia 24.10.2025 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17 a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: **FCC TARNOBRZEG SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ**
ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg, KRS **0000225201**

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

adres do doręczeń: ECO LEGAL Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych
Sky Tower, ul. Gwiazdzista 66/12/B.04, 53-413 Wrocław
numer telefonu: +48 783 600 593
e-mail: w.hucal@ecolegal.pl

Zamawiający: **Miasto Tarnobrzeg reprezentowana przez Prezydenta Miasta Tarnobrzega**

Adres do doręczeń: ul. Kościuszki 32, 39-400 Tarnobrzeg, tel. 015 822 65 70, adres mailowy: zampub@um.tarnobrzeg.pl

Dotyczy: postępowania pod nazwą „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnobrzega odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”, Znak sprawy BZP-I.271.59.2025, Numer publikacji ogłoszenia w Dzienniku UE: OJ S 197/2025, data publikacji: 14.10.2025, dalej: „Postępowanie”.

ODWOŁANIE

Działając imieniem **FCC TARNOBRZEG 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”, „wzór umowy” 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 ustawy pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 433 pkt. 2 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 417 w zw. z art. 387 § 1 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. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy 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 §16 ust. 2 pkt 18 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 **ze wskazaniem, że naruszenie przepisu polega na tym, że w takim przypadku Zamawiający obarczył wykonawcę całkowitą odpowiedzialnością za osiągnięcie poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. pod rygorem nałożenia kary umownej, co świadczy to o nałożeniu kary umownej w oderwaniu od okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.) oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy pzp.** Ponadto z uwagi na fakt, że:
 - a) poziomy recyklingu liczone są dla Zamawiającego z wielu różnych źródeł, z których jednym tylko jest umowa jaka ma być realizowana w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu, rażącym naruszeniem zasady proporcjonalności jest ustanowienia kary umownej liczonej od całości kary jaką ma zapłacić Zamawiający, a nie tylko od tej części strumienia odpadów, która stanowi przedmiot umowy
 - b) 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 od 1 października 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. Wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, a przekłada się on na możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu przez Wykonawcę;
 - c) istnieje problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” – największa grupa odpadów w całym strumieniu – około 60% to odpady zmieszane, z których możliwe jest odzyskanie ok 2-3%;

- d) mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
 - e) Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;
 - f) 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 w §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy obowiązek zapłaty kary umownej za niewykonanie obowiązku spoczywającego de facto na gminie a dot. osiągnięcia rocznych poziomów recyklingu w sposób niemożliwy do zrealizowania przez wykonawcę, a do tego na podstawie postanowień §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy ustanowił kary umowne za niewykonanie tego obowiązku w sposób rażąco wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ustanowił obowiązek zapłaty kary umownej za okoliczności, za które Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności, co stanowi naruszenie art. 433 pkt 2,3 ustawy pzp w zw. z art. 471 k.c. oraz równowagi kontraktowej stron umowy oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego art. 5 k.c., co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty. Już tylko zestawienie określonego w §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy opisu kary umownej w zestawieniu z obowiązkiem określonym w § 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy oraz z znanym Zamawiającemu na zasadzie faktu notoryjnego stanu faktycznego, zgodnie z którym nie jest możliwe osiągnięcie poziomów recyklingu (dane z poprzednich lat), powoduje, że wykonawca obciążany został odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę powstanie nawet przy dochowaniu przez wykonawcę najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niezależnych od Wykonawcy, co czyni zaskarżone postanowienia dokumentacji przetargowej nieproporcjonalnymi do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 387 § 1 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a skoro nie jest możliwe osiągnięcie poziomów recyklingu – to w tym zakresie postanowienie umowne jest nieważne;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny):

2. naruszenie przepisu art. 433 pkt 2, 3 ustawy pzp w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu tj. postanowień §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy, bez uwzględnienia przez Zamawiającego okoliczności takich jak, to że:

- a) poziomy recyklingu liczone są dla Zamawiającego z wielu różnych źródeł, z których jednym tylko jest umowa jaka ma być realizowana w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu,

rażącym naruszeniem zasady proporcjonalności jest ustanowienia kary umownej liczonej od całości kary jaką ma zapłacić Zamawiający, a nie tylko od tej części strumienia odpadów, która stanowi przedmiot umowy

- b) 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 od 1 października 2025 roku obowiązuje 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. Wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, a przekłada się on na możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu przez Wykonawcę;
- c) istnieje problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” – największa grupa odpadów w całym strumieniu – około 60% to odpady zmieszane, z których możliwe jest odzyskanie ok 2-3%;
- d) mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
- e) Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;
- f) 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 – wysokich wymagań recyklerów co do odpadów podlegających recyklingowi,

Na wszystkie te okoliczności wykonawca nie ma wpływu (poza podejmowaniem akcji zachęcających mieszkańców do prawidłowej segregacji, których skuteczność jest ograniczona), a mimo to Zamawiający obarczył wykonawcę całkowitą odpowiedzialnością za osiągnięcie poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. pod rygorem nałożenia kary umownej. **Świadczy to o nałożeniu kary umownej w oderwaniu od okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.) czyli o jednoczesnym naruszeniu art. 433 pkt 2,3 ustawy pzp.** W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;

3. **art. 240 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 17 ustawy w zw. z art. 9z ust. 2a pkt 1 i art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 13 września 1996r., Dz.U. z 2024 r. poz. 399) - dalej: "UCPG"** - przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, ponieważ przedmiot zamówienia dotyczy realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, nie zaś

osiągnięcia poziomów recyklingu. Osiągnięcie poziomów recyklingu, zgodnie z przepisami UCPG, jest obowiązkiem własnym Zamawiającego. Tymczasem kryterium oceny ofert w postaci wysokości kary umownej za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „poziomów recyklingu”) nie ma istotnego związku ze świadczeniem, które Zamawiający nabędzie w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego Postępowania. Co więcej tak ustalone kryterium nie wpływa na jakość świadczonych usług, bowiem Wykonawca ma jedynie marginalny wpływ na osiągnięty poziom recyklingu, podczas gdy to Zamawiający posiada narzędzia w jakie wyposażył Zamawiającego Ustawodawca, które mają bezpośrednie przełożenie na zwiększenie szansy na osiągnięcie poziomów recyklingu w postaci np. do np. prawa do nakładania mandatów na mieszkańców, którzy nie segregują odpadów. Brak wpływu Wykonawcy na osiągnięty poziom recyklingu wyłącza możliwość podniesienia jakości świadczenia usługi za pomocą tak ustalonego kryterium oceny ofert jak kara umowna za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Wysokość tej kary nie ma działania motywującego, stymulującego Wykonawcy do podnoszenia jakości świadczenia usługi, bowiem nie jest to narzędzie zdadne do wpływu na jakość świadczenia usług. Z tych powodów, Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami pzp dokonał ustalenia kryterium oceny ofert w postaci „kryterium środowisko” o wadze 20%, ponieważ tak ustalone kryterium nie zagwarantuje mu, że wybór oferty najkorzystniejszej odpowiadał będzie uzasadnionym interesom i potrzebom Zamawiającego oraz nie wpłynie na jakość świadczonych usług jakimi są odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców. Ponadto, nie jest to kryterium środowiskowe – nie ma bowiem realnego przełożenia np. na obniżenie emisji spalin podczas wykonywania przedmiotu zamówienia, nie ma także żadnego innego dobroczynnego wpływu na środowisko podczas realizacji umowy w wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego;

lub ewentualnie gdyby zarzut 3 nie został uwzględniony:

4. **art. 240 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 17 i art. 16 ustawy w zw. z art. 9z ust. 2a pkt 1 i art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 13 września 1996r., Dz.U. z 2024 r. poz. 399) - dalej: "UCPG"** przez ukształtowanie w rozdziale VI pkt. 6 – 6.2 SWZ wymogu złożenia wraz z ofertą sprawozdań za rok 2024 o odebranych odpadach komunalnych, pomimo, że dostęp do tych dokumentów jest niczym nieograniczony i powszechny poprzez ich publikację w systemie BDO, co stanowi o nadmiernym i nieproporcjonalnym warunku zamówienia w stosunku do jego przedmiotu;
5. **art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 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 §18 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy - klauzuli waloryzacyjnej, zgodnie z którą:
 - 1) maksymalna nominalna wartość zmiany wynagrodzenia dopuszczona przez Zamawiającego w efekcie zastosowania postanowień niniejszego punktu wynosi 10% wynagrodzenia ofertowego,
 - 2) waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o komunikaty w sprawie przeciętnego wynagrodzenia w poprzednim kwartale, o których mowa art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia

1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. W przypadku, gdyby komunikaty, o których mowa w zdaniu poprzednim przestały być dostępne (publikowane), zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone komunikaty publikowane przez Prezesa GUS,

- 3) strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie wtedy, gdy wynagrodzenie ogłoszone w komunikatach, o których mowa w lit. g spadnie lub wzrośnie o co najmniej 10 % - porównując wynagrodzenie za kwartał poprzedzający dzień złożenia wniosku o waloryzację z wynagrodzeniem za kwartał, w którym została zawarta umowa,
- 4) wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony nie wcześniej niż 7 miesięcy od dnia zawarcia umowy,
- 5) Zamawiający określa maksymalną, dopuszczalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia, w wyniku zastosowania postanowień na poziomie 5% ceny wybranej oferty;
- 6) nie wskazano od kiedy waloryzacja wynagrodzenia będzie obowiązywać, podczas, gdy takim momentem powinien być moment, od którego Wykonawca ponosi wyższe koszty wynagrodzenia;
- 7) Zamawiający w taki sposób ukształtował klauzulę waloryzacyjną, że nie wynika z jej treści obowiązek przeprowadzenia waloryzacji – a jedynie jak napisał Zamawiający: „przewiduje” zmiany – 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;

W konsekwencji powyższego waloryzacja będzie możliwa, jeżeli poziom wskaźnika ustalonego w oparciu o komunikaty w sprawie przeciętnego wynagrodzenia w poprzednim kwartale, o których mowa art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego przekroczy 10% porównując wynagrodzenie za kwartał poprzedzający dzień złożenia wniosku o waloryzację z wynagrodzeniem za kwartał, w którym została zawarta umowa, co powoduje, że klauzula waloryzacyjna w normalnych realiach, zgodnie ze znanymi w chwili ogłoszenia Postępowania prognozami gospodarczymi, nie będzie mogła być zastosowana. Zatem tak ustalony poziom wskaźnika czyni postanowienia w §18 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy postanowieniami pozornymi. 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,

- 6. naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 99 ustawy pzp** poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, polegającą na nie odebraniu odpadów komunalnych w terminie ustalonym w harmonogramie ich odbierania w wysokości 0,1% maksymalnego wynagrodzenia umownego tj. postanowień § 16 ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy, w wysokości rażąco wysokiej, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

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 § 16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy;
2. W zakresie zarzutu nr 3 – nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień rozdziału XV SWZ dot. Kryterium środowiskowego 1.
3. W zakresie zarzutu nr 4 – nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień rozdziału VI pkt. 6 – 6.2 SWZ oraz pozostałych powiązanych z tymi postanowieniami;
4. W zakresie zarzutu nr 5 – Nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień §18 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy wykonawczej, tak aby odpowiadała następującym warunkom:
 - 1) Ceny jednostkowe, określone w ofercie Wykonawcy, w czasie trwania Umowy, podlegać będą waloryzacji o wysokość wskaźnika inflacji za kwartał poprzedni, przy czym jako poziom inflacji w odniesieniu, do którego ustalany będzie wzrost wskaźnika ustala się poziom z ostatniego kwartału 2025 r., opublikowany w Monitorze Polskim przez Prezesa GUS. Każdorazowo, gdy wysokość wskaźnika przekroczy 2% w stosunku do wskaźnika z ostatniego kwartału 2025 r. a następnie do wskaźnika z kwartału, w którym doszło do powstania podstawy do waloryzacji, Strony umowy zachowują prawo do kierowania wniosku o waloryzację. Ustalenie czy doszło do wzrostu wskaźnika wynikać będzie z ustalenia różnicy pomiędzy wskaźnikiem inflacji za ostatni kwartał 2025 r., a po pierwszej waloryzacji, wynikać będzie z ustalenia różnicy pomiędzy wskaźnikiem inflacji z kwartału ostatniej waloryzacji a wartością 2%. Pierwsza waloryzacja nastąpić będzie mogła po upływie pierwszych 3 miesięcy realizacji Umowy.
 - 2) Zrewaloryzowane ceny jednostkowe obowiązywać będą od pierwszego dnia następnego miesiąca po urzędowym ogłoszeniu wskaźnika inflacji w Monitorze Polskim i wprowadzone zostaną aneksem do Umowy.
 - 3) Wykonawca jest zobowiązany do wystąpienia pisemnego o wprowadzenie waloryzacji. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w § 18 Umowy.
 - 4) Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia to 20% wysokości wynagrodzenia netto.

- 5) Wykonawca jest zobowiązany do składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia w okresach miesięcznych. 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. Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania powyższej zmiany w terminie do 30 dni od dnia.
 - 6) 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. Odmowa wyrażenia zgody na waloryzację wymaga szczegółowego uzasadnienia faktycznego na piśmie.
5. W zakresie zarzutu nr 6 – nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień §16 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy;

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 14.10.2025 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 1 i 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. 433 pkt 2, 3 ustawy pzp: **„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; 3)**

odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”

6. Zgodnie z art. 353¹ 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.
7. Zgodnie z art. 471 k.c. **„Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”**.
8. 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:
 - 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.
9. 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.
10. 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).
11. W § 3 ust. 1 pkt 7 oraz w ust. 2 i 3 SWZ Zamawiający podał, że *„Do podstawowych obowiązków Wykonawcy w szczególności należy: Odbiór, przyjęcie i przygotowanie do dalszego*

zagospodarowania odpadów i przekazanie ich do przygotowania do ponownego użycia lub recyklingu zapewniającego możliwość zaliczenia masy odpadów do łącznej masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i recyklingu. Zamawiający oczekuje od Wykonawcy maksymalnego wykorzystania selektywnie zebranych odpadów w postaci ich recyklingu.

Wykonawca jest zobowiązany prowadzić odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami umożliwiającymi osiągnięcie:

- 1) poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła określonych w rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530) – dalej „rozporządzenie w sprawie poziomów recyklingu”;
- 2) poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonego w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 roku w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz. U. z 2017 r., poz. 2412).

Wykonawca jako wyspecjalizowany podmiot gospodarczy, realizując na zlecenie Zamawiającego zadania obejmujące odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, zobowiązany jest w zakresie odpadów odbieranych w ramach niniejszej umowy, do osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych na poziomie wskazanym w art. 3b. ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w okresie obowiązywania umowy”.

12. W § 16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy Zamawiający podał:

„Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na potrącenie kary umownej z kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 2 umowy w następujących przypadkach i w następującej wysokości: za nieosiągnięcie w okresie wskazanym w § 5 poziomu recyklingu, o którym mowa w § 3 ust. 2 i 3 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną liczoną w następujący sposób:

$$P \text{ osiągnięty} = Mr/Mw * 100\%$$

Mr – łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażona w Mg

Mw – łączna masa wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażona w Mg

Jeżeli P osiągnięty w danym okresie jest mniejszy niż P wymagany Zamawiający wyliczy karę dla Wykonawcy w sposób opisany poniżej:

$$Mr1 = P \text{ wymagany} * Mw/100\%$$

Mr1 – łączna masa odpadów komunalnych która powinna być przygotowana do ponownego użycia i poddana recyklingowi, wyrażona w Mg

$$R = Mr1 - Mr [Mg]$$

R – różnica pomiędzy masą odpadów komunalnych, która powinna być przygotowana do ponownego użycia i poddana recyklingowi, wyrażona w Mg, a masą odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażona w Mg

$$K = R * S \text{ [zł]}$$

K – wysokość kary za nieuzyskanie poziomu

S – 50% jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 6 sierpnia 2025 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2026 (M. P. z 2025 r. poz. 769);”.

13. W odniesieniu do postanowień §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy Odwołujący podaje, że Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia dokumentacji Postępowania, że nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przeniósł na Wykonawcę 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 Sądu Okręgowego ds. Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego Wykonawca wnosi o usunięcie postanowień §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy, podając ku temu następujące uzasadnienie:
14. **W dniu 15 października 2025 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał precedensowy wyrok o sygn. XXIII Zs 96/25, w którym całkowicie zgodził się ze stanowiskiem, jakie prezentuje w niniejszym odwołaniu Odwołujący tj., że:**
- 1) **osiągnięcie poziomu recyklingu odpadów na poziomie 55% w 2025 r. (i większych w kolejnych latach) jest niemożliwe, co wykazały dowody w sprawie w postaci analizy stanu gospodarki odpadami za poprzednie lata ;**
 - 2) **wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady wytworzą Mieszkańcy Tarnobrzega i jak je posegregują;**
 - 3) **to Gmina ma wpływ na selektywną zbiórkę odpadów, przede wszystkim poprzez edukację, ale i inne narzędzia, w które wyposaża ją ustawa,**
- i w konsekwencji Sąd nakazał usunięcie z postanowień umowy takich klauzul, które nakładają na Wykonawcę obowiązek zapłaty kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu.**
- a ponadto:
15. Zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 1.10.2025 r. w sprawie o sygn.. KIO 3510/25 Izba wyraźnie podaje: „Mając to na względzie, Izba po zapoznaniu się ze stanowiskami zaprezentowanymi przez Strony oraz zebrany materiał dowodowy, w tym w szczególności w postaci dokumentu pn. „Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi w Gminie Pilchowice za rok 2024”, doszła do przekonania, że wymagany przez Zamawiającego poziom recyklingu w wysokości 56% w 2026 r. i 57 % w 2027 r. nie będzie możliwy do osiągnięcia przez wykonawcę. Z przedłożonego przez Odwołującego dowodu bezsprzecznie wynika, jakie poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych osiągał Zamawiający w latach 2012-2024. Należy

odnotować, że w zaprezentowanym okresie, jedynie w 2023 r. osiągnięto poziom przekraczający 50%, tj. 50,52%, natomiast w ubiegłym roku poziom ten był niższy i wyniósł 49,27%. Z oczywistych względów nie jest znany na moment rozpoznania odwołania poziom, jaki osiągnie Zamawiający w 2025 r. Tym niemniej, w ocenie Zamawiającego nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomu recyklingu w wysokości 56% w 2026 r. i 57% w 2027 r. (sankcjonowanego karami umownymi za jego nieosiągnięcie) jest realnie postawionym wymogiem o proporcjonalnym charakterze. Jednakże w ocenie składu orzekającego Zamawiający oczekuje osiągnięcia przez wykonawcę poziomów, których samodzielnie nie był dotychczas osiągnąć na przestrzeni ostatnich parunastu lat. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, osiągniętemu w 2024 r. poziomowi do spełnienia wymogów na lata 2026-2027 nie brakuje „zaledwie 1,1 punktu procentowego”, a odpowiednio 6,73 i 7,73 punktów procentowych (co zresztą w3589 dok. uzasadnienie trakcie rozprawy potwierdził pełnomocnik Zamawiającego, korygując wartość podaną w odpowiedzi na odwołanie). Nie można więc mówić w tym przypadku o minimalnej różnicy. Najistotniejszym jest jednak to, że brak jest jakiegokolwiek dowodu ze strony Zamawiającego, że wymagany poziom na lata 2026 i 2027 może zostać osiągnięty. (...) Podsumowując powyższe rozważania, argumentacja Odwołującego, a w szczególności przedstawiony materiał dowodowy potwierdzają, że zobowiązanie nie jest możliwe do wykonania, co wskazuje na pierwotną niemożność świadczenia na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie recyklingu. Sam Zamawiający jak wynika z odpowiedzi na odwołanie jest świadomy, że obecnie niemożliwym jest oszacowanie zmniejszenia odpadów łatwych do recyklingu w wyniku uruchomienia systemu kaucyjnego, w wyniku czego ograniczył zakres odpowiedzialności wykonawcy ze 100% do 70%. Zdaniem Izby, takie obniżenie nie zmienia okoliczności, że na wykonawcę wciąż zostanie nałożona kara w istotnym stopniu za niewykonanie obowiązku, który realnie nie jest możliwy do wykonania”. Powyższe orzeczenie Izby Odwołujący w tym miejscu wskazuje jako uzasadnienie własne do wykazania zasadności zarzutu nr 1 i nr 2.

16. Ponadto zgodnie z art. 387 § 1 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a skoro nie jest możliwe osiągnięcie poziomów recyklingu – to w tym zakresie postanowienie umowne wskazane w § 16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy jest nieważne.
17. Zgodnie z art. 433 ustawy pzp postanowienia umowne nie mogą być kształtowane w sposób rażąco nieproporcjonalny, odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy powinna kształtować się stosownie do odpowiedzialności tego Wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Gmina nie może przerzucać na Wykonawcę ryzyk, za okoliczności na jakie nie ma wpływu wykonawca. W ocenie Odwołującego, są to założenia i cele w oczywisty sposób sprzeczne z prawem, gdyż prowadzą do całkowitej utraty przez Gminę zainteresowania podejmowaniem przez ich ograny działań w zakresie osiągania wymaganych poziomów recyklingu, m.in. działań edukacyjnych, działań propagujących należyłą segregację, działań organizacyjnych i działań sankcyjnych względem mieszkańców nierealizujących obowiązku selektywnej zbiórki odpadów. Zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z prawidłowym wykonaniem zamówienia publicznego przez Wykonawcę,

albowiem przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu – a wykonanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy (niezależnie od tego jakie odpady są przez mieszkańców oddawane, mają być odebrane i zagospodarowane w całości). Regulacja art. 433 pkt 2, 3 ustawy pzp jest przeniesieniem na grunt ustawy pzp ogólnej zasady odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, która wynika z art. 471 k.c. Zgodnie z tym przepisem dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest **następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi**. Nieosiągnięcie poziomów nie może być uznane za następstwo okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność stanowi bowiem następstwo czynników zewnętrznych zależnych od Gminy i osób trzecich, w szczególności właścicieli nieruchomości, z których odbierane będą odpady. Odwolujący zatem wskazuje, że postanowienia §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy stanowią rażące naruszenie przepisów art. 433 pkt 2, 3 ustawy pzp w zw. z art. 471 k.c. Ustanowienie w umowie kar umownych nie powoduje zmiany zasad ponoszenia przez Wykonawcę odpowiedzialności odszkodowawczej, a jedynie uproszczenie dochodzenia odszkodowania poprzez zdjęcie z wierzyciela obowiązku wykazania konkretnej wartości szkody. Wykonawca nie powinien być obciążany karami umownymi, skoro nienależyte wykonanie zobowiązania (nieosiągnięcie poziomów) jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponoszą w szczególności sama gmina i jej mieszkańcy.

18. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nakłada obowiązki w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu na gminy i to gminy ustawodawca wskazuje jako podmioty, które mają ponosić odpowiedzialność za nieosiągnięcie poziomów. Zgodnie z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: UCPG) **to Gmina ponosi ustawową odpowiedzialność za nieosiągnięcie przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.** Ustawa nie przewiduje możliwości „przerzucenia” ani obowiązków, ani odpowiedzialności na inne podmioty, w tym wykonawców. Wprowadzanie w umowach postanowień o karach umownych równych karom administracyjnym wynikającym z ww. ustawy stanowi zatem jej obejście i jako takie jest nieważne po myśli art. 58 § 1 k.c.
19. W Wyroku KIO z dnia 13.03.2025 r. w sprawie KIO 719/25 Izba podała, że kształtowanie takiej odpowiedzialności jak to uczynił w tym przypadku Zamawiający jest niezgodne z art. 433 ustawy pzp. Izba bowiem napisała w uzasadnieniu wyroku: *„Zgodnie z art. 433 pkt 3 ustawy pzp: projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. (...) Zamawiający nakładając karę umowną w wysokości określonej w § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy nie uwzględnił wyżej wskazanych okoliczności takich jak: brak prawidłowego segregowania odpadów przez wielu mieszkańców, co skutkuje wysokim wskaźnikiem odpadów odbieranych jako zmieszane, brak dostępu wykonawcy do odpadów nie objętych przedmiotem zamówienia i odpadów, które trafiają do systemu kaucyjnego, wysokie wymagania recyklerów co do odpadów podlegających recyklingowi, a także sposób obliczania poziomu recyklingu. Na wszystkie te okoliczności*

wykonawca nie ma wpływu (poza podejmowaniem akcji zachęcających mieszkańców do prawidłowej segregacji, których skuteczność jest ograniczona), a mimo to Zamawiający obarczył go całkowitą odpowiedzialnością za osiągnięcie poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. pod rygorem nałożenia kary umownej. Świadczy to o nałożeniu kary umownej w oderwaniu od okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.)”.

20. Ponadto, mając na uwadze Wyrok KIO z dnia 18.06.2025 r. w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach KIO 1081/25, KIO 1083/25, gdzie Izba po dogłębnym zbadaniu problemu analogicznych postanowień jak w przypadku tego Postępowania, **nakazała Zamawiającemu: „zmianę wymagania w zakresie obowiązku wykonawcy osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz sposobu ustalenia kary umownej za nieosiągnięcie tego poziomu — przez dostosowanie tego wymagania oraz kary do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności zamawiającego za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów”.** Powyższe rozstrzygnięcie Izby zapadło wobec stwierdzenia, które Odwołujący przywołuje w tym Postępowaniu jako adekwatne, tj., że świadczeniem niemożliwym jest ustalenie w OPZ i w umowie, że Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia poziomu recyklingu w roku 2026-na terenie miasta Tarnobrzega na poziomie 56% . Świadczenie to jest obiektywnie niemożliwe – każdy z potencjalnych Wykonawców nie jest w stanie osiągnąć poziomu recyklingu na tak wysokim poziomie, takiego poziomu. W konsekwencji powyższego ustanowienie kar umownych przez Zamawiającego we wzorze umowy za nieosiągnięcie niemożliwego do osiągnięcia poziomu recyklingu, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy pzp oraz kc wskazanych w zarzucie nr 1 niniejszego odwołania i jako takie musi być usunięte. W tym miejscu Odwołujący wnioskuję o załączenie do akt niniejszej sprawy – opinii eksperckich przedłożonych w toku postępowania odwoławczego do akt sprawy KIO 1081/25, KIO 1083/25.
21. Zamawiający ma świadomość braku możliwości osiągnięcia ustawowych poziomów recyklingu i dlatego zobowiązany jest do ustalenia warunków umownych w sposób uwzględniający obowiązek współdziałania wynikający z art. 431 ustawy. W tym miejscu Odwołujący powołuje się na Wyrok z dnia 28.10.2024 r. w sprawie o sygn. KIO 3638/24, w którym KIO podało: „zamawiający samodzielnie nie jest w stanie osiągnąć wymaganych ustawowo poziomów, a oczekuje, że taki poziom osiągnie wykonawca, któremu to zadanie powierza. O ile KIO nie neguje możliwości nałożenia na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu wynikających z ustawy, bo zamawiający ma prawo powierzyć zadanie publiczne innemu podmiotowi, a w tym zakresie przenieść na ten podmiot ciężące na nim obowiązki, to jednak zamawiający ma szerszy wachlarz odpadów, które pozwalają mu osiągać poziom recyklingu co wynika z par. 3 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych z dnia 3 sierpnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530), bowiem w przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne: 1) odebrane z terenu danej gminy

zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne. Co więcej jak słusznie podnosił odwołujący zamawiający ma szerszą niż wykonawca możliwość wpływu na podniesienie jakości segregacji przez mieszkańców, czy to przez nakładania mandatów za nieprawidłową segregację, czy prowadzenie akcji edukacyjnych. A mimo to nie był w stanie osiągnąć nawet poziomu 35%, a chce aby poziom 55% osiągnął wykonawca. Oczywiście w umowie zamawiający może zawrzeć postanowienia służące dyscyplinowaniu wykonawcy do wykonywania usługi na jak najwyższym poziomie jakości, w tym dążenia do osiągnięcia celów ustawowych. Natomiast w tej sprawie materiał dowodowy pokazuje, że to zobowiązanie nie jest możliwe do wykonania, co w ocenie KIO bardziej niż przywołane przez odwołującego przepisy wskazuje na pierwotną niemożność świadczenia na oczekiwanym przez zamawiającego poziomie jakości, czego ma świadomość zamawiający. W ocenie KIO zatem jeśli dokonać odesłania przez art. 8 ust. 1 ustawy do przepisów kodeksu cywilnego to ten stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 387 §1 kc. Z tego względu KIO nakazała zamawiającemu usunięcie par. 11 ust. 1 - 3 i par. 14 ust. 1 PPU. Zamawiający obowiązek dążenia do osiągnięcia poziomów recyklingu powinien albo dostosować do faktycznie realnego poziomu, albo dostosować poziom kar nakładanych na wykonawcę, w taki sposób, aby dyscyplinowały wykonawcę i zachęcały do prawidłowej realizacji zamówienia, a nie karały za coś, co jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. KIO na podstawie art. 554 ust. 6 ustawy może wyłącznie nakazać wykreślenie tych postanowień umownych, pozostawiając zamawiającemu decyzję o tym, w jakim kierunku będzie dążył do umożliwienia wykonawcy realizacji tej umowy na realnym poziomie jakości”.

22. Ponadto, 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**".

23. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w postanowieniach §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej 50% karom pieniężnym, jakie mają być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), uzależnianie obowiązku zapłaty kary umownej od samego faktu jej nałożenia, w sytuacji, gdy Zamawiający w drodze postępowania administracyjnego może doprowadzić nawet do umorzenia kary, czyni działanie Zamawiającego naruszającym przepisy wskazane w zarzutach odwołania. Zgodnie z przepisami art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 189f § 1 pkt 1 k.p.a., Zamawiający może 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. Kara umowna jaką Zamawiający nałożył na Wykonawcę nie ma charakteru zmierzającego do naprawienia jakiegokolwiek szkody, ponieważ należna jest także w sytuacji gdy szkoda nie nastąpi. 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.
24. **Sytuacja Zamawiającego i wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie nie jest jednak taka sama.** Takie działanie Zamawiającego jest wyrazem naruszenia przepisów art. 433 pkt 2 i 3 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”.
25. Co więcej, nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający może nakładać na wykonawcę karę umowną za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, to kara ta nie może wynikać z innego zakresu niż ten, który odpowiada przedmiotowi zamówienia. Innymi słowy Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za to, że Zamawiający nie osiągnął poziomu recyklingu np., z terenów niezamieszkałych, czyli z obszaru, który nie stanowi przedmiotu zamówienia. Z tych powodów postanowienia §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co wprost narusza przepis art. 99 ust. 1 ustawy pzp.
26. **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**”. Zamawiający przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej 50% karom pieniężnym, jakie mogą być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Sytuacja Zamawiającego i wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie nie jest jednak taka sama. Powody wskazujemy poniżej, a wynikają one m. in. z:
27. 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). Od 1 października 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.**

28. 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;

29. 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 osiągane 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.

30. 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.

31. 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 obarczony jest pełną odpowiedzialnością za jego nieosiągnięcie. Wykonawca może jedynie dołożyć należytej staranności w celu osiągnięcia tych poziomów a polegać to może na skierowaniu odpadów do możliwie najnowocześniejszych instalacji.

32. Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że grupa niesegregowanych zmieszanych odpadów komunalnych zgodnie z OPZ oraz treścią formularza ofertowego stanowi ok. 50% strumienia odpadów. Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku, gdy ponad 50% strumienia odpadów odbieranych to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie około 3 do max. 9 %. 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. W sytuacji kiedy Wykonawca odbiera odpady selektywnie zbierane, które są w jakikolwiek sposób zanieczyszczone musi je odebrać jako odpady zmieszane, co dodatkowo powiększa ilość realnie koniecznych do odbioru odpadów jako odpady zmieszane
33. 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.
34. W związku z powyższym na mocy przywołanych w tym pytaniu argumentów stwierdzić należy, że postanowienia §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy obciążają ryzykiem zapłaty kary umownej za nieosiągnięcie przez Zamawiającego wymaganego poziomu recyklingu 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 i nie osiągnie na pewno ustalonego na poziomie 56 % w r. 2026, 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 §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i co za tym idzie, jest rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia §16 ust. 2 pkt 18 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.

35. 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.**
36. Ustanowienie kar umownych za nieosiągnięcie poziomu recyklingu w sposób dokonany przez Zamawiającego, wobec powyższego stanowi o naruszeniu przez niego swobody kontraktowej z art. 353¹ 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.

37. 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.
38. Kara umowna odpowiadająca 50% kary jaką jaka zostanie nałożona na Zamawiającego jest nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności Zamawiającego za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów. W tym miejscu

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z treścią „ANALIZY STANU GOSPODARKI ODPADAMI KOMUNALNYMI NA TERENIE MIASTA TARNOBRZEGA ZA 2024 ROKU” uzyskane poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. 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), Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 45% wagowo za rok 2024. **Uzyskany poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych przez Miasto Tarnobrzeg za rok 2024 wyniósł 26,45 %. Wymagany poziom nie został osiągnięty.** Stwierdzić zgodnie z powyższym należy, że **maksymalne możliwości osiągnięcia poziomu recyklingu przez Miasto Tarnobrzeg jako całość to około 27 %.** Zatem nie jest możliwe osiągnięcie poziomu jaki nakłada na podstawie postanowień umownych Zamawiający na Wykonawcę w wysokości 56%, w czasie trwania Umowy.

Dowód:

- „ANALIZA STANU GOSPODARKI ODPADAMI KOMUNALNYMI NA TERENIE MIASTA TARNOBRZEGA ZA 2024 ROK”.

39. Mając powyższe na uwadze tak skonstruowana kara umowna powoduje, że to na wykonawcy spoczywa całość odpowiedzialności za realizację obowiązku, który należy do Zamawiającego, a którym jest osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Dlatego ustanowienie w §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie poziomu recyklingu jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuwzględniające wskazanych powyżej okoliczności związanych z systemem gospodarki odpadami w gminie i realiami wykonywania umowy o zamówienie publiczne. Postanowienia umowne przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność kontraktową za nie jego czyny, stanowią klauzule abuzywne. Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonanie świadczenia umownego było możliwe, a skutki jego niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla Wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji dominującej i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego, jak i zasadom współżycia społecznego, w tym zasadom uczciwości obrotu oraz lojalności i zaufania względem kontrahenta.

40. **Konsekwencją powyższego jest konieczność wykreślenia kary umownej określonej w §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy.** Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt KIO 909/13 podała, że Wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia nakładającego na wykonawcę kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonania usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności ocenione zostać powinno, w świetle klauzuli generalnej ograniczającej wykonywanie praw podmiotowych oraz zasadę swobody umów poprzez odesłanie do zasad współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 i art. 353¹ k.c., za niewłaściwe.” Odnosząc

powyżej zacytowany fragment Wyroku KIO do kary umownej określonej w §12 ust. 1 lit. e wzoru umowy stwierdzić należy, że mamy do czynienia z ustanowieniem kary umownej za czyn, co do którego wykonawca nie może być uznany za winnego. Z tej właśnie przyczyny postanowienia §16 ust. 2 pkt 18 wzoru umowy powinny zostać usunięte.

41. Jak podkreśla się w orzecznictwie (wyrok Izby z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1277/16): „Co do samych kwestii naruszenia zasad uczciwości (czy też "dobrych obyczajów"), należy zwrócić uwagę, że zostają one co do zasady naruszone, kiedy dane działanie lub zaniechanie powoduje wśród wykonawców lub innych osób obserwujących przebieg procedury udzielania zamówienia poczucie, że dane postępowanie czy to zamawiającego, czy wykonawcy/wykonawców jest "nie fair", narusza wrodzone poczucie sprawiedliwości i nie powinno być dopuszczalne. Tym samym kwestie te są bardzo trudne do zdefiniowania, a każda definicja może być jedynie wtórna". Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy. Tym samym, sposób ukształtowania kar umownych, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c.
42. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, można stwierdzić, że w omawianej sprawie występują okoliczności, które uzasadniają powołanie przez Odwołującego w zarzucie także przepisu art. 5 k.c. Jak podkreśla się w orzecznictwie, norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współżycia społecznego. Zasady współżycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem, o jakie zasady współżycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi, oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zamawiający dopuszcza się, jak już wyżej wskazano, naruszenia uczciwości, sprawiedliwości kupieckiej, lojalności.
43. Odwołujący wskazuje również na obowiązek rzeczywistego zastosowania zasady efektywności. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że skutek niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, rzetelny wykonawca musi kalkulować w ofercie wystąpienie dodatkowego ryzyka, co oczywiście znacząco zwiększa cenę oferty. Uwzględnienie przedstawionych tu zarzutów pozwoli zatem na obniżenie poziomu cen w składanych ofertach.
44. W konsekwencji powyższego, doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 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.

Ad. zarzut nr 3 -kryterium Środowiskowe 1

1. 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: 56% wagowo - za rok 2026;
2. 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.
3. Zgodnie z postanowieniami rozdziału XV SWZ pkt 1.1 B), Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

Kryterium Środowiskowe 1		
2.	Wykazanie się poziomem przygotowania do ponownego użycia i recyklingu za rok 2024, który będzie wyznaczany dla wszystkich zebranych i odebranych ogółem odpadów z terenów gmin obsługiwanych przez Wykonawcę wpisanego do rejestru działalności regulowanej w tych gminach w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jako współczynnik ilości odpadów komunalnych poddanych recyklingowi do ilości wytworzonych odpadów komunalnych wyliczony zgodnie z wytycznymi zawartymi w Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych -waga 20% - jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał 45% lub więcej - uzyska 20 pkt. - jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał od 40 % do poniżej 45% - uzyska 15 pkt. - jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał od 35 do poniżej 40 % - uzyska 10 pkt. - jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał od 25% do poniżej 35% - uzyska 5 pkt. - jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał mniej niż 25% - uzyska 0 pkt	20 pkt

--	--	--

4. Zgodnie z art. 240 ustawy pzp Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. **Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.**
5. Zgodnie z art. 214 ustawy pzp Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.
6. Kryteria oceny ofert muszą zapewniać możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej. Będzie to możliwe, jeżeli będą się one odnosić do przedmiotu zamówienia, ich dobór będzie wynikać z uświadomionych potrzeb Zamawiającego, a także będą dawały możliwość skutecznej weryfikacji i porównania oferowanych rozwiązań. Kryterium „Wykazanie się poziomem recyklingu za rok 2024, który będzie wyznaczany dla wszystkich zebranych i odebranych ogółem odpadów z terenów gmin obsługiwanych przez Wykonawcę” ustanowione przez Zamawiającego nie jest związane z przedmiotem zamówienia. W uzasadnieniu projektu ustawy pzp wskazuje się, iż „mając na względzie podział kryteriów oceny ofert na cenowo-kosztowe oraz jakościowe, przy określaniu tych ostatnich za wątpliwe w kontekście powiązania z przedmiotem zamówienia należałoby uznać takie kryteria, które nie odnoszą się do jakości świadczenia wykonawcy, jak np. kryterium odnoszące się do terminu zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia wykonawcy”. Podobnym kryterium jest w ocenie Odwołującego kryterium dotyczące „Wykazania się poziomem recyklingu za rok 2024, który będzie wyznaczany dla wszystkich zebranych i odebranych ogółem odpadów z terenów gmin obsługiwanych przez Wykonawcę”, czyli za czynności, które nie stanowią istoty realizacji umowy. Osiągnięcie lub nie osiągnięcia poziomów recyklingu jest skutkiem ubocznym realizacji przedmiotu zamówienia i jak Odwołujący podał w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 i 2 odwołania (powyżej), które w tym miejscu Odwołujący przywołuje, by go nie powtarzać, jest niezależne od woli i działania Wykonawcy.
7. Ocena oferty przez pryzmat kryterium dotyczącego „Wykazania się poziomem recyklingu za rok 2024, który będzie wyznaczany dla wszystkich zebranych i odebranych ogółem odpadów z terenów gmin obsługiwanych przez Wykonawcę”, nie wnosi niczego do oceny jakości oferty, a samo kryterium ma *de facto* ma pozorne znaczenie. Dlatego ustanowienie kryterium oceny ofert w postaci „Wykazania się poziomem recyklingu za rok 2024, który będzie wyznaczany dla wszystkich zebranych i odebranych ogółem odpadów z terenów gmin obsługiwanych przez

Wykonawcę”, nie daje Zamawiającemu żadnego efektu. Przy tak wysokich poziomach recyklingu o okolicznościach opisanych w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 i 2 przez Odwołującego, ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, że Zamawiający w ramach tak ustanowionego kryterium nie uzyska świadczenia - usługi o wyższej jakości. Co więcej, tak ustalone kryterium nie dotyczy istotnego aspektu odbioru i zagospodarowania odpadów. Kryterium tak ustalone nie wpływa na realny sposób wykonania przedmiotu zamówienia, jest także **obojętne jeśli chodzi o efekty środowiskowe, kosztowe i jakościowe przy wykonywaniu umowy.**

8. Kryterium takie nie wpisuje się zatem w potrzeby Zamawiającego, który zmierza do wyboru wykonawcy, dającego wyższą gwarancję należytej jakości zamówienia. Nie powoduje też wpływu na zwiększenie jakości lub efektywności – zatem jest sprzeczne z art. 17 ustawy pzp.
9. Podkreślenia wymaga, że Wykonawca nie ma faktycznego wpływu na poziomy, taki wpływ ma tylko Zamawiający, co zostało szeroko opisane w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 i 2 powyżej, który w tym miejscu by nie powielać przywołuje. Na powyższe składa się m.in. słaba jakość odpadów u źródła, o czym świadczą liczne reklamacje składane przez Odwołującego, który aktualnie świadczy usługę i doskonale zna morfologię strumienia odpadów z Miasta Tarnobrzeg.
10. **Ponadto, tak ustalone kryterium oceny oferty nie jest reprezentatywne.** Duże firmy, korporacje obsługujące duże miasta już na starcie są pokrzywdzone tak ustanowionym kryterium. Wynika to z faktu, że duże firmy działające na rynku w zasadzie nie mogą osiągnąć poziomów recyklingu z uwagi na to m.in., że niestety mieszkańcy nie prowadzą poprawnej segregacji odpadów. Natomiast małe firmy obsługujące małe gminy gdzie np. jest bardzo duża ilość bioodpadów mają znacznie większe szanse na osiągnięcie znacznie wyższego poziomu recyklingu niż wykonawcy realizujący usługę w miastach takich jak Zamawiający. W konsekwencji – ustanawiając takie kryterium oceny ofert Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Wykonawcy realizujący usługę na terenach zupełnie odmiennych niż ten objęty przedmiotowym zamówieniem uzyskują dodatkowe punkty przewagi, nad wykonawcami, którzy rzeczywiście mają doświadczenie, wiedzę i dają rękojmię prawidłowego wykonania tego konkretnego przedmiotu zamówienia.

Ad. zarzut nr 4

1. Zamawiający w rozdziale VI pkt 6-6.2 ustanowił następujący wymóg:

„Zamawiający żąda złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

6.W celu potwierdzenia, że oferowana przez Wykonawcę usługa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego Wykonawca wraz z ofertą składa:

1) sprawozdanie za rok 2024 o odebranych odpadach komunalnych.

6.1 Wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą.

*6.2. Jeżeli Wykonawca niełoży przedmiotowego środka dowodowego lub złożony przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa powyżej będzie niekompletny, Zamawiający zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp **nie będzie wzywał** do jego złożenia lub uzupełnienia*

w wyznaczonym terminie, gdyż przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert."

2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że dokumenty jakimi są *sprawozdania za rok 2024 o odebranych odpadach komunalnych* są publicznie dostępne dla każdej osoby zainteresowanej w systemie BDO. Dostęp do tych dokumentów jest niczym nie ograniczony i swobodny.
3. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że załączenie do oferty dokumentów w postaci sprawozdań za rok 2024 o odebranych odpadach komunalnych wygeneruje problemy natury technicznej, ponieważ dokumentów tych jest duża ilość i załączając je, Wykonawca jest pewny, że system informatyczny w jakim składana ma być oferta wraz z załącznikami nie jest gotowy na łączne przyjęcie tak „dużo ważącej” ilości danych. Ta sytuacja spowoduje zablokowanie możliwości złożenia oferty.
4. W konsekwencji powyższego nie istnieją żadne powody do wymagania od Wykonawcy załączenia do oferty dokumentów, które są powszechnie dostępne, a których ilość doprowadzi do „zawieszenia systemu” i uniemożliwi sprawne złożenie oferty.
5. Ograniczenie przez Zamawiającego zakresu dokumentów, np. do *sprawozdania za rok 2024 o odebranych odpadach komunalnych*, nie jest wprost zakazane. Należy jednak mieć na względzie, że takie zawężenie środków dowodowych koliduje z zasadami prawa zamówień publicznych jako ograniczające konkurencję, w szczególności w sytuacji, gdy możliwe jest wykazanie określonych w tych dokumentach kwestii za pomocą alternatywnych sposobów – tj. poprzez sprawdzenie tych dokumentów na stronie internetowej BDO. Takie rozwiązanie ma taką samą mocą dowodową jak przedłożenie tych dokumentów przez Wykonawcę wraz z ofertą, jednak nie powoduje konieczności generowania problemów natury technicznej po stronie zarówno Wykonawcy jak i Zamawiającego (zablokowanie systemu komputerowego za pomocą którego składane mają być oferty).

Ad. zarzut nr 5 - waloryzacja

1. Umowa zawarta ma zostać na okres 12 miesięcy.
2. W konsekwencji powyższego Zamawiający na mocy 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.
3. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w treści §18 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy zawarł klauzulę waloryzacyjną, która jest pozorna, ponieważ regulacje ustalone przez Zamawiającego, które warunkują 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, 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.

4. Treść §18 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy brzmi:

„Klauzula waloryzacyjna – wzrost cen materiałów i kosztów.*

Zamawiający przewiduje dokonywanie zmian w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy w zakresie, o którym mowa w art. 439 PZP, na następujących zasadach:

- a) wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony nie wcześniej niż 7 miesięcy od dnia zawarcia umowy,*
- b) wynagrodzenie Wykonawcy będzie podlegać waloryzacji jednorazowo,*
- c) waloryzacja wynagrodzenia dotyczyć będzie wynagrodzenia za usługi pozostałe do wykonania po dniu złożenia wniosku o waloryzację,*
- d) strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie wtedy, gdy wynagrodzenie ogłoszone w komunikatach, o których mowa w lit. g spadnie lub wzrośnie o co najmniej 10 % - porównując wynagrodzenie za kwartał poprzedzający dzień złożenia wniosku o waloryzację z wynagrodzeniem za kwartał, w którym została zawarta umowa,*
- e) waloryzacji nie podlega wynagrodzenie Wykonawcy za prace związane ze zmianą sposobu spełnienia świadczenia, w szczególności za prace dodatkowe,*
- f) waloryzacji podlega wyłącznie wynagrodzenie Wykonawcy za prace z zakresu „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” określone w § 3 w odniesieniu do terminów zakończenia tych prac określonych w § 5 i po tych terminach wynagrodzenie nie będzie ulegało dalszym zmianom,*
- g) waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o komunikaty w sprawie przeciętnego wynagrodzenia w poprzednim kwartale, o których mowa art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. W przypadku, gdyby komunikaty, o których mowa w zdaniu poprzednim przestały być dostępne (publikowane), zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone komunikaty publikowane przez Prezesa GUS,*
- h) wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:*

$$Pn = 0,5 * Ww / 100$$

gdzie:

Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wynagrodzenia;

Ww - poziom wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia - wyliczony na podstawie porównania wynagrodzenia za kwartał poprzedzający dzień złożenia wniosku o waloryzację z wynagrodzeniem za kwartał, w którym została zawarta umowa,

- i) maksymalna nominalna wartość zmiany wynagrodzenia dopuszczona przez Zamawiającego w efekcie zastosowania postanowień niniejszego punktu wynosi 10% wynagrodzenia ofertowego,*
 - j) zmiana wynagrodzenia zgodnie z niniejszym punktem wyczerpuje roszczenia Wykonawcy związane ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy,*
 - k) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z niniejszym punktem, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę na okres dłuższy, niż 6 miesięcy (liczony wraz z wszystkimi aneksami do umowy o podwykonawstwo). Do zmiany wynagrodzenia podwykonawcy postanowienia niniejszego punktu stosuje się odpowiednio,*
 - l) zwiększenie i obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w formie aneksu do umowy."*
5. **Z powyższego wynika, że Zamawiający w taki sposób ukształtował waloryzację w tym Postępowaniu, że:**
- 1) **nie jest możliwe rzeczywiste przeprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia na zasadach wynikających z art. 439 ustawy pzp z uwagi na fakt, że komunikaty w sprawie przeciętnego wynagrodzenia w poprzednim kwartale, o których mowa art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskazują, że nie jest możliwe uzyskanie wzrostu lub spadku tego wskaźnika o 10% kwartał do kwartału. Analiza historyczna danych prezentowanych za pomocą tych wskaźników dowodzi, że nawet skrajane kwartały takie jak pierwszy kwartał 2024 w stosunku do ostatniego kwartału 2024 r. nie stanowi różnicy stanowiącej powyżej 10%.**
 - 2) wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony nie wcześniej niż 7 miesięcy od dnia podpisania umowy;
 - 3) wynagrodzenie Wykonawcy będzie podlegać waloryzacji jednorazowo;
6. 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.
7. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że istotą wprowadzenia regulacji art. 439 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 niezmiennym 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 §18 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy nie jest klauzulą zapewniającą rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej.

8. Wprawdzie Ustawodawca nie skonstruował przepisu art. 439 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 szczególności: 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).
9. 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.**
10. 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 2025 r. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/szybki-szacunek-wskaznika-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-w-sierpniu-2025-r-,21,34.html?pdf=1 ml>

"Ceny towarów i usług konsumpcyjnych według szybkiego szacunku w sierpniu 2025 r. wzrosły o 2,8% (wskaźnik cen 102,8) w porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku, a w stosunku do poprzedniego miesiąca obniżyły się o 0,1% (wskaźnik cen 99,9).

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.

11. 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."
12. **Przyjęcie takiego poziomu wzrostu wskaźnika waloryzacji jak to uczynił Zamawiający – 10%, który oczywiście nie nastąpi jest zabiegiem czysto iluzorycznym, gdyż czyni te zapisy umowy martwe. Nie istnieją żadne podstawy do twierdzenia aby w ciągu trwania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego Postępowania zmiany cen mogły wzrosnąć**

aż o 15% w stosunku do cen z dnia otwarcia ofert. 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 nierealnego i wysokiego poziomu wskaźnika – 10%, 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.

13. 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.
14. Mając powyższe na względzie Odwołujący, po przeanalizowaniu postanowień umownych zawartych w §18 wzoru umowy doszedł do przekonania, że konieczne jest zakwestionowanie przyjętego przez Zamawiającego wskaźnika i poziomu wskaźnika, który uprawnia do zmiany wynagrodzenia w zakresie maksymalnej, dopuszczonej przez zamawiającego wysokości tej waloryzacji. Wskazany 15% poziom 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 wskaźnik określony w umowie na poziomie 10 %, ale już miesięczny wskaźnik inflacji opublikowany w Monitorze Polskim przez Prezesa GUS.

15. Dlatego mając na uwadze także przedstawiony mechanizm waloryzacji w § 18 wzoru umowy, stwierdzić należy, że jest wręcz nieadekwatny do wysokości wzrostów kosztów jakie są realne i jakie wg prognoz i danych historycznych należy uwzględnić przy tworzeniu klauzul waloryzacyjnych. Przedstawiony wzór nie pozwala na przeprowadzenie adekwatnej do wzrostu kosztów waloryzacji i z tych przyczyn należy go usunąć.
16. Powyższe oraz wprowadzone przez Zamawiającego w we wzorze umowy ograniczenie, iż łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego paragrafu nie może być wyższa niż 10% wartości ceny wybranej oferty, 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 2025 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 103,6 (wzrost cen o 3,6%).

- 2) 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%).
- 3) 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% ceny oferty 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 dwu - krotnie niższy od największej rocznej zmiany cen w tym okresie.

19. Powyższe dowodzi, że przyjęty w § 18 wzoru umowy model waloryzacji i 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.
20. 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".
21. W okolicznościach niniejszej sprawy kwestia wprowadzenia adekwatnego limitu waloryzacji nabiera o tyle znaczenia, że zamówienie będzie realizowane przez rok od daty 1 stycznia 2026 r., 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 jakiego 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 ustaleniu innego wskaźnika i modelu waloryzacji niż ten wskazany w umowie.

22. 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.
23. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że waloryzacja wynagrodzenia sama w sobie nie jest bezwarunkowym obowiązkiem ustawowym pokrycia wszelkich odchyłeń 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.
24. Ponadto mając na uwadze, że Zamawiający wskazuje, że „przewiduje” wprowadzenie waloryzacji a nie konieczne w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w § 18 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 §16 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 ustawy 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 §18 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.

25. 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 należytą, 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). 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.
26. 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.
27. 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 współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 3531 k.c. i 5 k.c. Takie działanie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i narusza przepis art. 353¹ 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 współżycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy”.¹

28. 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.
29. 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 § 18 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 osiąganie 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.
30. Oczywiście 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

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

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.

31. 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 6² 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

² Zmienione z 12 na 6 przez autorkę odwołania

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 należyłą, 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 § 18 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 6

1. Zamawiający w postanowieniach §16 ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, polegającą na nie odebraniu odpadów komunalnych w terminie ustalonym w harmonogramie ich odbierania w wysokości 0,1% maksymalnego wynagrodzenia umownego, co stanowi nadużycie prawa

- podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.
2. Z powyższych zapisów wynika, że jednorazowe uchybienie dotrzymaniu subiektywnie ocenianego właściwego standardu utrzymania zimowego może pozbawić wykonawcę aż ponad 11 000 zł. Kara ta została oderwana od wynagrodzenia wykonawcy i zważywszy jej naliczanie za każdy dzień zwłoki, może ona pozbawić wykonawcę znaczącej części wynagrodzenia umownego.
 3. Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zamówienia a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia. (por KIO 1519/15). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącym przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych, wskazał, iż "kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela".
 4. Zamawiający nie ustalił terminu do którego będą naliczane kary umowne. Tego rodzaju brak, może prowadzić do nieograniczonego w czasie i wysokości zaspokajania pieniężnego Zamawiającego ze szkodą dla wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne z naturą i funkcją kar umownych. Zarzuty Odwołującego znajdują wsparcie w jednolitym poglądzie judykatury. Odwołujący powołał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14, Sąd Okręgowy w Poznaniu w Wyroku z dnia 13 listopada 2017 r., sygn. I C 87/16, Sąd Okręgowy w Łodzi w Wyroku z dnia 22 listopada 2018 roku, sygn. XIII Ga 642/18. Ocena powyższych zarzutów sprawia, że dla Odwołującego sprawą zupełnie jasną jest, że Zamawiający dąży do zaspokojenia swoich potrzeb finansowych poprzez pozbawienie Wykonawcy należnego wynagrodzenia. Działanie Zamawiającego w sposób znaczący utrudniające Odwołującemu obecnie możliwości skutecznego złożenia oferty jako zmierzające wprost do obejścia powszechnie obowiązujących norm współżycia społecznego nie może korzystać z ochrony. Tak bowiem stanowi przepis art. 5 kc, który poprzez art. 8 ust. 1 ustawy znajduje tu zastosowanie. W piśmiennictwie i orzecznictwie wskazuje się, że funkcją art. 5 kc jest zapobieganie stosowaniu prawa w sposób, który ma na celu wywarcie skutków niemoralnych, albo rozmiągających się zasadniczo z celem, dla którego dane prawo było ustanowione. Potrzebę istnienia w systemie prawa klauzul generalnych tłumaczy się tym, iż brak takich klauzul mógłby prowadzić do rozstrzygnięć formalnie zgodnych z prawem, ale w konkretnych sytuacjach niesłusznym, ponieważ nieuwzględniających w rozstrzyganych przypadkach uniwersalnych wartości składających się na pojęcie sprawiedliwości nie tylko formalnej lecz i materialnej.
 5. Odwołujący zauważył, że w przedmiotowej sprawie, powoływanie się na prawo podmiotowe nie stanowi jego wykonywania, lecz jego nadużywanie, które nie jest społecznie aprobowalne i w związku z tym nie korzysta z ochrony. Wprowadzając do Wzoru umowy podniesione zapisy §16

ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy przy jednoczesnym braku ustalenia okresu naliczania kar umownych, Zamawiający naruszył dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym naruszając Art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353(1) kc oraz w zw. z art. 5 kc.

6. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego. Do kwestii tego, jaka jest funkcja kar umownych i w jakiej wysokości mogą być one kształtowane w projektach umów w sprawie zamówienia publicznego, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się z w wyroku z 6 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Wynika z niego, że rażąco wysoka kara umowna, która na dodatek może być zdublowana, to błąd siwz, którego należy unikać.
7. Ułatwienie Zamawiającemu dochodzenia odszkodowania nie powinno skutkować tym, że Wykonawca będzie obowiązany do zapłaty kar umownych w wysokości zbliżonej do wynagrodzenia za realizację umowy w sytuacji, gdy szkoda Zamawiającego będzie znacznie mniejsza. Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający powinien być uprawniony do uzyskania pełnego pokrycia szkody wyrządzonej mu przez wykonawcę w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jednakże temu służy dokonanie w umowie zastrzeżenia, zgodnie z którym zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia, obok kary umownej, odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. W sposób podobny orzekło KIO w wyroku z 30 listopada 2017 r. KIO uznała, że zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich cel, jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego (KIO 2219/17, KIO 2228/17, KIO 2232/17, KIO 2234/17). Według KIO uprawnienie zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych. Również sądy apelacyjne miarkowały nadmierne kary. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Krakowie z 300 tys. zł na 20 tys. zł (wyrok z 7 października 2020 r., I Aga 466/18); SA w Gdańsku z 718 836 zł na 242 999 zł (wyrok z 12 marca 2020 r., V Aga 117/19) czy w Katowicach – z 593 866, na 296 933 zł (wyrok z 14 czerwca 2021 r., V Aga 210/19). Z tego względu konieczne jest usunięcie postanowień § 16 ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy z jego treści.

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) analiza stanu gospodarki odpadami Miasta Tarnobrzega za 2024 r.
- 6) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.