Sygn. akt: KIO 4863/25

POSTANOWIENIE

z dnia 15 grudnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu **15 grudnia 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**3 listopada 2025 r.** przez wykonawcę **Chemeko - System Sp. z o. o., Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6A, 54-519 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wisznia Mała, Wrocławska 9, 55-114 Wisznia Mała**

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego **Chemeko - System Sp. z o. o., Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6A, 54-519 Wrocław** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodniczący:………….………………………………..

Sygn. akt: KIO 4863/25

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Wisznia Mała", znak: RI.271.29.2025*, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wydanie Dz.U. S: 203/2025) pod numerem: 697999-2025, dnia 22.10.2025 r. przez: Gmina Wisznia Mała, Wrocławska 9, 55-114 Wisznia Mała zwany dalej: *„Zamawiającym"*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: *„Pzp"* albo *„PZP"*albo *„Pzp"*. Zamawiający w dniu 22.10.2025 r. opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania tj. na https://epropublico.pl/Ogloszenia/Details/e4506be7-0b54- 4cca-9f5d-beaOef731e3d, tj. ogłoszenie o zamówieniu i Specyfikację Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SWZ" wraz z załącznikami.

D n i a 03.11.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem treści ogłoszenie o zamówieniu i postanowieniom SWZ z 22.10.2025 r. złożyła Chemeko - System Sp. z o. o., Zakład Zagospodarowania Odpadów,ul. Jerzmanowska 6A, 54-519 Wrocław zwany dalej: *„Chemeko - System Sp. z o. o."*albo *„Odwołującym"*. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 03.11.2025 r. udzielonego przez V-ce. P.Z. i prokurenta ujawnionych i umocowanych do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym KRS-em. Zarzucił:

1. naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 106 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c." i w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez wprowadzenie:

a) w § 14 ust. 51 Wzoru Umowy niemożliwego do spełnienia obowiązku prowadzenia działalności w sposób pozwalający gminie na osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: u.c.p.g.) w wysokości 56% w 2026 r., 57% w 2027 r., 58% w 2028 r. oraz 59% w 2029 r. (okres realizacji zamówienia to 48 miesięcy), w sytuacji gdy Zamawiający nie może obciążać tym obowiązkiem wykonawcy, ponieważ jest to obowiązek gminy wynikający z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. oraz art. 9z ust. 2a pkt 1 u.c.p.g. i Zamawiający nie ma podstaw prawnych do obciążenia nim wykonawcy realizującego zamówienie – zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że to gmina rozumiana jako wspólnota mieszkańców jest wytwórcą odpadów objętych przedmiotem zamówienia i odpowiada za skład (sposób segregacji) tych odpadów;

b) w § 14 ust. 52 Wzoru Umowy niemożliwego do spełnienia obowiązku prowadzenia działalności w sposób pozwalający gminie na osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. w wysokości 56% w 2026 r., 57% w 2027 r., 58% w 2028 r. oraz 59% w 2029 r. (okres realizacji zamówienia to 48 miesięcy), w sytuacji gdy umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a zatem należy usunąć wskazane projektowane postanowienie umowne - Zamawiający nie może nałożyć na wykonawcę zamówienia

publicznego obowiązku niemożliwego do zrealizowania;
c) w § 14 ust. 53 Wzoru Umowy niemożliwego do spełnienia obowiązku prowadzenia działalności w sposób pozwalający gminie na osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. w wysokości 56% w 2026 r., 57% w 2027 r., 58% w 2028 r. oraz 59% w 2029 r. (okres realizacji zamówienia to 48 miesięcy), w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest tylko odbiór i transport odpadów, ale nie ich zagospodarowanie, które ma istotny wpływ na osiągane poziomy recyklingu, którego wykonawca realizujący niniejsze zamówienie będzie pozbawiony;
d) w § 17 ust. 4 Wzoru Umowy, mimo, że Zamawiający nie wprowadził kary umownej za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu, to Zamawiający zastrzegł sobie „prawo do odszkodowania na zasadach ogólnych, gdy wartość faktycznie poniesionych szkód przekracza wysokość kar umownych", a więc np. gdy WIOŚ nałoży na Zamawiającego karę administracyjną za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu odpadów, Zamawiający ma prawo zgłoszenia roszczenia tzw. odszkodowania uzupełniającego od wykonawcy, teoretycznie do wysokości pełnej administracyjnej kary pieniężnej. Zamawiający, w okolicznościach faktycznych i prawnych opisanych poniżej, ma obowiązek wykreślenia obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu odpadów, który może ewentualnie zastąpić nałożeniem na wykonawcę obowiązku dochowania należytej staranności w celu osiągnięcia tych poziomów przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy niedopuszczalne jest wprowadzenie prawa do odszkodowania odnoszącego się do niezrealizowania obowiązku niemożliwego oraz takiego, którego Zamawiający nie może przenieść na wykonawcę odbierającego odpady;
czego Zamawiający dokonał w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. znanego Zamawiającemu problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła" (co przekłada się na udział ok. 42% odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów objętym przedmiotem zamówienia), uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce, czyli odpady podlegające recyklingowi wliczanemu do poziomów recyklingu, funkcjonującego w okresie realizacji umowy tzw. „systemu kaucyjnego", który w sposób niewątpliwy wpłynie na ilość i morfologię odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy, co z kolei narusza podstawowe zasady prawa cywilnego oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty, a także jest działaniem zniechęcającym wykonawców do złożenia oferty w postępowaniu, a co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania;
ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny) 2. naruszenie przepisu art. 99 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. poprzez wprowadzenie w § 14 ust. 54 Wzoru Umowy niemożliwego do spełnienia obowiązku prowadzenia działalności w sposób pozwalający gminie na osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. w wysokości 56% w 2026 r., 57% w 2027 r., 58% w 2028 r. oraz 59% w 2029 r. (okres realizacji zamówienia to 48 miesięcy) oraz w konsekwencji zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego prawa do odszkodowania na zasadach ogólnych w § 17 ust. 4 Wzoru Umowy, a zatem nałożenie obowiązku i kary wyłącznie na wykonawcę, gdy tymczasem Zamawiający powinien dostosować te obowiązki oraz kary do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności Zamawiającego oraz podmiotu zagospodarowującego odpady za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów oraz za uzyskane poziomy recyklingu, ponieważ na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania podmiotu zagospodarowującego odpady oraz Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła" (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na „surowce", czyli wąską grupę odpadów nadających się do recyklingu, które wliczane są do poziomów recyklingu – o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia odwołania) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę obowiązku i kary umownej w pełnej wysokości (jak administracyjny obowiązek i kara gminy) 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 osiągane poziomy recyklingu i odzysku;
3. naruszenie art. 246 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie kryterium ceny jako kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60%, pomimo iż analiza OPZ, SWZ i WU prowadzi do jednoznacznej konstatacji, że Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia;
4. naruszenie art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. poprzez zaniechanie wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia

zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o."), która wprowadziła tzw. system kaucyjny od 1 października 2025 r. Pomimo tego, że treść aktu prawnego jest znana wykonawcom, to nie są jeszcze znane konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów np. co do wielkości i jakości strumienia odpadów, co ma wpływ na realizację zamówienia i jego koszty. Zamawiający nie zawarł we Wzorze Umowy postanowień, które pozwalałyby na jej dostosowanie do nowych warunków, w których wykonawca będzie świadczył usługę (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy). Ponadto, przewiduje się wprowadzenie przez ustawodawcę tzw. systemu Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, który prawdopodobnie zostanie wdrożony do polskiego systemu prawnego pakietem aktów prawnych, mających wpływ na realizację umowy. Powyższe narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć – powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych;

5. naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. poprzez kształtowanie warunków zamówienia w § 18 ust. 4 Wzoru Umowy warunków waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na okoliczności, o których mowa w art. 439 ust. 1 Pzp w sposób, który narusza równowagę stron umowy, ma charakter iluzoryczny, uniemożliwiający osiągnięcie ustawowego celu instytucji waloryzacji, jakim jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, albowiem Zamawiający:

i. zastrzegł, iż Wykonawca będzie uprawniony do zmiany wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik wzrostu cen towarów i usług przekroczy 5%;

ii. sformułował w § 18 ust. 4.2. Wzoru Umowy wymagania, w dodatku nieprecyzyjne, dotyczące dokumentów, jakie wykonawca winien załączyć do wniosku waloryzacyjnego w celu wykazania wpływu wzrostu cen, nie wyjaśniając przy tym w żaden sposób wedle jakich kryteriów będzie oceniać dokumenty złożone przez wykonawcę,

iii. określił maksymalną wysokość zmiany wynagrodzenia za wykonanie zamówienia udzielanego w postępowaniu na poziomie zaledwie 14 % wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego brutto, pomimo iż planowany okres realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy;

6. naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez:

a. określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale 7. pkt 7.2. ppkt 1. SWZ w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz

b. zaniechanie określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej;

7. naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 114 pkt 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale 7 SWZ warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z którymi wykonawca musi:

a. posiadać uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej w postaci wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9c ust. 1 u.c.p.g. (dalej: RDR),

b. dysponować do realizacji zamówienia bazą magazynowo – transportową, spełniającą wszystkie wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 roku, poz. 122, dalej jako: Rozporządzenie),

c. posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie tej bazy, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U z 2023 roku, poz. 1587, dalej jako: u.o.),

8.naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny oraz nieproporcjonalny, co przejawia się w sformułowaniu w Rozdziale 7 pn. "Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników" w pkt 7.1. ppkt 5) lit. b) Opisu Przedmiotu Zmówienia (dalej - "OPZ") (str. 13), wymagania by system wagowy był "zintegrowany z systemem identyfikacji pojemników z wykorzystaniem RFID UHF oraz systemem monitoringu wizyjnego poprzez generowanie zdarzeń/znaczników oraz danych z ważeń przyporządkowanych do zdarzeń", podczas gdy w Rozdziale 7 pkt 7.1. ppkt 3) OPZ Zamawiający wymaga systemu identyfikacji pojemników w technologii RFID, a systemy RFID i UHF stanowią dwa różne, alternatywne wobec siebie systemy,

9. naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny i niepozwalający na wycenę ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia w cenie

oferty - w przypadku realizacji Prawa Opcji I dla Zadania 1 oraz jeśli żaden wykonawca nie złoży oferty na Zadanie 2 (obejmujące zagospodarowanie odpadów z PSZOK), wówczas wykonawca ma zapewnić tylko odbiór, zbieranie i transport odpadów (opon, tekstyliów i odpadów wielkogabarytowych) – natomiast Zamawiający nie zapewnia ich zagospodarowania.

10. naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i niepozwalający na wycenę ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia w cenie oferty - w dokumentacji postępowania brak opisu procedur reklamacyjnych dotyczących dostaw odpadów w przypadku niezgodności zadeklarowanych kodów odpadów z rzeczywistym odpadem odebranym i dostarczonym do Instalacji Komunalnej oraz przekazania zanieczyszczonych odpadów do Instalacji Komunalnej, a także sposobu postępowania w przypadku, gdy odpad w ogóle nie zostanie przyjęty do Instalacji Komunalnej.

Mając powyższe na uwadze, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w niniejszym odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1) Ad. zarzut z pkt 1 - wykreślenia § 14 ust. 55 Wzoru Umowy;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1:

2) Ad. zarzut z pkt 2 - zmiany § 14 ust. 56 Wzoru Umowy poprzez dostosowanie tego wymagania oraz kary do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności podmiotu zagospodarowującego oraz Zamawiającego za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów oraz za osiągnięte poziomy recyklingu;

3) Ad. zarzut z pkt 3 – dokonanie zmiany Rozdziału 21.1 SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:*„Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie niżej podane kryteria:*

a) cena brutto oferty – 60%

b) zaoferowanie realizacji świadczenia dodatkowymi pojazdami spełniającymi wymóg standardu emisji spalin EURO VI – 20%

c) termin płatności – 20%.

W ramach kryterium cena ocenie poddana zostanie cena oferty brutto wskazana przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym, obliczona przez wykonawcę zgodnie obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami określonymi w SWZ.

Ocena punktowa zostanie dokonana zgodnie ze wzorem: K1 = (Cmin / Cbad) x 60 pkt K1 – liczba punktów przyznana ofercie badanej pod względem kryterium „Cena” Cmin – najniższa cena brutto zaproponowanej oferty Cbad – cena brutto oferty badanej

W ramach kryterium zaoferowanie realizacji świadczenia dodatkowymi pojazdami spełniającymi wymóg standardu emisji spalin EURO VI Zamawiający przyzna punktyw przypadku przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania: - do realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem jednego dodatkowego (w stosunku do pojazdów, o których mowa w Rozdziale 4 pkt 3 SWZ) pojazdu spełniającego wymóg standardu emisji spalin EURO VI -10 pkt - do realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem dwóch dodatkowych (w stosunku do pojazdów, o których mowa w Rozdziale 4 pkt 3 SWZ) pojazdów spełniających wymóg standardu emisji spalin EURO VI - 20 pkt

W ramach kryterium termin płatności Zamawiający przyzna: punkty w przypadku akceptacji przez wykonawcę

- 14 dniowego terminu płatności – 0 pkt

- 21-dniowego terminu płatności – 10 pkt

- 30- dniowego terminu płatności – 20 pkt”

4) Ad. zarzut z pkt 4 - wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadziła tzw. system kaucyjny od 1 października 2025 r. oraz przewidywanym wprowadzeniem tzw. systemu Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, które z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy

5) Ad. Zarzut z pkt 5 – dokonanie zmiany klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel takiej klauzuli, w tym zmiany w § 18 ust. 4 i nast. Wzoru umowy, tak, aby klauzula uzyskała brzmienie: *„Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany Wynagrodzenia na podstawie art. 439 ustawy Pzp,w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów zawiązanych z realizacją zamówienia innych niż te wskazane powyżej.*

1. każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany kwartalnego Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. Inflacja – analogiczny okres roku poprzedniego=100), ogłaszanego obwieszczeniem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („Wskaźnik GUS”) /źródło GUS, www.stat.gov.pl/;

2. zmiana kwartalnego Wskaźnika GUS uzasadnia żądanie zmiany Wynagrodzenia pod warunkiem, że różnica pomiędzy

kwartalnym Wskaźnikiem GUS obowiązującym w dniu,w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu, w następstwie którego zawarto Umowę, a kwartalnym Wskaźnikiem GUS obowiązującym w dniu wystąpienia przez Stronęz wnioskiem o zawarcie aneksu, wynosi co najmniej 3%,

3. zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż od następnego miesiąca kalendarzowego, który nastąpi po komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego podającym kwartalny Wskaźnik GUS większy albo mniejszy o 3% niż ten Wskaźnik GUS obowiązujący w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu,w następstwie którego zawarto umowę,

4. zmiana wynagrodzenia dotyczyć będzie części wynagrodzenia przypadającej do zapłaty po zaistnieniu zdarzenia opisanego w pkt 4.3. powyżej, którego datę winna wykazać strona składająca wniosek waloryzacyjny,

5. Strona występująca z wnioskiem o zawarcie aneksu waloryzacyjnego może uczynić to nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

6. kolejna waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia, w którym złożony został poprzedni wniosek o zawarcie aneksu waloryzacyjnego,

7. W przypadku kolejnych wniosków o zawarcie aneksu składanych przez Stronę postanowienia zawarte w pkt 4.1) – 4.4) stosuje się odpowiednio, z tym, że:

a) różnicę uzasadniającą żądanie zmiany Wynagrodzenia oblicza się pomiędzy kwartalnym Wskaźnikiem GUS obowiązującym w dniu wystąpienia przez Wykonawcę z poprzednim wnioskiem o zawarcie aneksu a kwartalnym Wskaźnikiem GUS obowiązującym w dniu wystąpienia przez Wykonawcę z wnioskiem o zawarcie aneksu,

b) zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż od następnego miesiąca kalendarzowego, który nastąpi po komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego podającym kwartalny Wskaźnik GUS większy albo mniejszy o 3% niż ten Wskaźnik GUS obowiązujący w dniu, w którym Strona wystąpiła z poprzednim wnioskiem o zawarcie aneksu,

8. Strony ustalają maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień na poziomie do 20% wysokości wynagrodzenia netto, określonego w Umowie."

6) Ad. Zarzut z pkt 6 – dokonanie zmiany w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale 7. pkt 7.2. ppkt 1. SWZ, poprzez:

a. dodanie w Rozdziale 9. pkt 9.1 SWZ dodatkowych dokumentów do złożenia wraz z ofertą, w brzmieniu:*„Na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe: Kserokopie dowodów rejestracyjnych pojazdów i urządzeń określonych w rozdziale 7. pkt 7.2. ppkt 1. SWZ."*

b. wprowadzenie w pkt 7.2. SWZ pkt 2, tj. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w odniesieniu do 1 części zamówienia, w brzmieniu: *„Wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, zrealizował lub realizuje nieprzerwanie przez okres min. 12 miesięcy usługę w ramach zamówienia publicznego, polegającą na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych z terenów zamieszkałych, w ramach której odebrał odpady o łącznej masie co najmniej 5 000 Mg"*

7) Ad. Zarzut z pkt 7 – dokonanie zmiany w:

a) Rozdziale 7 pkt 7.2. SWZ, poprzez dodanie w Tabeli zawartej w pkt 7.2. SWZ ppkt 2o treści *"w odniesieniu do każdego z Zadań: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje bazą magazynowo-transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i jest wyposażona i usytuowana zgodnie z tym rozporządzeniem w miejscu właściwym dla odbierania odpadów z terenu gminy Wisznia Mała.*

Weryfikacja spełniania ww. Warunku udziału w Postępowaniu następować będzie na podstawie wizji lokalnej przeprowadzonej przez Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej w bazie magazynowo-transportowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie danego Zadania"

b. Wzorze oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ poprzez dodanie w pkt 5 pkt 5.7.o treści: *"5.7. dysponujemy bazą magazynowo-transportową położoną w .....(należy uzupełnić miejscowość) przy ul.....(należy uzupełnić nazwę ulicy oraz numer posesji), spełniającą wszystkie wymagania określone w przepisach rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. poz. 122), która będzie przez nas wykorzystywana na potrzeby realizacji zamówienia udzielonego w Postępowaniu i jednocześnie oświadczamy, iż na etapie badania i oceny ofert umożliwimy Zamawiającemu wstęp do ww. bazy magazynowo-transportowej, w celu oceny jej zgodności z treścią warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej"*

c) w Rozdziale 7 SWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, zgodnie z którymi wykonawca musi:

▪ Posiadać uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej w postaci wpisu do rejestru działalności

regulowanej, o którym mowa w art. 9c ust. 1 u.c.p.g. (dalej: RDR),

▪ dysponować do realizacji zamówienia bazą magazynowo – transportową, spełniającą wszystkie wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 roku, poz. 122, dalej jako: Rozporządzenie),

▪ posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie tej bazy, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U z 2023 roku, poz. 1587, dalej jako: u.o.);

d) w Rozdziale 9 pkt 9.2. ppkt 1) poprzez wprowadzenie w tabeli po poz. 1. pozycji 2-4 o następującej treści:

"2. wpis do RDR, o którym mowa w art. 9c ust. 1 u.c.p.g.,

3. zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 u.o. na terenie bazy magazynowo-transportowej wskazanej w ofercie wykonawcy"

8) Ad. Zarzut z pkt 8 - zmianę treści w Rozdziale 7 pkt 7.1. ppkt 5) lit. b) OPZ (str. 13) poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *"system wagowy musi być zintegrowany z systemem identyfikacji pojemników z wykorzystaniem RFID oraz systemem monitoringu wizyjnego poprzez generowanie zdarzeń/znaczników oraz danych z ważeń przyporządkowanych do zdarzeń"*

9) Ad. zarzut z pkt 9 – doprecyzowania dokumentacji postępowania w zakresie realizacji prawa opcji w taki sposób, aby obowiązki pomiędzy różnymi Zadaniami były niezależne od siebie i możliwe do zrealizowania, w szczególności aby wykonawca Zadania 1 był odpowiedzialny za zagospodarowanie odpadów odebranych w ramach Prawa Opcji I.

10) Ad. zarzut z pkt 10 – wprowadzenia w dokumentacji postępowania opisu procedur reklamacyjnych dotyczących dostaw odpadów w przypadku niezgodności zadeklarowanych kodów odpadów z rzeczywistym odpadem odebranym i dostarczonym do Instalacji Komunalnej oraz przekazania zanieczyszczonych odpadów do Instalacji Komunalnej,a także sposobu postępowania w przypadku, gdy odpad w ogóle nie zostanie przyjęty do Instalacji Komunalnej.

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej niewskazane wprost w żądaniu, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania Odwołującego – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Zamawiający w dniu 07.11.2025 r. (na stronie internetowej prowadzonego postępowania tj. na https://epropublico.pl/Ogloszenia/Details/e4506be7-0b54- 4cca-9f5d-beaOef731e3d) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 04.12.2025 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut w pkt 1,2, 3, 5 (co do zakresu objętego modyfikacją SWZ), 8, 10 oraz dokonaj modyfikacji SWZ, a w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania /zarzutów nr 4, 5 (w zakresie nie uwzględniającym postulatów Odwołującego), 6, 7, 9, 6/. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Wójta Gminy Wisznia Mała.Stwierdził: *„(…) Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 oraz dokonał modyfikacji SWZ.*

Zamawiający zmodyfikował SWZ poprzez wykreślenie zapisów § 14 ust. 5 wzoru umowy. Zamawiający uwzględnił zarzut nr 2 oraz dokonał modyfikacji SWZ.

Zamawiający zmodyfikował SWZ poprzez wykreślenie zapisów § 14 ust. 5 wzoru umowy. Zarzut nr 2 był zarzutem ewentualnym na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1. Skoro propozycje zmian zdefiniowane w zarzucie nr 1 zostały uwzględnio ne, to tym samym bezzasadnym pozostał zarzut nr 2.

Zamawiający uwzględnił zarzut nr 3 oraz dokonał modyfikacji SWZ.

Zamawiający zmodyfikował SWZ poprzez korektę dokumentów postępowania, które uwzględnia postulaty zgłoszone przez odwołującego. Oznacza to,że zarzut został uwzględniony. Zamawiający informuje, że Rozdział 21 Specyfikacji Warunków Zamówienia „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" otrzymał brzmienie:

a. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie niżej podane kryteria:

Część zamówienia ***Nazwa kryterium -waga [%]***

1 -Odbiór, zbieranie i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych terenie gminy Wisznia Mała *2 -Zagospodarowanie wybranych frakcji odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Mienicach* *3 -Odbiór, transport i zagospodarowanie przeterminowanych leków i odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych z aptek znajdujących się na terenie gm. Wisznia Mała i Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Mienicach* *4 -Odbiór, transport i zagospodarowanie chemikaliów i odpadów niebezpiecznych z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Mienicach*	*1. Cena –60* *Termin płatności -40*

Punkty przyznawane za po dane kryteria będą liczone według następujących wzorów:

Część zamówienia	***Wzór***
1 -Odbiór, zbieranie i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych terenie gminy Wisznia Mała *2 -Zagospodarowanie wybranych frakcji odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Mienicach* *3 -Odbiór, transport i zagospodarowanie przeterminowanych leków i odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych z aptek znajdujących się na terenie gm. Wisznia Mała i Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Mienicach* *4 -Odbiór, transport i zagospodarowanie chemikaliów i odpadów niebezpiecznych z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Mienicach*	*1 -Cena* *Liczba punktów = (Cmin/Cof) * 60 * waga* *gdzie:* *-Cmin -najniższa cena spośród wszystkich ofert* *-Cof -cena podana w ofercie* *2. W ramach kryterium termin płatności Zamawiający przyzna punkty w przypadku zaoferowania przez wykonawcę:* *-14 dniowego terminu płatności –0 pkt* *-21-dniowego terminu płatności –20 pkt* *-30-dniowego terminu płatności –40 pkt* *W przypadku zaoferowania innego terminu płatności niż wskazano powyżej tj. 14, 21 i 30 dniowego oferta wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1pkt 5 ustawy Pzp*

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu nr 4 z uwagi na brak możliwości faktycznej ale także prawnej uwzględnienia zarzutu. Odwołujący domaga się wprowadzenia klauzul adaptacyjnych nie precyzując ich zakresu. Nie wskazuje możliwych do przewidzenia skutków, które również są niemożliwe do konkretyzacji przez zamawiającego. Nie jest bowiem możliwe przewidzenie w treści umowy dodatkowych zmian w związku z wprowadzonymi tzw. systemu kaucyjnego oraz przewidywanym wprowadzeniem tzw. systemu Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, ze względu na niemożliwe do przewidzenia w momencie składania oferty skutki wejścia w życie przedmiotowych przepisów. Zamawiający nie ma możliwości przewidzieć zapis, którym miałby przewidzieć „nieprzewidziane" skutki wprowadzonych przepisów systemu kaucyjnego.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza się wprowadzenie zmian niezależnie od wartości zmiany, o ile została ona przewidziana w dokumentach postępowania w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Na dzień dzisiejszy zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca nie są w stanie określić skutków wprowadzenia przedmiotowych zmian tym bardziej brak jest możliwości jednoznacznego ich opisania. Zawarta na stronach 38-41 odwołania argumentacja wskazuje wprost, że nawet Odwołujący nie jest w stanie określić przyszłego kształtu stanu prawnego, który jak wskazuje jest w fazie planowania. Skutki wprowadzonych uregulowań prawnych są trudne do określenia a wręcz niemożliwe staje się określenie skutków uregulowań, które są planowane i niezostały określone. ***Gmina Wisznia Mała jako zamawiający nie ma wpływu i nie uczestniczy w procesie legalizacji, tym bardziej na etapie wprowadzania przepisów wykonawczych, co oznacza, że podobnie jak wykonawca nie posiada wiedzy ani co do zakresu planowanych zmian jak i co do ich wpływu na realizację umowy***. ***Należy podkreślić, że w razie znacznego wpływu przepisów na już zawarte umowy ustawodawca z***

pewnością wprowadzi stosowne regulacje również w zakresie zamówień publicznych. *Tak chociażby jak to miało miejsce w sytuacji covidowej. Wprowadzono konkretne narzędzia prawne w celu umożliwienia zamawiającym dostosowania zawartych umów do nieprzewidywalnych skutków. Zmiany te były wycelowane pro wykonawcy.*

Odwołujący nie wskazuje proponowanych uregulowań, co oznacza, że on sam jako profesjonalista nie jest w stanie określić dokładnych skutków zmian i zakreślić uregulowania im zapobiegające. Co więcej wskazana podstawa prawna art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp nie daje możliwości dowolnego kształtowania przyszłych zmian umowy. Przeszkodę stanowi art. 454 pzp zakazujący istotnych zmian umowy. Zamawiający ani odwołujący nie mają możliwości określenia skutków wpływu planowanych przepisów na zawartą umowę. Nie można wykluczyć, że proponowana przez wykonawcę zmiana umowy będzie istotnie modyfikowała zawartą umowę. Może się bowiem okazać, że konieczna zmiana będzie niedopuszczalna w świetle art. 454 pzp.

Kolejno należy wskazać, że art. 455 ust. 1 pkt 4 pzp zawiera unormowanie odnoszące się staranności działania i wprost wskazuje niemożliwe do przewidzenia okoliczności. Do zmian tych należą w szczególności te które:
-wprowadzałaby warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści (np. wydłużenie terminu realizacji przedmiotowej umowy w sposób nieprzewidziany w pierwotnie ustanowionych warunkach zamówienia, rezygnacja z istotnych zobowiązań wykonawcy);
-w sposób znaczny rozszerzałyby albo zmniejszałyby zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy.

Powyższe wprost wynika także z art. 455 ust. 1 pkt 1 lit c pzp. Klauzule adaptacyjne nie mogą prowadzić do istotnej zmiany rodzaju świadczenia spełnianego przez wykonawcę (np. ze zobowiązania rezultatu na zobowiązanie starannego działania), istotnej zmiany zasady odpowiedzialności wykonawcy za prawidłowe wykonanie zobowiązania (np. z zasady winy na zasadę ryzyka), zmiany umowy o skutku zobowiązująco-rozporządzającym (art. 155 § 1KC,art. 510 § 1KC) na umowę o skutku wyłącznie zobowiązującym ani zmiany umowy zawartej na czas określony w umowę na czas nieokreślony (dopuszczalną zgodnie zart. 435PrZamPubl). Analiza odwołania wskazuje, że skutki wprowadzenia nowych rozwiązań prawnych będą mogły właśnie tych kwestii dotyczyć.

Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych, jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi.

Ponadto, Zamawiający wskazuje, że ze względu na możliwość mniejszej ilości odbieranych odpadów m.in. z uwagi na wejście przedmiotowych ustaw w życie w ***§ 2 ust. 11*** *wskazał, żeprzewidywana ilość odpadów jest wielkością szacunkową. Powyższe dane mają jedynie charakter informacyjny, służą do obliczenia ceny oferty i porównania ofert, nie mogą być podstawą jakichkolwiek roszczeń ze strony Wykonawcy. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie obliczane według cen jednostkowych określonych w ofercie i rzeczywistej ilości odebranych odpadów w okresie realizacji zamówienia. Minimalny zakres zamówienia, jaki Zamawiający będzie zobowiązany zrealizować to 70% wartości wynagrodzenia brutto, na którą Zamawiający udzieli zamówienia.*

Ponadto podkreślić przy tym należy, że częstotliwość odbioru odpadów komunalnych określona w pkt. 6.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia jest stała przez cały okres trwania umowy. Zamawiający nie przewidział we wzorze umowy możliwości zmiany w tym zakresie. Nie wpływa to tym samym na harmonogram odbioru odpadów oraz liczbę pojazdów do realizacji zamówienia. Ewentualną zmianę ilości samych odpadów i jej wpływ na wynagrodzenie wykonawcy pozostaje ryzykiem kontraktowym, którego Zamawiający nie jest w stanie określić.

Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut nr 5 wprowadzając zmiany do projektu umowy.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem pozorności przewidzianej zmiany prowadzącej do ominięcia powołanej normy. Zapisy SWZ są oparte na wzorcach klauzul waloryzacyjnych przegotowanych przez urzędy sprawujące kontrolę nad systemem zamówień publicznych. Są one oparte na międzyresortowych konsultacjachi zawierają akceptację Urzędu Zamówień Publicznych. Wprowadzając zapisy do SWZ zamawiający korzystał ze wzorców proponowanych przez instytucje państwowe. Określona procentowo wysokość ma na celu podział ryzyk związanych ze wzrostem kosztów realizacji usługi i zachowanie równowagi ekonomicznej. Proponowany przez Odwołującego poziom na wysokości 3% oraz maksymalnej wartości zmiany na poziomie 20% wartości umowy spowodowałby przeniesienie niemal całego ryzyka wzrostu cen na Zamawiającego, a także potencjalnego ryzyka związanego z celowym zaniżaniem ceny oferty przez wykonawcę. Zbyt liberalna klauzula waloryzacyjna mogłaby prowadzić do tego, że wykonawcy składaliby oferty po zaniżonych cenach, tak by w krótkim czasie od zawarcia umowy (lub jej ostatniej zmiany), po niewielkim wzroście cen materiałów dokonywać prób zwiększenia wysokości wynagrodzenia. Wykonawca jako profesjonalista działający na rynku zobowiązany jest do ustalenia ceny oferty w taki sposób aby wynagrodzenie z tytułu realizacji usług nie znajdowało się poniżej rentowności działalności przedsiębiorstwa. Jak podkreśla Prokuratoria Generalna –„Analizując gospodarność

planowanej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy należy podkreślić, że zasadą jest równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy. Stwierdzenie to nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo, nieuzasadnione jest natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na zamawiającego". W odniesieniu do zarządzania ryzykiem –a w tej kategorii niewątpliwie mieści się co najmniej próba właściwego szacowania kosztów realizacji umowy w każdych warunkach – własnym jest, aby ryzyko było zarządzane przez tę stronę umowy, która dysponuje ku temu właściwszymi kompetencjami. W przypadku kosztów realizacji umowy to wykonawca jest stroną dysponującą pełnią wiedzy, zaś zamawiający na ogół (choć oczywiście istnieją wyjątki) posiada tyle informacji, ile wykonawca mu przekaże. Należy uwzględnić, że przepisy dotyczące waloryzacji nie uchylają powszechnie akceptowanej w gospodarce rynkowej zasady ryzyka gospodarczego, które ciąży na wykonawcy – to on lepiej od zamawiającego zna rynek, na którym funkcjonuje i oczekiwanie, że zamawiający je przejmie w pełni, a nawet w większości, jest zarówno bezpodstawne prawnie, jak i z racjonalnego punktu widzenia (zob. interesujący w tym kontekście wyrok SO w Łomży z 20.3.2020 r. (sygn. akt I Ca 86/20).

Ponadto jak wskazuje Prokuratoria w przypadku wystąpienia, nadzwyczajnego wzrostu cen, spowodowanych okolicznościami zewnętrznymi, których przewidzenie było obiektywnie mało prawdopodobne (np. wybuch epidemii, konflikt zbrojny itp.), a przez to wykraczającymi poza zwykłe ryzyko kontraktowe dopuszczalna jest zmiana umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 pzp, jeśli ma rzeczywisty wpływ na wykonanie konkretnej umowy.

Należy wziąć pod uwagę, że wystąpienie nadzwyczajnych sytuacji mających wpływ na realizację umowy, w szczególności znacząco ją utrudniającą jak np. pandemia, wymagają nadzwyczajnych środków prawnych. Wystąpienie pandemii czy wojny w Ukrainie spowodowało wprowadzenie szczególnych rozwiązań prawnych. Wręcz rozwiązań systemowych, które nie były zależne od woli zamawiających lecz konkretne nakazy zmian umów. Nowe uregulowania miały charakter bezwzględnie obowiązujący i co istotne zawierały normy intertemporalne umożliwiające a wręcz nakazujące ich zastosowanie do już przeprowadzonych postępowań i realizowanych umów. Żaden zapis umowny nie byłby w stanie umożliwić ochrony stron na wypadek nieprzewidywalnych i tak istotnych okoliczności. Należy zwrócić uwagę, że część przepisów miała charakter epizodyczny i przestała obowiązywać po ustąpieniu stanu powodującego utrudnienia w realizacji umów tak np. przepisy covidowe. Oznacza to, że w wypadku wystąpienia szczególnych okoliczności, dla których nie będą wystarczające standardowe klauzule adaptacyjne czy też waloryzacyjne, koniecznym będzie ingerencja ustawodawcy, co zapewne się stanie. Zatem interes stron postępowania zostanie ochroniony przez stosowne przepisy. Jest to o tyle istotne, że pozwoli uniknąć dochodzenia roszczeń w drodze długotrwałego postępowania sądowego.

Przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 p.z.p. pozostawia decyzji zamawiającego to, jaka powinna być wartość zmiany wynagrodzenia, którą dopuszcza zamawiający. W tym wypadku ustawodawca nie narzuca żadnych dodatkowych wymogów, w szczególności nie nakłada na zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen. Tym samym zamawiający nie ma obowiązku 100 proc. rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 2663/22; KIO2063/22), wskazując, że mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacja zamówienia. Z przepisów Pzp w żaden sposób nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy. Przyjęcie proporcji waloryzacji Odwołującego spowodowałoby zachwianie równowagi ekonomicznej stron. To bowiem Zamawiający przejąłby na siebie w pełni ryzyko związane z przedmiotowymi wzrostami.

Zamawiający wskazuje, że waloryzacja wynagrodzenia zastosowana w postępowaniu stanowi klauzulę renegocjacyjną a nie automatyczną. To na stronie wnioskującej o zmianę wynagrodzenia leży obowiązek wykazania wpływu zmiany cen materiałów i usług na koszty wykonania zamówienia. Tym samym jest oczywiste, że strona wnioskująca zobowiązana jest wykazać w jaki sposób zmiana cen materiałów związanych z realizacja zamówienia miała wpływ na koszt realizacji przedmiotu umowy. Jest to konieczne dla uzasadnienia spełnienia przesłanki związku zmiany ceny materiałów związanych z realizacją zamówienia i wpływu na koszt realizacji przedmiotu umowy, w tym wypadku na cenę jednostkową odbioru i transportu 1 Mg odpadów. Istotna jest zależność miedzy zmianami cen materiałów, a kosztami realizacji przedmiotu umowy.

Niewątpliwie taki wniosek winien zostać uzasadniony i odpowiednio udokumentowany poprzez faktury, obwieszczenia i wszelkie inne tego rodzaju dokumenty. Równocześnie wskazać należy, że skoro Wykonawca na etapie przygotowywania potrafi wycenić koszty, jakie będzie ponosił za wykonywanie przedmiotu umowy tj. odbioru i transportu 1Mg odpadów danej frakcji, to jako profesjonalista będzie w stanie skalkulować zwaloryzowaną kalkulację z uwzględnieniem zmian cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Ponadto Zamawiający powinien mieć prawo zweryfikować przesłaną kalkulację pod względem rzeczywistego wpływu wzrostu cen materiałów i usług na

koszty wykonywania przedmiotu zamówienia, a nie bezwiednie akceptować jakąkolwiek przesłaną przez Wykonawcę kalkulację.

Zamawiający informuje, że par. 13 ust.4 otrzymał brzmienie:

4. W myśl art. 439 ust. 1 u.p.z.p. Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia w oparciu o ***kwartalny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych****. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy ulegnie waloryzacji o zmianę wynikającą z aktualnego na dzień złożenia wniosku kwartalnego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ustalanego przez Prezesa GUS w stosunku do kwartalnego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszonego w miesiącu przypadającym na dzień składania ofert lub z dnia poprzedniego wniosku o waloryzację; przy czym zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi o procent zmiany cen wynikający z powyższego wskaźnika. Warunkiem zmiany wysokości wynagrodzenia jest zaistnienie sytuacji, w której procent zmiany wskaźnika, o którym mowa powyżej, będzie równy lub przekroczy 4%.*

a. przedmiotem umowy są dostawy lub usługi,

4.1 waloryzacji wynagrodzenia podlegać będą ceny jednostkowe zawarte w formularzu cenowym stanowiącym element oferty Wykonawcy oraz związana z ich zmianą wysokość wynagrodzenia określonego w ***§ 4 ust. 4****,*

4.2.Dopuszcza się zmianę wynagrodzenia jeżeli okoliczności wskazane powyżej będą miały rzeczywisty wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę i zostaną one udokumentowane przez Wykonawcę poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów wykazującej wpływ zmiany cen materiałów na koszty wykonania tego zamówienia, a Zamawiający zaakceptuje powyższą kalkulację. Złożenie wniosku o waloryzację wynagrodzenia dopuszczalne jest nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Po dokonaniu pierwszej waloryzacji -kolejne wnioski o waloryzację wysokości wynagrodzenia składać można co 6 miesięcy.

4.3. Zmiana wynagrodzenia może nastąpić pod warunkiem, że zmiana cen związanych z realizacją zamówienia ma rzeczywisty wpływ na koszt wykonania niniejszej umowy.

4.4. W sytuacji wystąpienia okoliczności uprawniających do zmiany wynagrodzenia, strony nawzajem są względem siebie uprawnione do złożenia pisemnego wniosku o zmianę umowy. Waloryzacja nie dotyczy wynagrodzenia za usługi wykonane przed datą złożenia wniosku. W zakresie płatności dotyczących okresu, za który zmiana wynagrodzenia ma nastąpić, wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie odpowiedniego wskaźników GUS, będących podstawa takiego żądania wraz z potwierdzeniem, że nastąpiła ich zmiana uzasadniająca żądanie. Ponadto wraz z wnioskiem należy podać dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia –stawki dziennej po zmianie Umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia a wpływem zmiany kosztów realizacji Umowy na kalkulację wynagrodzenia. W przypadku żądania przez Wykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ma on przedstawić również dowody ich poniesienia w zwiększonej wysokości.

4.*5. Zamawiający przewiduje, że wzrost wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku wszystkich waloryzacji (łącznie) nie przekroczy 16 % wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego brutto.*

4.*6. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z zapisami powyżej zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:*

b. okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

Wszelkie zmiany umowy są dokonywane przez umocowanych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy w formie pisemnej w drodze aneksu umowy, pod rygorem nieważności.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu nr 6 w całości z uwagi na fakt, że brak normy zawierającej obowiązek wprowadzenia postulowanych przez Odwołującego wymogów. W tym miejscu należy wyjaśnić, czy Odwołujący zawarł w pkt 6 dwa zarzuty czyli 6a i 6b czy jest to w istocie jeden zarzut. Okoliczność ta pozostaje kluczowa dla rozstrzygnięcia zakresu i ilości podnoszonych zarzutów np. w kontekście rozłożenia kosztów postępowania.

Zgodnie z zapisami art. 57 pkt.2 ustawy pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, ***o ile zostały one określone przez zamawiającego****. Tym samym nie ma obowiązku stawiania wymogu udziału w postępowaniu.*

Powyższe potwierdzają liczne orzecznictwa, chociażby KIO 3054/23., która wskazuje: Zgodnie z art. 57 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zmówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z przepisu tego wynika, że zamawiający ma swobodę decydowania o tym, czy warunki udziału w postępowaniu zostaną w ogóle ustanowione. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi uwzględnić obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa, np. art. 112 ust. 2 ustawy Pzp wskazujący czego mogą dotyczyć ustanowione w postępowaniu warunki. Mając jednak na uwadze regulację art. 57 pkt 2 ustawy Pzp należy stwierdzić, że ustanowienie warunków umożliwiających wzięcie udziału w postępowaniu możliwie najszerszemu kręgowi wykonawców co do zasady należy uznać za dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp –skoro ustawa dopuszcza możliwość w ogóle odstąpienia od ustalania warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazano w Komentarzu

do Prawa Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 244): „W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są kształtowane przez samego zamawiającego z uwzględnieniem jego potrzeb. Swoboda określenia przez zamawiających warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu."

" W związku z powyższym przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, należy interpretować przede wszystkim jako zakaz ustanawiania zbyt rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu. Warunki powinny być określone na minimalnym poziomie, wystarczającym do należytego zrealizowania zamówienia. Natomiast zdolności wykraczające poza ten minimalny poziom mogą być przedmiotem kryteriów oceny ofert.

Podnosząc argumentację przeciwko treści opisanej w pkt nr 6a zamawiający wskazuje, że dla zadania nr 1 określił warunek udziału w postępowaniu poprzez wymóg posiadania przez Wykonawcę odpowiedniej floty pojazdów niezbędnej do prawidłowego wykonywania przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazał, że na potwierdzenie spełnienia przedmiotowych pojazdów wykonawca zobowiązany będzie złożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. W przedmiotowym dokumencie Zamawiający wymaga podania m.in. nr rejestracyjnych pojazdów, przeznaczonych do realizacji zamówienia. Jest to wystarczający dokument potwierdzający warunek udziału w postępowaniu. Dodatkowe żądanie dowodów rejestracyjnych pozostaje niezasadne na etapie rozstrzygania postępowania.

Odnośnie pkt 6b równie zbędne pozostaje wprowadzenie dodatkowego warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia. Wykonywanie przedmiotu zamówienia polegającego na odbieraniu odpadów komunalnych od mieszkańców/PSZOK i ich transporcie są czynnościami standardowymi. Poza procesem organizacyjnym nie wymagają wiadomości specjalnych czy specjalistycznego procesu badawczego. Nie jest zatem niezbędne wprowadzanie dodatkowego warunku. Wprowadzenie dodatkowego warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia nie tylko nie przyczyni się do jakości świadczenia usług, ale wręcz ograniczy konkurencyjność, co może wpłynąć na wyższą cenę. Dla zamawiającego kluczowym elementem usługi jest jej cena, która rok do roku znacząco wzrasta. Zdaniem zamawiającego jest to wynikiem zbyt małej ilości wykonawców na rynku i małej konkurencyjności. Należy zatem zapewnić warunki udziału dla wykonawców rozpoczynających działalność.

Odwołujący myli kilka istotnych kwestii. Po pierwsze twierdzi, że jedynie wykaz dowodów rejestracyjnych stanowi wykazanie spełniania warunku udziału. Podczas gdy oświadczenie wykonawcy zawierające wykaz pojazdów jest dokumentem obowiązującym w systemie zamówień publicznych. Stanowi wystarczający dowód spełniania warunku. Złożenie przez wykonawcę fałszywego oświadczenia jest zagrożone identyczną sankcją jak posłużenie się kserokopiami dowodów rejestracyjnych pojazdów, którymi wykonawca by nie dysponował. Zatem wymóg posiadania floty pojazdów zostanie spełniony i będzie przedmiotem weryfikacji zamawiającego. Niedorzeczne pozostaje twierdzenie odwołującego, że „Każdy z wykonawców może złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie dysponując nawet jednym pojazdem, spełniającym określone wymogi". Niedorzeczność wynika chociażby z faktu, że wszystkie składane przez wykonawcę dokumenty i oświadczenia oceniane są nie tylko pod kątem przesłanek wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia złożonej przez niego oferty, ale także w kontekście art. 297 § 1 ustawy Kodeks karny. Przekazywanie nieprawdziwych informacji stanowi czyn przestępczy. Ustawodawca penalizuje działanie polegające na przedkładaniu nierzetelnego dokumentu albo oświadczenia dotyczącego istotnych okoliczności w celu uzyskania zamówienia publicznego. Sprawca takiego działania podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Znamiona tego przestępstwa wypełnia działanie mające na celu uzyskanie zamówienia publicznego przez przedłożenie nierzetelnych dokumentów lub oświadczeń. Nierzetelność może wynikać z informacji, które są niepełne lub zniekształcone w sposób sugerujący rzeczywistość niezgodną z prawdą. W przypadku zamówień publicznych niemal zawsze takie informacje mają istotne znaczenie, co stanowi podstawę do przypisania odpowiedzialności karnej. Przestępstwo z art. 297 § 1 kk jest ścigane z urzędu, co oznacza, że każdy funkcjonariusz publiczny, zgodnie z art. 304 § 2 ustawy Kodeks postępowania karnego, ma obowiązek zgłoszenia organom ścigania informacji o możliwości jego popełnienia. Tym samym jeżeli urzędnik zauważy, że zamówienie zostało udzielone dzięki przedłożeniu przez wykonawcę podrobionego, przerobionego lub nierzetelnego oświadczenia lub dokumentu, a ich złożenie mogło mieć lub miało istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania, ma obowiązek zawiadomić organy ścigania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu nr 7 w całości ale dokonał zmiany treści SWZ.

Zamawiający nie przychyla się do wniosku wykonawcy o wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy transportowo-magazynowej oraz posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności

*gospodarczej, ponieważ **w istocie taki obowiązek wynikał zarówno z przepisów jak i treści SWZ**. Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia jest zbiórka oraz transport odpadów. Jest to działalność ściśle regulowana przepisami w zakresie gospodarki odpadami, ochrony środowiska, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przedmiotową usługę prowadzą wyspecjalizowane firmy, które posiadają odpowiednie zezwolenia i doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto o wymogu posiadania określonych zezwoleń zamawiający niejednokrotnie wspominał w Opisie Przedmiotu Zamówienia i wzorze umowy. W par. 10 ust. 1 wzoru umowy wykonawca oświadcza, że na dzień zawarcia umowy posiada wszystkie wymagane prawem zezwolenia (w tym decyzje administracyjne) niezbędne do świadczenia usługi związanej z odbiorem i transportem odpadów komunalnych oraz bazę magazynowo -transportową. Dodatkowo zgodnie z zapisami par. 16 wzoru umowy zamawiający przewidział możliwość, przeprowadzenia kontroli przedmiotowej bazy.*

Mimo powyższego, zamawiający zmodyfikował SWZ poprzez dopisanie we wzorze umowy następującego zapisu w §10 po pkt 1 dopisuje się pkt 1.1 o treści: „Wykonawca oświadcza, że dysponuje bazą magazynowo-transportową położoną w ..... przy ul....., spełniającą wszystkie wymagania określone w przepisach rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. poz. 122), która będzie przez nas wykorzystywana na potrzeby realizacji zamówienia".

Brak posiadania uprawnień/ bazy magazynowo-transportowej wymaganych przepisami prawa stanowi utratę przez Wykonawcę prawa do wykonywania działalności będącej przedmiotem niniejszej Umowy i skutkować będzie odstąpieniem od umowy na podstawie par. 19 ust. 2 pkt. 3 wzoru umowy. Tym samym Zamawiający odpowiednio się zabezpieczył przed udziałem wykonawców nieuprawnionych w przedmiotowym postępowaniu. Z ostrożności procesowej wskazać należy, że postulat objęty zarzutem był spełniony oraz dodatkowo dla usunięcia wszelkich wątpliwości określony nowo wprowadzonym zapisem.

Zamawiający uwzględnił zarzut nr 8 i dokonał zmiany treści SWZ.

Zamawiający informuje, że dokonał sprostowania zapisów Rozdziale 7 pkt 7.1. ppkt 5) lit. b) OPZpoprzez wykreślenie posiadania sytemu UHF.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu nr 9.

Zamawiający nie wyraża zgody na rozszerzenie Opcji nr 1 dla Zadania nr 1o zagospodarowanie odpadów. Przedmiotem Opcji nr 1 jest odbiór i transport wybranych frakcji odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Mienicach oraz odpadów wielkogabarytowych zebranych w czasie cyklicznych zbiórek prowadzonych na terenie gminy Wisznia Mała, w tym dostarczenie kontenerów i pojemników niezbędnych do zbiórki odpadów. Realizacja przedmiotowej Opcji będzie możliwa dopiero po wyłonieniu wykonawcy na zagospodarowanie wskazanej frakcji odpadów. Wybór wykonawcy na zagospodarowanie odpadów będących przedmiotem Opcji nr 1 realizowane jest w ramach niniejszego postępowania w ramach Zadania nr 2 pn: „Zagospodarowanie wybranych kodów odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Mienicach". RozszerzenieOpcji 1 również o zagospodarowanie odpadów zebranych podczas świadczenia zamówienia opcjonalnego spowoduje duplikowanie zamówień, co jest niedopuszczalne. Zamawiający nie ma możliwości udzielania zamówienia w dwóch równoległych postępowaniach.

Ponadto wskazuje się, że Opcja stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać, a więc nie jest źródłem zobowiązań zamawiającego w momencie udzielania zamówienia. Tym samym Opcja nr 1 zostanie uruchomiana po wyłonieniu wykonawcy na zadanie nr 2.

Jeśli Zamawiający nie wyłoni Wykonawcy na Zadanie nr 2 w przedmiotowym postępowaniu to nie udzieli Opcji nr 1. Dla części, której Zamawiający nie udzieli zamówienia zostanie powtórzone postępowanie.

Zamawiający uwzględnił zarzut nr 10 i dokonał zmiany treści SWZ.

Zamawiający wprowadził zmiany w Opisie Przedmiotu Zamówienia w rozdziale 8 po pkt 8.2 polegające na dopisaniu pkt 8.3 o treści:

1. Wykonawca zobowiązany jest do kontroli poprawności segregacji odpadów u źródła, ponieważ ta wpływa bezpośrednio na jakość odebranych odpadów od mieszkańców, które następnie Wykonawca, jako Operator, przekazuje do zagospodarowania.

2. Wykonawca jako Operator w imieniu Zamawiającego zobowiązany jest uczestniczyć w procedurze przejęcia odpadów w Instalacji Komunalnej.

3. W sytuacji, gdy podczas przejęcia dostawy odpadów do IK i stwierdzone zostanie, przez upoważnionych pracowników, że przywiezione przez Operatora odpady danej frakcji są zanieczyszczone, wszczęta zostanie poniższa procedura:

1) Tymczasowe wstrzymanie przyjęcia odpadu –IK informuje kierowcę (Operatora) o stwierdzonej niezgodności i zatrzymuje transport w wyznaczonej strefie kontroli.

2) Celem weryfikacji stopnia zanieczyszczenia IK zobowiązana jest do pobrana z transportu próbki przywiezionych odpadów. Próbka powinna ważyć min. 50 kg i zostać pobrana z co najmniej czterech miejsc.

3) IK dokonuje oględzin odpadu i sporządza dokumentację (opisową i fotograficzną), potwierdzającą stopień zanieczyszczenia dostarczonych odpadów. Zarówno czynność pobrania próbki, sfotografowanie jej, poddanie analizie wizualnej oraz ręcznej, jak i sporządzenie protokołu niezgodności muszą odbywać się w obecności Operatora.
4) W przypadku stwierdzenia, że zanieczyszczenie odpadów w próbce wynosi:
a) do 10% -IK zobowiązany jest przyjąć w całości odpad zgodnie z deklarowanym przez Zamawiającego (Operatora) kodem odpadów. Rozliczenie odbędzie się po cenach zaoferowanych przez wykonawcę jak dla zadeklarowanych odpadów.
b) od 10 do 70% -IK zobowiązany jest przyjąć odpad zgodnie z deklarowanym przez Zamawiającego (Operatora) kodem odpadów. W tym przypadku rozliczenie za zagospodarowanie przedmiotowych odpadów odbywać się będzie proporcjonalnie do stwierdzonego zanieczyszczenia. Rozliczenie odpadów stanowiących inną frakcję niż deklarowaną tzw. zanieczyszczenie odbywać się będzie po cenach jak za odpady zmieszane.
c) powyżej 70% -IK dokona zmiany kodu dostarczonych odpadów na odpady zmieszane.
4. W ramach procedury weryfikacyjnej Wykonawca zobowiązany będzie do weryfikacji poprawności przeprowadzonej procedury, w tym należytego pobrania odpadów do próby potwierdzenia stopnia zanieczyszczenia odpadów, lub wniesienia ewentualnych zastrzeżeń.
5. Jeżeli w trakcie trwania umowy dojdzie do sytuacji opisanej powyżej, a Wykonawca nie zgłosił wcześniej Zamawiającemu naruszeń związanych z segregacji odpadów i możliwości zanieczyszczenia odpadów powyżej 10%, lub nie wyjaśnił zaistniałej sytuacji to Zamawiający upoważniony będzie do dokonania pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy o zwiększone opłaty, na co Wykonawca wyraża zgodę. (…)".

Dnia 10.12.2025 r. (e-mailem) pismo procesowe zostało złożone przez Odwołującego. Stwierdził, że: *„(…) z uwagi na fakt, że Zamawiający uwzględnił niektóre zarzuty odwołania, wnoszę o modyfikację sposobu wykonania żądania Odwołującego w zakresie zarzutu nr 10 w następujący sposób: usunięcie w pkt 8.3 OPZ podpunktu5 wprowadzonego w odpowiedzi na odwołanie (…)".* Następnie, wskazał: *„(…) Odwołujący postawił zarzut nr 10 następującej treści: „naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i niepozwalający na wycenę ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia w cenie oferty - w dokumentacji Postępowania brak opisu procedur reklamacyjnych dotyczących dostaw odpadów w przypadku niezgodności zadeklarowanych kodów odpadów z rzeczywistym odpadem odebranym i dostarczonym do Instalacji Komunalnej oraz przekazania zanieczyszczonych odpadów do Instalacji Komunalnej, a także sposobu postępowaniaw przypadku, gdy odpad w ogóle nie zostanie przyjęty do Instalacji Komunalnej".*

Z powyższym zarzutem koresponduje następujące żądanie: „wprowadzenia w dokumentacji Postępowania opisu procedur reklamacyjnych dotyczących dostaw odpadów w przypadku niezgodności zadeklarowanych kodów odpadów z rzeczywistym odpadem odebranym i dostarczonym do Instalacji Komunalnej oraz przekazania zanieczyszczonych odpadów do Instalacji Komunalnej, a także sposobu postępowania w przypadku, gdy odpad w ogóle nie zostanie przyjęty do Instalacji Komunalnej".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał w tym zakresie: „Zamawiający uwzględnił zarzut nr 10 i dokonał zmiany treści SWZ. Zamawiający wprowadził zmianyw Opisie Przedmiotu Zamówienia w rozdziale 8 po pkt 8.2 polegające na dopisaniu pkt 8.3 o treści:
1. Wykonawca zobowiązany jest do kontroli poprawności segregacji odpadów u źródła , ponieważ ta wpływa bezpośrednio na jakość odebranych odpadów od mieszkańców, które następnie Wykonawca, jako Operator, przekazuje do zagospodarowania.
2. Wykonawca jako Operator w imieniu Zamawiającego zobowiązany jest uczestniczyć w procedurze przejęcia odpadów w Instalacji Komunalnej.
3. W sytuacji, gdy podczas przejęcia dostawy odpadów do IK i stwierdzone zostanie, przez upoważnionych pracowników, że przywiezione przez Operatora odpady danej frakcji są zanieczyszczone, wszczęta zostanie poniższa procedura:
1) Tymczasowe wstrzymanie przyjęcia odpadu IK informuje kierowcę (Operatora) o stwierdzonej niezgodności i zatrzymuje transport w wyznaczonej strefie kontroli.
2) Celem weryfikacji stopnia zanieczyszczenia IK zobowiązana jest do pobrana z transportu próbki przy wiezionych odpadów. Próbka powinna ważyć min. 50 kg i zostać pobrana z co najmniej czterech miejsc.
3) IK dokonuje oględzin odpadu i sporządza dokumentację (opisową i fotograficzną), potwierdzającą stopień zanieczyszczenia dostarczonych odpadów. Zarówno czynność pobrania próbki, sfotografowanie jej, poddanie analizie wizualnej oraz ręcznej, jak i sporządzenie protokołu niezgodności muszą odbywać się w obecności Operatora.
4) W przypadku stwierdzenia, że zanieczyszczenie odpadów w próbce wynosi:
a) do 10% - IK zobowiązany jest przyjąć w całości odpad zgodnie z deklarowanym przez Zamawiającego (Operatora) kodem odpadów. Rozliczenie odbędzie się po cenach zaoferowanych przez wykonawcę jak dla zadeklarowanych

odpadów.
b) od 10 do 70% - IK zobowiązany jest przyjąć odpad zgodnie z deklarowanym przez Zamawiającego (Operatora) kodem odpadów. W tym przypadku rozliczenie za zagospodarowanie przedmiotowych odpadów odbywać się będzie proporcjonalnie do stwierdzonego zanieczyszczenia. Rozliczenie odpadów stanowiących inną frakcję niż deklarowaną tzw. zanieczyszczenie odbywać się będzie po cenach jak za odpady zmieszane.
c) powyżej 70% IK dokona zmiany kodu dostarczonych odpadów na odpady zmieszane.
4. W ramach procedury weryfikacyjnej Wykonawca zobowiązany będzie do weryfikacji poprawności przeprowadzonej procedury, w tym należytego pobrania odpadów do próby potwierdzenia stopnia zanieczyszczenia odpadów, lub wniesienia ewentualnych zastrzeżeń.
5. Jeżeli w trakcie trwania umowy dojdzie do sytuacji opisanej powyżej, a Wykonawca nie zgłosił wcześniej Zamawiającemu naruszeń związanych z segregacji odpadów i możliwości zanieczyszczenia odpadów powyżej 10%, lub nie wyjaśnił zaistniałej sytuacji to Zamawiający upoważniony będzie do dokonania pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy o zwiększone opłaty, na co Wykonawca wyraża zgodę".

Odwołujący wnosi o usunięcie ponieważ tylko usunięcie powyższego zapisu pkt 8.3 ppkt 5 OPZ (pogrubiony powyżej) sprawi, że Odwołujący uzna, że jego zarzut został uwzględniony, a zmiany wprowadzone do SWZ są zgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący wskazuje, że nowy pkt 8.3 ppkt 5 OPZ stanowi niejako dodatkową karę umowną, w której wykonawca ma ponosić odpowiedzialność za nieprawidłowo posegregowane (zebrane) przez Mieszkańców odpady – wykonawca będzie musiał wówczas zapłacić za różnicę w kosztach zagospodarowania ich jako odpadów zmieszanych (wyższe koszty) zamiast selektywnie zebranych (niższe koszty).

Po pierwsze, Odwołujący wskazuje, że Wzór umowy w niniejszym Postępowaniu już przewiduje jedną karę umowną za takie samo przewinienie – w § 17 ust. 1 lit. qq) Zamawiający wprowadził karę w wysokości 300 zł „za każdorazowe stwierdzone przez Zamawiającego niewykonanie przez Wykonawcę obowiązku kontroli zawartości pojemników i worków przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia1". To powoduje, że wykonawca realizujący zamówienie będzie karany dwukrotnie za w zasadzie te same nieprawidłowości, a taki stan rzeczy nie jest zgodny z fundamentami prawa cywilnego, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „takie ukształtowanie postanowień umowy narusza obowiązujące przepisy, gdyż prowadzi do sytuacji, w której za to samo zdarzenie wykonawca jest karany podwójnie lub wręcz potrójnie (zob. pkt 1-3, pkt 4-6) - przez brak wypłaty wykonawcy wynagrodzenia i jednoczesne nałożenie kary umownej oraz jej zwielokrotnienie w przypadku zwłoki w przystąpieniu do usunięcia nieprawidłowości. (…) Kumulacja kar umownych za to samo naruszenie jest nieuprawniona. Niedopuszczalność kumulowania kar umownych, tj. naliczania 2 różnych kar umownych za tę samą okoliczność faktyczną jest przyjętym od lat stanowiskiem zarówno doktryny, jak i orzecznictwa" (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2025 r., KIO 3027/25).

Po drugie, Wykonawca jest poprzez nowy pkt 8.3 ppkt 5 OPZ obarczany odpowiedzialnością za nieprawidłową zbiórkę odpadów przez Mieszkańców, co jest niezgodne z przepisami prawa, a co potwierdza Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 15 października 2025 r., sygn. akt XXIII Zs 96/25: „wszystkie postanowienia dokumentacji przetargowej dotyczące nakładania na wykonawców obowiązku uzyskania odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu podlegały usunięciu, a zatem również kary umowne w tym zakresie – bowiem wykonawcy nie mają wpływu na „jakość materiału" – ilość i rodzaj odpadów wytwarzanych przez mieszkańców i ich organizacje na terenie zamawiającego". W niniejszej sprawie, analogicznie, Wykonawca nie ma wpływu na udział zanieczyszczeń w odbieranych odpadach, zgodnie z nowym pkt 8.3 ppkt 5 OPZ, ma on jednak ponosić odpowiedzialność finansową za te zanieczyszczenia – choć wykonawca ma tylko ograniczone możliwości kontroli podczas odbioru odpadów. Za zanieczyszczenia odpadów odpowiada Zamawiający. Zamawiającym jest bowiem Gmina Wisznia Mała. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową. Zgodnie z art. 1 ust. 2 tej ustawy ilekroć w ustawie jest mowa o gminie, należy przez to rozumieć wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium. Niedopuszczalne jest zatem przenoszenie tej odpowiedzialności w całości na wykonawcę.

Po trzecie, dla zadania nr 1 zakres Postępowania obejmuje odbiór, zbieranie i transport odpadów komunalnych odbieranych bezpośrednio z terenu nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Wisznia Mała i z PSZOK w Mienicach. O ile przy odbiorze odpadów z nieruchomości zamieszkałych ciąży na wykonawcy obowiązek ustawowy weryfikacji poprawności segregacji odpadów określony w art. 6ka ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, to wykonawca nie ma takiego obowiązku odbierając kontenery z odpadami z PSZOK (u źródła). PSZOK prowadzi Zamawiający. To gmina ponosi odpowiedzialność za to, co przyjmuje do kontenerów od Mieszkańców. Wykonawca jedynie odbiera odpady i jedzie bezpośrednio do ZGO GAĆ jako IK wskazanego w dokumentacji. Jeśli na

miejscu okaże się, że w odpadach jest ponad 70% zanieczyszczeń i odpady zostaną przekwalifikowane na zmieszane (co powoduje zwiększenie kosztów zagospodarowania), to dlaczego wykonawca ma ponosić koszty w myśl zapisu nowego pkt 8.3 ppkt 5 OPZ, jeśli wszystko to jest konsekwencją niepoprawnej segregacji odpadów na terenie PSZOK prowadzonego przez Zamawiającego? (…)". Pismo zostało złożone tak jak odwołanie.

Dnia 12.12.2025 r. (e-mailem) pismo procesowe zostało złożone przez Odwołującego. Stwierdził, że: *„(…) niniejszym cofam odwołanie w sprawie wszczętej odwołaniem z dnia 3 listopada 2025 r. rozpoznawane pod sygn. akt KIO 4863/25 w zakresie, w jakim nie zostało uwzględnione przez Zamawiającego. (…)".* Pismo zostało złożone tak jak odwołanie.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części a pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił się żaden Przystępujący. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 NPzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem: *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.* Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 NPzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).
W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……