

Warszawa, dnia 2 września 2019 roku

Do:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

**Gmina Olesno**  
46-300 Olesno, ul. Pieloka 21  
Olesno  
tel.: +48 343509172  
e-mail: [zamowienia@olesno.pl](mailto:zamowienia@olesno.pl)

Odwołujący:

**FBSerwis S.A.**  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
reprezentowana przez:  
Adriannę Chmiel  
tel.: 508 347 547  
e-mail: [adrianna.chmiel@fbserwis.pl](mailto:adrianna.chmiel@fbserwis.pl)

**dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia pn. „**Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Olesno**” („**Zamówienie**”), prowadzonego przez Gminę Olesno („**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego, którego ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 sierpnia 2019 r., nr ogłoszenia 2017/S 237-492429, nr wew. Zamawiającego IX.271.26.2019 („**Postępowanie**”)

## ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie, przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (dalej: "**Odwołujący**"), w oparciu o pełnomocnictwo, którego uwierzytelniony odpis przekazuję w załączeniu, na podstawie **art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 179 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.; dalej: "**ustawa PZP**"), wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. [Zarzut nr 1] **art. 6 f. ust. 3 i 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach** (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454, ze zm.; dalej: „**UCPG**”) w

brzmieniu nadanym **art. 1 pkt 10 lit. b) ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw** (dalej: „**Ustawa Nowelizująca**”) poprzez wskazanie w § 8 Załącznika nr 7 do SIWZ - Projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej: „**Projekt Umowy**”), że z tytułu realizacji usługi odbioru i zagospodarowania wykonawca będzie uprawniony do otrzymania wynagrodzenia ryczałtowego, którego wysokość będzie niezależna od ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych, podczas gdy **zgodnie z powołanymi przepisami**, w umowie w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów powinna stanowić stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych,

przy czym ww. przepisy będą obowiązywały w dacie zawierania umowy w sprawie zamówienia udzielanego w Postępowaniu, a brak jest przepisów przejściowych, które **do umów** zawieranych w wyniku postępowań wszczętych przed wejściem w życie Ustawy Nowelizującej nakazywałyby stosowanie przepisów dotychczasowych.

2. **[Zarzut nr 2] art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP** poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, tj. przez przyjęcie ryczałtowego modelu ustalania wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, w którym wysokość tego wynagrodzenia jest uniezależniona od rzeczywistych nakładów pracy oraz ilości odebranych i zagospodarowywanych odpadów komunalnych przy jednoczesnym obciążeniu wykonawcy trudnym do oszacowania ryzykiem dotyczącym między innymi:
  - a. zmianą ceny zagospodarowania odpadów, w szczególności odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji  
przewidując jednocześnie możliwość zmiany umowy w tym zakresie, przy czym rozwiązanie to, po pierwsze nie gwarantuje Wykonawcy, że dodatkowe koszty świadczenia usługi znajdą pokrycie w zmienionym wynagrodzeniu (z uwagi na to, że zmiana umowy jest uzależniona od woli Zamawiającego i na etapie sporządzania oferty trudno jest przewidzieć, czy Zamawiający w toku realizacji umowy taką wolę wyrazi), po wtóre zaś jest nieadekwatne do potencjalnego wzrostu kosztów wykonawcy, bowiem nawet niewielka zmiana w tym zakresie spowodować znaczący wzrost kosztów realizacji zamówienia, wreszcie po trzecie, postanowienie uzasadniające możliwość zmiany odnosi się wyłącznie do „**właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych**” (RIPOK), w której – w wyniku Ustawy Nowelizującej - w momencie realizacji umowy faktycznie nie będzie;
  - b. wzrostu liczby mieszkańców i związanego z tym wzrostu ilości odpadów podlegających odbiorowi i zagospodarowaniu (prowadzącego do zwiększenia kosztów realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia), w tym konieczności wyposażenia nieruchomości w pojemniki lub worki bez ustanowienia adekwatnego mechanizmu zapewniającego zmianę wynagrodzenia w przypadku zaistnienia takiego wzrostu (pkt 2 ppkt. 6) SOPZ)
  - c. wykonania niesprecyzowanych obowiązków, których rozmiar na etapie składania oferty nie może być przewidziany, dotyczących:

- i. dostosowania częstotliwości odbierania odpadów komunalnych do „specyfiki danej nieruchomości i odpadów powstających na niej” (pkt 4 ppkt 3) SOPZ)
- ii. realizacji usługi również w przypadku, kiedy dojazd do nieruchomości jest utrudniony, w szczególności z powodu prowadzonych remontów dróg, objazdów, uroczystości itp. Dotyczy to również nieruchomości, które są oddalone od głównej drogi dojazdowej, droga do posesji jest nieutwardzona lub występują wąskie wjazdy, itp. W takich przypadkach wg SOPZ Wykonawcy nie przysługują mu roszczenia z tytułu wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 5 ppkt 10) SOPZ)

przy czym zakres i rozmiar ryzyka wynikającego z przywołanych okoliczności na etapie sporządzania oferty – w oparciu o informacje zawarte w SIWZ – nie może być przewidziany, co praktycznie uniemożliwia dokonanie przez prawidłowego oszacowania tego ryzyka oraz rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę SIWZ, formularza ofertowego oraz § 8 Projektu Umowy poprzez zastąpienie obowiązku zaoferowania (określenia w ofercie) ceny ryczałtowej za miesiąc świadczenia usługi ceną wynikającą ze stawek za odbiór 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów komunalnych oraz stawek za zagospodarowanie 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów komunalnych,
3. wykreślenie z pkt 5 ppkt 10) SOPZ zdania, że Wykonawcy nie przysługują roszczenia z tytułu wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia;
4. przewidzenia metody waloryzacji ceny w przypadku konieczności zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów oraz zwiększenia liczby nieruchomości.

## UZASADNIENIE

### **1. Uzasadnienie Zarzutu nr 1, dotyczącego ustanowienia modelu wynagrodzenia ryczałtowego oraz jego niezgodności z przepisami, które będą obowiązywały w dacie realizacji umowy i które były opublikowane przed ogłoszeniem SIWZ w Postępowaniu**

Przystępując do uzasadnienia zarzutu dotyczącego przyjętego przez Zamawiającego modelu wynagrodzenia ryczałtowego wskazać należy, Ustawa Nowelizująca, wprowadzająca szereg niezwykle istotnych zmian związanych z gminnymi systemami gospodarki odpadami komunalnymi została w dniu 22 sierpnia 2019 r. opublikowana w Dzienniku Ustaw (poz. 1579). Zgodnie z artykułem 27 Ustawy Nowelizującej, istotna większość przepisów wchodzi w życie 6 września 2019 r. W chwili orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą ta ustawa będzie już obowiązująca. **Podkreślenia wymaga, że Ustawa Nowelizująca, w momencie publikacji SIWZ, była już opublikowana w Dzienniku Ustaw.**

W tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z art. 1 pkt 10 lit. b) Ustawy Nowelizującej, w art. 6f UCPG wprowadzone zostają uregulowania ust. 3 i 4 w następującym brzmieniu:

„3. Podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości **stanowi stawka za 1 Mg odebranych** odpadów komunalnych.

4. Podstawę ustalenia wynagrodzenia za zagospodarowywanie odpadów komunalnych stanowi **stawka za 1 Mg zagospodarowanych** odpadów komunalnych.”

Przedmiotowe postanowienia ustanawiają regułę, zgodnie z którą w umowie w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie albo odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obowiązywać ma model wynagrodzenia zakładający rozliczenia według stawki za każdą odebraną oraz każdą zagospodarowaną tonę (1 Mg) odpadów komunalnych. Postanowienia te wyłączają zatem możliwość stosowania takiego modelu wynagradzania, który Zamawiający przyjął w niniejszym postępowaniu (wynagrodzenie ryczałtowe, niezależne do ilości odbieranych i zagospodarowywanych odpadów).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że przywołane postanowienia Ustawy Nowelizującej (tj. wprowadzające nowe regulacje art. 6f ust. 3 i 4 UCPG) jak większość pozostałych postanowień tej ustawy wchodzi w życie w terminie 14 dni od dnia ogłoszenia. Regulacje te będą obowiązywały nie tylko w chwili zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale przede wszystkim w trakcie jej realizacji. W momencie publikacji SIWZ okoliczność ta nie budziła żadnych wątpliwości.

Jednocześnie, co istotne, przepisy przejściowe Ustawy Nowelizującej nie przewidują, aby do umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną zawarte po dniu wejścia w życie ustawy w wyniku rozstrzygnięcia postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed jej wejściem w życie, miałyby być stosowane przepisy dotychczasowe.

Powyższe powoduje, że zgodnie z ogólną zasadą intertemporalną, ustawę tę stosuje się od dnia jej wejścia w życie wprost i bezpośrednio do wszystkich stanów prawnych objętych jej zakresem podmiotowym i przedmiotowym. Innymi słowy, brak szczególnego przepisu przejściowego uniemożliwia stosowanie innych przepisów niż przepisy nowe (por. W. Zając, Przepisy przejściowe a zasada działania nowego prawa wprost, *Dobre praktyki legislacyjne*, Rządowe Centrum Legislacji, str. 13). Jak słusznie bowiem zauważył Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 listopada 2006 r. w sprawie K 30/06, „**Milczenie ustawodawcy co do reguły intertemporalnej należy uznać za przejaw jego woli bezpośredniego działania nowego prawa**”.

W tym kontekście stwierdzić należy, że w przypadku pozostawienia dotychczasowego brzmienia SIWZ i utrzymania ryczałtowego modelu wynagradzania, umowa zawierana w wyniku przeprowadzonego Postępowania będzie pozostawać w sprzeczności z prawem obowiązującym w dacie jej zawarcia, tj. będzie niezgodna z art. 6f ust. 3 i 4 UCPG. **Co więcej, Zamawiający znał już dokładnie brzmienie nowych przepisów prawa w momencie publikacji SIWZ.**

Powyższe skutkować może poważnymi komplikacjami zarówno dla Zamawiającego, jak i dla wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana. Zgodnie bowiem z art. 58 k.c. umowa ta w zakresie istotnego postanowienia (tj. postanowienia dotyczącego wynagrodzenia wykonawcy)

jako sprzeczna z prawem będzie nieważna – a to zdaniem Odwołującego będzie rzutowało na ważność całej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy zatem stwierdzić, że jakkolwiek w dacie wszczęcia Postępowania przywołane postanowienia Ustawy Nowelizującej nie weszły jeszcze w życie, to dla podmiotów profesjonalnie zajmujących się gospodarką odpadami komunalnymi (do których należy zaliczyć tak Odwołującego, jak i Zamawiającego) wiedza o jej uchwaleniu była powszechna. Ustawa ta była szeroko komentowana i Zamawiający miał pełną świadomość, że Ustawa Nowelizująca jeszcze przed publikacją SIWZ na stronie Zamawiającego nie tylko została uchwalona, podpisana przez Prezydenta, ale i opublikowana. Mając na uwadze obowiązek uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty powyższe obligowało Zamawiającego do rozważenia skutków, jakie wejście w życie nowych regulacji będzie miało dla stosunku prawnego nawiązywanego w wyniku Postępowania.

Zamawiający winien był zatem w taki sposób ukształtować postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które będą zgodne z opublikowanym już prawem lub co najmniej przewidzieć takie uregulowania, które na wypadek wejścia w życie tej ustawy mogłyby spowodować zmianę umowy.

Zamawiający powyższego obowiązku zaniechał.

W związku z powyższym, celem uniknięcia sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia w chwili jej zawierania będzie niezgodna z przepisami UCPG, celowe jest nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ poprzez zastosowanie takiego modelu wynagrodzenia, w którym będzie ono ustalane z uwzględnieniem stawek za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów komunalnych.

Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że Ustawa Nowelizująca zmieni system gospodarki odpadami i istotnie wpłynie na rynek. Zasadnym jest zatem, aby umowa o zamówienie publiczne w okresie obowiązywania ustawy, do przepisów obowiązujących i sytuacji na rynku przystawała. W innym przypadku, Wykonawca musi kalkulując ofertę w oparciu o założenia, o których już zarówno, jak i Zamawiający wie, że są swoistą fikcją, która z całą pewnością nie znajdzie odzwierciedlenia w rzeczywistości, w momencie realizacji Umowy. Otwarcie rynku, poprzez likwidację regionalizacji i przekształcenie instalacji tzw. RIPOK w instalacje komunalne, istotnie zmieni rynek, w tym warunki cenowe. O ile w przypadku braku zakończenia procesu legislacyjnego, Zamawiający może mieć wątpliwości co do konieczności uwzględnienia ustawy, tak moment podpisu prezydenta, a następnie publikacja w Dzienniku Ustaw, wątpliwość tę winna zredukować całkowicie. Nieuwzględnienie zmian w żaden sposób przez Zamawiającego powoduje nie tylko niemożność dokonania prawidłowej kalkulacji ceny, ale także istotną obawę, co do możliwości rzetelnego realizowania umowy, w nowych warunkach prawnych, na podstawie umowy skonstruowanej w oparciu o nieobowiązujące już przepisy prawa.

## **2. Uzasadnienie Zarzutu nr 2, dotyczącego ukształtowania stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego**

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że przyjęty przez Zamawiającego model wynagrodzenia ryczałtowego – w powiązaniu z innymi postanowieniami Projektu Umowy oraz

dokumentacji przetargowej, uzasadnia tezę, iż stosunek umowny kształtowany przez postanowienia SIWZ został ułożony w sposób sprzeciwiający się zasadom współzycia społecznego.

Zamawiający zakłada bowiem zapłatę wynagrodzenia wynikającego z zaproponowanej ceny ryczałtowej, obejmującej z samej swej istoty wszystkie potencjalne ryzyka i koszty, jednocześnie obciążając wykonawcę nadmiernym i niemożliwym do oszacowania ryzykiem wynikającym z niejasnych, niesprecyzowanych i na etapie składania oferty trudnych do przewidzenia zdarzeń i obowiązków, których zaistnienie może doprowadzić do znacznego wzrostu kosztów realizacji.

Zwrócić należy w szczególności uwagę, że zamówienie udzielane w niniejszym Postępowaniu obejmuje okres 24 miesięcy. Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca dla całego tego okresu oszacował i wskazał stałą miesięczną cenę ryczałtową, według której wykonawca miałby być wynagradzany. Jednocześnie Zamawiający oczekuje, aby wykonawca przyjął na siebie ryzyko wzrostu kosztów wynikających między innymi:

- a) ze zwiększenia strumienia odpadów komunalnych, które będą musiały być odbierane i zagospodarowywane w ramach świadczenia usługi stanowiącej przedmiot Zamówienia;
- b) z wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych w instalacjach przetwarzających odpady komunalne; przy czym jest powszechnie znaną dla uczestników rynku gospodarowania odpadami, że ceny zagospodarowania odpadów w instalacjach w ostatnim czasie znacznie wzrosły i nadal będą rosnąć m.in. z racji nowo wprowadzanych obowiązków ustawowych, wzrostu uiszczanej przez instalacje przetwarzające odpady opłaty marszałkowskiej za składowanie odpadów oraz szeregu innych czynników, przy czym wzrost ten w ostatnim czasie był wysoki; w chwili obecnej żaden z uczestników rynku gospodarowania odpadami, nie jest w stanie oszacować potencjalnego wzrostu ceny zagospodarowania odpadów dla całego okresu realizacji przedmiotu zamówienia; z tego powodu niezmiernie trudne jest oszacowanie ryzyka wzrostu przedmiotowych kosztów przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Okoliczność, że umowa obejmuje okres 2-letni ma również znaczenie z tego powodu, że jak wyżej już wskazano, na skutek Ustawy Nowelizującej koszt realizacji usługi ulega zmianie w zakresie trudnym do przewidzenia. Nowelizacja zawiera bowiem szereg czynników, których ilość jest tak duża, że możemy mówić o nowym systemie gospodarki odpadami. Wykonawcy nie są w stanie zatem podać ryczałtowego wynagrodzenia za okres 2 lat obowiązywania umowy, co więcej – umowy, która skonstruowana jest na nieobowiązujących w momencie realizacji przepisach prawa, bez żadnych metod jej dostosowania do nowych realiów. Wykonawcy mogą oczywiście przyjąć wysoką rezerwę, jednakże wówczas, nastąpi to **ze stratą dla gminy i jej mieszkańców**. W takim bowiem przypadku, nie możemy mówić o rzetelnej kalkulacji kosztów. Należy bowiem pamiętać, że może się znaleźć oferent, który nie przyjmie odpowiednich założeń i złoży ofertę z ceną zaniżoną.

Wobec powyższego należy zwrócić uwagę, że zmiana systemu gospodarowania odpadami i wielość, trudnych do przewidzenia w zakresie kierunku zmiany i zachowań rynkowych czynników z tym związanych, że w interesie samego Zamawiającego oraz beneficjentów systemu leży takie skalkulowanie ceny ofertowej, aby w sposób najpełniejszy gwarantowała ona jej związanie rzeczywiście realizowanym zakresem świadczenia.

W tym miejscu należy przywołać uzasadnienie Ustawy Nowelizującej (Druk nr 3495 na stronie <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3495>), w którym wskazano, że „w art. 6f proponuje się dodanie ust. 3 i 4 wprowadzających zmiany wynikające z konieczności odejścia od ryczałtowego rozliczania się firm odbierających odpady komunalne wybranych przez gminę. Możliwość ryczałtowego rozliczania się utrudniała gminom kontrolę nad strumieniem odpadów komunalnych oraz mogła prowadzić do podwyższenia kosztów systemu”.

Oczywiście jasnym dla Odwołującego jest fakt, że Zamawiający może przenieść pewne ryzyka na wykonawców, jednakże pod warunkiem, że są one możliwe do wyceny. Tak jednak, w niniejszym stanie faktycznym nie jest.

Należy również zwrócić uwagę na przesłankę dotyczącą możliwości zmiany ceny określonej w §14 ust. 1 lit. b) Projektu umowy. Zgodnie z przywołanym postanowieniem, wykonawca może **wnioskować** o zmianę umowy, jeśli nastąpi zmiana ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji, we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych. W wyniku wejścia w życie Ustawy Nowelizującej, w momencie realizacji Zamówienia, „właściwa Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych” nie będzie istnieć. Powyższe postanowienie będzie zatem miało zakres pusty. Nawet gdyby uznać, że należałoby w tej sytuacji brać pod uwagę instalację, która w dniu zawarcia umowy posiadała status właściwej RIPOK, to nadal, w żaden sposób postanowienie nie stanowi żadnej gwarancji dla wykonawcy i ma charakter iluzoryczny. Jak zostało już wcześniej wskazane, w najbliższym czasie zaczną obowiązywać przepisy wprowadzone do UCPG na mocy Ustawy Nowelizującej. Przepisy te znoszą dotychczasowy system regionalizacji przetwarzania odpadów komunalnych (odpadów „zmieszanych”, odpadów „zielonych” i pozostałości z sortowania), co oznacza, że nie będą one musiały być przekazywane do regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. Co więcej, instalacje, które dotychczas status RIPOK posiadały, staną się instalacjami komunalnymi, do których odpady będą mogły być przekazywane niezależnie od miejsca, w którym zostały wytworzone (zniesione zostaną regiony gospodarowania odpadami).

Kolejna, warta wspomnienia, przesłanka uzasadniająca zmianę umowy, określona w §14 ust. 1 lit. a), określająca iż jest możliwa zmiana umowy w przypadku „zmiany przepisów regulujących gospodarkę odpadami, które to przepisy mogą mieć **bezpośredni wpływ na koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia**”, również nie stanowi żadnego zabezpieczenia dla wykonawcy. Po pierwsze, nie ma pewności, że w takim przypadku zamawiający wyrazi zgodę na zmianę umowy (umowa przewiduje jedynie możliwość zmiany, nie zaś obowiązek). Po wtóre, postanowienie dotyczące zmiany umowy nie wskazuje sposobu, w jaki zmiana wynagrodzenia miałyby nastąpić, a tym samym Odwołujący nie ma pewności, że taka zmiana byłaby adekwatna. Przesłanka ma charakter na tyle ogólny, że nie stanowi żadnego pewnego źródła – przykładowo – zasadnej waloryzacji wynagrodzenia. Ponadto, wątpliwym pozostaje możliwość zmiany charakteru wynagrodzenia.

W tym miejscu szczególnego podkreślenia wymaga, że zgodnie z §8 ust. 3 Projektu Umowy „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2 obejmuje **wszystkie zobowiązania oraz koszty związane z realizacją zamówienia, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu niniejszej umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty**”. Biorąc pod uwagę powyższe postanowienie oraz podnoszoną kilkakrotnie okoliczność o

nadchodzącym wejściu w życie Ustawy Nowelizującej, Zamawiający zrzucił z siebie całkowicie odpowiedzialność za ewentualne zmiany warunków rynkowych, w tym zmiany wynikające z nowych przepisów. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której Zamawiający, na wniosek o dokonanie zmian umowy w zakresie wynagrodzenia wskaże, że na etapie prowadzonego Postępowania wykonawca znał już treść nowych przepisów, a zatem powinien był wkalkulować ewentualne ryzyka. Powyższe może mieć odniesienie zarówno w przypadku wniosku o skorzystanie z przesłanki z §14 ust. 1 lit. a) Projektu Umowy, jak również w przypadku §14 ust. 1 lit. b).

Dodatkowo, wobec już i tak, wyjątkowo trudnej dla wykonawcy sytuacji związanej z koniecznością oszacowania wynagrodzenia ryczałtowego, faktycznie niemożliwego do skalkulowania, Zamawiający dokłada dodatkowe obowiązki i obostrzenia dotyczące uniemożliwienia zmian wynagrodzenia w przypadku konieczności zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów, czy też utrudnieniach w odbiorach. Zamawiający zdaje się zdawać sobie sprawę, iż powyższe aspekty mogą prowadzić do zwiększenia kosztów wykonawcy, przy czym usiłuje się „zabezpieczyć” obciążając wykonawcę koniecznością kalkulacji ryzyk wynikających z sytuacji, których wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i za które nie będzie ponosił winy.

W tym zakresie należy zauważyć, że wprowadzając Zamawiający, co do zasady, uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po wtóre – to wyłącznie zamawiający określa zasady, na których umowę zamierza zawrzeć. Jednakże uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (por. w szczególności uzasadnienie wyroku Izby z dnia 18 maja 2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

W stanie faktycznym sprawy takie ryzyko zostało przeniesione na wykonawcę przez Zamawiającego. Nakazanie zatem Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę modelu wynagrodzenia na wynagrodzenie uzależnione od ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów jest konieczne i uzasadnione.

### **3. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia**

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a zakwestionowane – wadliwe i niekonkurencyjne –

zapisy SIWZ znacząco utrudniają mu rzetelne sporządzenie oferty, oszacowanie ceny ofertowej oraz uzyskanie zamówienia.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać, otrzymując wysoką ocenę we wszystkich prawidłowych kryteriach oceny ofert.

#### **4. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 sierpnia br. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia – której postanowienia są kwestionowane w ramach niniejszego Odwołania.

Niniejsze Odwołanie, wnoszone w dniu 2 września 2019 r., składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym wnoszę jak na wstępie.

Adrianna Chmiel  
pełnomocnik

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 3) dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15.000 PLN;
- 4) odpis KRS Odwołującego.