



URZĄD MIEJSKI W KLUCZBORKU	
Wpl. Dnia	25. 06. 2018
Nr.....	
SEKRETARIAT	

Krapkowice, dnia 22 czerwca 2018 roku

Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a (Adgar Plaza)  
02-676 Warszawa

**ODWOŁUJĄCY:** FCC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10,  
reprezentowana przez r. pr. Waldemara Gumiennego  
z Kancelarii GUMIENNY.eu, ul. Głowackiego 10, 47-300  
Krapkowice,  
tel. / fax 77 44 59 372 , e-mail: [sekretariat@gumienny.eu](mailto:sekretariat@gumienny.eu)

**ZAMAWIAJĄCY:** Gmina Kluczbork  
ul. Katowicka 1, 46-200 Kluczbork  
tel./fax 77 418 22 30, e-mail: [gmiu@kluczbork.pl](mailto:gmiu@kluczbork.pl)

**OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:**

Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork, nr referencyjny GM.271.19.2018.MC

**NUMER OGŁOSZENIA W DZIENNIKU URZĘDOWYM UE:**  
2018/S 111-252990 (13.06.2018)

Działając w imieniu Wykonawcy: FCC Polska sp. z o.o. (pełnomocnictwo w załączeniu), zwanego dalej również: Odwołującym, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., zwanej dalej: PZP), wnoszę:

## ODWOŁANIE

wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz treści Ogłoszenia o zamówieniu

#### ZWIĘZŁE PRZEDSTAWIENIE ZARZUTÓW:

Zamawiający naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 i 2 PZP, art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 487 § 2 KC poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz poprzez zapis rozdziału 6 pkt 13) i 14) załącznika nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim Zamawiający wprowadził wymóg zapewnienia zagospodarowania przez Wykonawcę odpadów w latach 2021 i 2022 zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w sytuacji gdy nie są jeszcze znane poziomy recyklingu, które będą obowiązywały w latach 2021 i 2022;
- 2) art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC i art. 487 § 2 KC oraz art. 142 ust. 5 PZP poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:
  - a) w § 4 lit. k wzoru umowy Zamawiający narzucił zobowiązanie rezultatu uzależnione od aktywności oraz woli poszczególnych mieszkańców;
  - b) w § 8 ust. 10 wzoru umowy Zamawiający wyłączył jakąkolwiek możliwość zmiany cen jednostkowych w całym 48-miesięcznym okresie realizacji zamówienia publicznego;
  - c) w § 14 ust. 2 wzoru umowy zawarł błędne odesłanie oraz zawęził zakres przypadków mogących uzasadniać zmianę wynagrodzenia umownego wykonawcy (co i tak pozostaje w sprzeczności z brzmieniem § 8 ust. 10 wzoru umowy) w odniesieniu do realiów przedmiotowego zamówienia;
  - d) w § 12 ust. 2 lit. b)-h) wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane i nieadekwatne kary umowne, stanowiące w istocie mechanizm dodatkowego dochodu dla Zamawiającego;
  - e) w pkt. 12 rozdziału 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający przyznał sobie prawo żądania przeprowadzenia interwencyjnego odbioru, poza określonymi harmonogramami, w ramach zwykłego wynagrodzenia Wykonawcy.

## WNIOSEK (ŻĄDANIE) CO DO ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) skrócenie terminu na jaki jest udzielane zamówienie publiczne do 2 lat (tj. od 1.01.2019 r. do 31.12.2020 r.);
- 2) wykreślenia § 4 lit. k) wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ);
- 3) wykreślenia § 8 ust. 10 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ);
- 4) zmiany dotychczasowej treści § 14 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*Stosownie do treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 niniejszej umowy w następujących przypadkach:*

- a) *w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług,*
- b) *w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
- c) *w przypadku zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,*
- d) *zmiany warunków świadczenia usługi, jeżeli w chwili składania oferty warunki te nie były znane wykonawcy nawet przy dochowaniu należytej staranności, a są to warunki mające wpływ na wysokość wynagrodzenia z jednej strony, a z drugiej zaś konieczne w celu spełniania obowiązków w zakresie odbierania odpadów komunalnych nałożone przepisami prawa;*
- e) *zmiany przepisów regulujących gospodarkę odpadami, które to przepisy mogą mieć bezpośredni wpływ na koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia;*
- f) *zmiany ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych.*

*- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania niniejszej umowy przez Wykonawcę.*

- 5) zmiany dotychczasowej treści § 12 ust. 2 lit. b)-h) wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) poprzez nadanie im następującego brzmienia:

- b) za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji w wysokości kary określonej zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ostatecznie i prawomocnie ustalonej dla Gminy, faktycznie zapłaconej przez Zamawiającego.
- c) w wysokości 200zł za każdy stwierdzony przypadek mieszania odbieranych odpadów segregowanych z odpadami zmieszanymi,
- d) w wysokości 20 zł za każdy stwierdzony przypadek opóźnienia w wykonaniu obowiązku określonego w pkt 2 ppkt 10 Załącznika Nr 1 do niniejszej umowy,
- e) w wysokości 1000 zł za każdy dzień przerwy w odbieraniu odpadów z przyczyn zależnych od Wykonawcy,
- f) w wysokości 100 zł za każdy dzień opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu harmonogramu odbioru odpadów, w celu jego akceptacji,
- g) w wysokości 200 zł za jednorazowy brak odbioru odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,
- h) w wysokości 100 zł za każdorazowe naruszenie terminów otwarcia Biura Obsługi Klienta określonych w ofercie Wykonawcy.
- 6) w rozdziale 2 pkt 10 Opisu Przedmiotu Zamówienia zamienić słowo „wyposażenie” na „możliwość wyposażenia”;
- 7) przeniesienia dotychczasowej treści pkt 12 rozdziału 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia do rozdziału 7 OPZ jako nowego pkt 8 w tym rozdziale oraz dokonania odpowiednich zmian w treści wzoru oferty oraz § 8 wzoru umowy;
- 8) dokonania odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu będących konsekwencją pkt 1-6 powyżej;

a także:

- zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

#### **WYKAZANIE INTERESU WE WNIESIENIU ODWOŁANIA**

Stosownie do art. 179 ust. 1 PZP, Odwołujący podnosi, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego. Obecna treść SIWZ w istocie uniemożliwia Odwołującemu złożenie racjonalnie skalkulowanej oferty w przedmiotowym postępowaniu bez narażania się na wykluczenie z udziału w postępowaniu bądź odrzucenie oferty. Odwołujący

może zatem ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, które mógłby uzyskać, w przypadku udzielenia mu zamówienia.

#### **WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH ODWOŁANIA ORAZ WSKAZANIE DOWODÓW NA ICH POPARCIE:**

- I. **Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 14 ust. 1 PZP i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup>, art. 5 oraz art. 487 § 2 KC, w zakresie w jakim Zamawiający wprowadził wymóg zapewnienia zagospodarowania przez Wykonawcę odpadów w roku 2021 i 2022 zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w sytuacji gdy nie są jeszcze znane poziomy recyklingu, które będą obowiązywały w roku 2021 i 2022;**

Zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W myśl art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast sporządzony przez Zamawiającego Opis Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, nie spełnia powyższych wymagań, gdyż nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jednocześnie w załączniku nr 8 do SIWZ Wzór umowy, Zamawiający w § 2 ust. 2 lit. b) przewidział postanowienie, według którego Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji w wysokości kary ustalonej dla Gminy, określonej zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Aktualnie obowiązujące przepisy określają poziom recyklingu odpadów komunalnych do dnia 31 grudnia 2020 r. Zgodnie bowiem z § 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 2167), *Rozporządzenie określa:*

1) poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła,

2) poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne

- w poszczególnych latach do dnia 31 grudnia 2020 r., a także sposób obliczania tych poziomów.

Zamawiający nie może zatem skutecznie zobowiązać Wykonawcy do zagwarantowania poziomów recyklingu w oparciu o przepisy prawa, które w chwili obecnej nie są znane. Wykonawca nie może zobowiązać się do zagwarantowania poziomów recyklingu zgodnie z obowiązującymi nieznanymi mu w chwili obecnej przepisami prawa, zwłaszcza z uwagi na fakt, iż Zamawiający przewiduje karę umowną za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu.

Ponadto z uwagi na to, iż ani Zamawiający, ani Wykonawca nie zna poziomu recyklingu w latach 2021 i 2022, to nie może on oszacować realności szans na jego osiągnięcie ani też oszacować i uwzględnić w cenie oferty środków, które będzie musiał podjąć w celu osiągnięcia tych poziomów oraz ewentualnych ryzyk związanych z nieosiągnięciem wymaganego poziomu.

Nadto należy wskazać, że to Zamawiający, a nie wykonawca podejmuje istotne decyzje dotyczące organizacji systemu zbierania odpadów na terenie gminy Kluczbork, mające pierwszorzędne znaczenie i wpływ na możliwość osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. W szczególności, to Zamawiający decyduje o ilości pojemników i worków na odpady segregowane oraz częstotliwości ich odbioru, a także o środkach egzekwowania od mieszkańców przestrzegania obowiązku segregacji odpadów i ich stosowaniu. Wykonawca nie może być zatem jedynym podmiotem obciążonym wszelkimi negatywnymi skutkami nieprawidłowego działania systemu, na którego zaprojektowanie i zorganizowanie nie miał i nie ma żadnego wpływu (poza złożeniem niniejszego odwołania).

Wykonawca nie może się także zobowiązać do zagwarantowania nikomu nieznanymi, przyszłymi przepisami określającymi wymagane poziomy recyklingu odpadów w latach 2021 i 2022. Zamawiający nie tylko sankcjonuje ich ewentualne niedotrzymanie, lecz także w § 8 ust. 10 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) wprost wyklucza możliwość jakichkolwiek zmian

zaoferowanych cen jednostkowych. Nie znając jeszcze wymaganego poziomu recyklingu w 2021 i 2022 roku (a więc połowy okresu realizacji zamówienia publicznego), żaden wykonawca nie jest w stanie oszacować realności szans na ich osiągnięcie, ani tym bardziej określić i uwzględnić w stawkach cen jednostkowych środków, które będą musiały być podjęte w celu osiągnięcia nieznanymi poziomów, jak również ryzyk związanych z ich ewentualnym niedotrzymaniem.

Izba w wyroku z dnia 27 marca 2014 r. (KIO 487/14) zaznaczyła, że „(...) zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353 (1) k.c. a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”

Najprostszym rozwiązaniem zarówno dla Zamawiającego, jak i dla potencjalnych wykonawców byłoby tutaj skrócenie okresu, na jaki jest udzielane przedmiotowe zamówienie – do dwóch lat (2019 i 2020). Analogiczne rozwiązanie zostało bowiem przyjęte przez innych zamawiających z terenów ościennych województw.

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

- II. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC, art. 5 i art. 487 § 2 KC oraz art. 142 ust. 5 PZP poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji**

- A. Zobowiązanie rezultatu uzależnione od aktywności oraz woli poszczególnych mieszkańców**

Zgodnie z § 4 lit. k) wzoru umowy Wykonawca „zobowiązuje się, że w dniu rozpoczęcia świadczenia usług tj. 1 stycznia 2019 roku wszystkie nieruchomości objęte wykazem dostarczonym przez Zamawiającego będą wyposażone przez

*Wykonawcę w pojemniki i worki do zbierania odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych w ilości i rodzaju uzgodnionym z właścicielem nieruchomości”.*

Podobne postanowienie zostało przewidziane w rozdziale 12 pkt 10 Opisu Przedmiotu Zamówienia, gdzie wskazano, że *Wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości wyposażenie nieruchomości w odpowiednie rodzaje i ilości pojemników do zbierania odpadów oraz dostarczyć pierwszy komplet worków w terminie do dnia 1 stycznia 2019r. Kolejne zestawy worków po każdorazowym odbiorze („na wymianę – 1 za 1”).* Jednocześnie za niedochowanie powyższego obowiązku jest przewidziana kara w wysokości 200,00 zł za każdy stwierdzony przypadek (por. § 12 ust. 2 lit. d) wzoru umowy).

Z kolei, zgodnie z § 9 ust. 1 Uchwały nr L/486/18 Rady Miejskiej w Kluczborku (załącznik nr 9 do SIWZ), *Właściciel nieruchomości zapewnia we własnym zakresie [podkr. W.G.] wyposażenie nieruchomości w typowe pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych o parametrach szczegółowo określonych w odrębnej uchwale w ilości uwzględniającej ilość osób korzystających z pojemników stanowiących wyposażenie nieruchomości oraz częstotliwość odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości.*

Oznacza to, że wymóg określony w § 4 lit. k wzoru umowy jest zobowiązaniem niemożliwym do spełnienia przez wykonawcę. Zgodnie z zapisami rozdziału 2 pkt. 6 i 7 OPZ, *Wykonawca ma zapewnić właścicielom nieruchomości możliwość wyposażenia nieruchomości w odpowiednie rodzaje i ilości pojemników* do zbierania odpadów spełniających wymagania określone w „Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Kluczbork” na zasadach ustalonych między właścicielem nieruchomości, a firmą wywozową. Zapis ten nie jest równoznaczny z obowiązkiem wyposażenia każdej nieruchomości w pojemniki.

Z tego też względu konieczne jest nie tylko wykreślenie lit. k) w § 4 wzoru umowy, ale też nadanie następującego brzmienia w rozdziale 2 pkt 10 OPZ: *Wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości możliwość wyposażenia nieruchomości w odpowiednie rodzaje i ilości pojemników do zbierania odpadów oraz dostarczyć pierwszy komplet worków w terminie do dnia 1 stycznia 2019r. Kolejne zestawy worków po każdorazowym odbiorze („na wymianę – 1 za 1”).*



Wykonawca nie ma bowiem żadnego wpływu na to czy i kiedy mieszkaniec zwróci się do niego z prośbą o wydzierżawienie pojemnika, a co za tym idzie nie powinien być karany za ewentualne nieprzestrzeganie przez mieszkańca aktów prawa miejscowego Zamawiającego. Odpowiedzialność Wykonawcy obejmuje bowiem tylko umożliwienie mieszkańcowi wyposażenia nieruchomości w odpowiednie pojemniki oraz worki.

**B. Niezmiennosc w czteroletnim okresie realizacji zamówienia oraz błędne i zawężające wymienienie przypadków w których dopuszczalna jest zmiana cen**

*Zgodnie z § 8 ust. 10 wzoru umowy, Zaoferowane przez Wykonawcę ceny jednostkowe ryczałtowe są cenami ostatecznymi obowiązującymi przez cały okres realizacji umowy i nie będą podlegały żadnym zmianom.*

Przedmiotowe postanowienie umowne w oczywisty i rażący sposób narusza treści art. 142 ust. 5 PZP. Zgodnie bowiem z tym przepisem, *Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości należnego wykonawcy (...).*

Co więcej, zgodnie § 14 ust. 2 Wzoru Umowy, *Stosownie do treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 2 niniejszej umowy (...).* Z kolei, zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru Umowy, *Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy, jeżeli (...).* Wydaje się, iż § 14 ust. 2 Wzoru Umowy powinien się być odwoływać raczej do § 8 Umowy.

Nadto należy zaznaczyć, iż z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, katalog obligatoryjnych przypadków wymienionych w art. 142 ust. 5 PZP, powinien zostać rozszerzony o co najmniej trzy sytuacje:

- 1) zmiany warunków świadczenia usługi, jeżeli w chwili składania oferty warunki te nie były znane wykonawcy nawet przy dochowaniu należytej staranności, a są to warunki mające wpływ na wysokość wynagrodzenia z jednej strony, a z drugiej zaś konieczne w celu spełniania obowiązków w zakresie odbierania odpadów komunalnych nałożone przepisami prawa;
- 2) zmiany przepisów regulujących gospodarkę odpadami, które to przepisy mogą mieć bezpośredni wpływ na koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia;
- 3) zmiany ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych.

W regionie północnym województwa opolskiego znajduje się bowiem tylko jedna instalacja mająca status RIPOK. Oznacza to, iż każda zmiana ceny zagospodarowania odpadów komunalnych w przedmiotowej instalacji będzie miała bezpośredni wpływ na poziom kosztów ponoszonych przez wykonawcę przy realizacji niniejszego zadania.

Przy czteroletnim okresie realizacji umowy, brak zapewnienia wykonawcy możliwości ubiegania się o waloryzację cen jednostkowych w związku ze wzrostem cen zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji jest rażącym naruszeniem przez Zamawiającego równowagi stron umowy, oraz tzw. uczciwości kupieckiej. Zamawiający w dążeniu do wieloletniego zachowania stałych i niezmiennych cen (co zapewne nie jest bez związku z nadchodzącymi wyborami samorządowymi), chce przerzucić całość ryzyka na wykonawcę.

### C. Rażąco wygórowane kary umowne

Zgodnie z § 12 ust. 2 lit. b)-h) wzoru umowy, *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:*

*b) za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji w wysokości kary ustalonej dla Gminy, określonej zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.*

*c) w wysokości 1000zł za każdy stwierdzony przypadek mieszania odbieranych odpadów segregowanych z odpadami zmieszanymi,*

*d) w wysokości 200 zł za każdy stwierdzony przypadek opóźnienia w wykonaniu obowiązku określonego w pkt 2 ppkt 10 Załącznika Nr 1 do niniejszej umowy,*

*e) w wysokości 5000 zł za każdy dzień przerwy w odbieraniu odpadów z przyczyn zależnych od Wykonawcy,*

*f) w wysokości 500 zł za każdy dzień opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu harmonogramu odbioru odpadów, w celu jego akceptacji,*

*g) w wysokości 10 tys. zł za jednorazowy brak odbioru i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,*

*h) w wysokości 1 tys. zł. za każdorazowe naruszenie terminów otwarcia Biura Obsługi Klienta określonych w ofercie Wykonawcy.*

Opisana powyżej wysokość kar umownych jest całkowicie oderwana od wartości zamówienia, wagi poszczególnych przewinień, czy też potencjalnej szkody dla Zamawiającego.

W przypadku kary umownej przewidzianej w lit. b), powinna ona stanowić równowartość kary nie tylko ostatecznie ustalonej, lecz faktycznie

zapłaconej przez Zamawiającego. Istnieje bowiem możliwość ubiegania się o umorzenie nałożonej kary – w takim wypadku Zamawiający byłby niesłusznie wzbogacony kosztem Wykonawcy.

W przypadku kary umownej przewidzianej w lit. d), wysokość kary jest kilkaset razy większa od potencjalnej szkody, tj. równowartości niedostarczonych worków na śmieci (kilkadziesiąt groszy).

Kuriozalna jest także wysokość kary przewidzianej w lit. h), gdzie nawet za jednonumutowe spóźnienie może zostać nałożona kara w wysokości 1000 zł. Podobnie nieadekwatne i wygórowane są pozostałe kary umowne. Kary umowne nie mogą stanowić źródła dochodu Zamawiającego (finansowania innego rodzaju działalności).

Na szczególną uwagę zasługuje kara umowna określona w lit. g), gdyż wydaje się ona stanowić szczególny mechanizm odstraszenia od udziału w niniejszym postępowaniu wykonawców niepreferowanych przez Zamawiającego. Ma ona bowiem ścisły związek z treścią rozdziału 4 pkt 12 OPZ, o którym mowa poniżej. Nadto należy zaznaczyć, iż przedmiotowa kara jest zarówno za brak odbioru, jak i brak zagospodarowania. Tymczasem przekazując odpad do odpowiedniej instalacji Wykonawca przekazuje również odpowiedzialność za jego zagospodarowanie prowadzącemu daną instalację, nie mając żadnego wpływu na dalsze losy odpadu. A poza tym nie wiadomo kiedy ma zostać zagospodarowany ten odpad żeby nie ponieść kary? W dniu odbioru? W ciągu tygodnia, miesiąca, roku, 3 lat? Jest to kolejna sytuacja, w której Zamawiający dąży do nałożenia kary umownej za nieosiągnięcie rezultatu, za który Wykonawca w istocie nie odpowiada.

Jak trafnie wskazał bowiem Sąd Apelacyjny w Katowicach, *„Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego”*<sup>1</sup>.

#### **D. Interwencyjny odbiór odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego bez dodatkowego wynagrodzenia**

Zgodnie z rozdziałem 4 pkt 12 OPZ, *Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzić interwencyjny odbiór i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego na terenie całej Gminy po zgłoszeniu takiej konieczności przez Zamawiającego.*

Nie ulega bowiem wątpliwości, że prowadzenie interwencyjnego odbioru, poza zwykłymi harmonogramami, wiąże się z istotnymi kosztami

---

<sup>1</sup> Wyrok z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. akt V A Ca 483/08.

logistycznymi, które nie zostaną pokryte ze zwykłych cen jednostkowych podanych w ofercie. Stąd też zasadne jest dodanie dodatkowej pozycji ryczałtowej za każdy odbiór interwencyjny realizowany na żądanie Zamawiającego. Brak jest bowiem realnej możliwości wyceny tego rodzaju usługi jako składowej ceny usługi podstawowej, ponieważ wymaga to od Wykonawcy realizacji osobnych tras o nieznanej długości, częstotliwości oraz ilości odbieranych odpadów.

SIWZ nie określa ile razy w trakcie trwania umowy, może się odbyć taki interwencyjny odbiór. Nie można zatem wykluczyć, iż w przypadku zaferowania najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę innego niż preferowany przez Zamawiającego, taki odbiór interwencyjny będzie idealnym środkiem gnębienia wykonawcy przez Zamawiającego. W skrajnym przypadku taki odbiór interwencyjny może się odbywać nawet kilka razy dziennie, a każde uchybienie w tym zakresie jest obwarowane karą umowną w wysokości 10 000,00 zł. Już chociażby zarządzenie interwencyjnego odbioru co tydzień naraża potencjalnych wykonawców na kary rzędu 0,5 miliona złotych rocznie.

Oczywiście, Odwołujący nie zakłada aby zamiarem Zamawiającego było tego rodzaju działanie, stąd też wniosek o przeniesienie przedmiotowego postanowienia do rozdziału 7 OPZ, gdzie jest mowa o usługach dodatkowych, mających odrębną wycenę oraz zasady płatności. Zdaniem Odwołującego powinno to być wyceniane jako osobna usługa wg odrębnej stawki jednostkowej.

Także i w tym przypadku mamy do czynienia z szeregiem naruszeń mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Mając na względzie powyższe, niniejsze Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Załączniki:**

- 1) aktualny odpis z KRS FCC Polska sp. z o.o.;
- 2) pełnomocnictwo;
- 3) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 4) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) dowód przesłania kopii niniejszego odwołania do Zamawiającego;

**Otrzymują:**

- adresat (x 1);
- Zamawiający (x 1);
- a/a (x 1).

ADWOKAT PRAWNY  
Waldemar Gumiczny