**Sygn. akt: KIO 454/17**

**WYROK**
**z dnia 23 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie: −
**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2017 r. przez **I.P.H.I. w Polsce z siedzibą w W.,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Mrągowo,**
przy udziale wykonawców:
1) **P.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.U.K. P.L.,**
2) **R.O. Sp. Z o.o. sp.k. z siedzibą w O.,**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża I.P.H.I. w Polsce i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie

---

7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w O..**

**Przewodniczący: ……..**



---

**Sygn. akt: KIO 454/17**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Miasto Mrągowo prowadzi w trybie przetargu − − nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego budowę i wdrożenie pn. *Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Mrągowo odbieranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych.*

W dniu 9 marca 2017 r. I.P.H.I. w Polsce wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:
1) art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprawidłowy oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. określenie maksymalnej dopuszczalnej ilości odpadów jaką wykonawca może dostarczyć do Stacji Przeładunkowej w miejscowości Polska Wieś w ciągu obowiązywania umowy na koszt Zamawiającego, i tym samym przeniesienie kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów odebranych w ilościach powyżej przyjętych w projekcie umowy na wykonawcę, obciążenie wykonawcy ryzykiem finansowym zwiększenia ilości odpadów,
2) art. 58 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez podjęcie czynności niezgodnej z ustawą lub zmierzającą do obejścia prawa, tj. art. 6r ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez przeniesienie kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych na wykonawcę, w sytuacji gdy koszty odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych powinny być pokrywane z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi,
3) art. 22 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach poprzez przeniesienie kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych na wykonawcę, w sytuacji gdy

zgodnie z zasadą „zanieczyszczający płaci", koszty gospodarowania odpadami są ponoszone przez pierwotnego wytwórcę odpadów,

4) art. 9 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 4 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumenta poprzez uzależnienie zawarcia umowy w ramach zamówienia publicznego od spełnienia przez Wykonawcę świadczenia polegającego na poniesieniu kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, za których zagospodarowanie zobowiązany jest ponieść koszty Zamawiający z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi,



5) art. 6d ust. 1 UCPG, poprzez zorganizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przekraczający kompetencje Zamawiającego, tj. określenie jako przedmiotu zamówienia publicznego odbioru i transportu odpadów komunalnych oraz zagospodarowanie części frakcji odpadów komunalnych w tym odpadów komunalnych selektywnie zebranych oraz odpadów zielonych, w sytuacji gdy w zakresie odpadów komunalnych zmieszanych przedmiotem zamówienia jest tylko ich odbiór i transport.

6) naruszenie art. 353 1 i art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wskazanie w projekcie umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, obowiązku ponoszenia przez wykonawcę kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych stanowiących nadwyżkę w stosunku do maksymalnie dopuszczalnej przez Zamawiającego ilości, co stanowi przekroczenie granicy zasady swobody umów i jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego w postaci kształtowania warunków umownych,

7) naruszenie art. 353 1 i art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w projekcie umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ kar umownych w taki sposób, że ich nałożenie skutkować będzie podwójnym karaniem za przewinienie wykonawcy tożsame rodzajowo, dając efekt podwójnego karania za jeden czyn, co uznać należy za niedopuszczalne,

8) naruszenie art. 353 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, polegającym na takim kształtowaniu warunków projektu umowy o zamówienie publiczne, które powodują przysporzenie w majątku Zamawiającego kosztem potencjalnego wykonawcy, tj. nieuzasadnione uprawnienie Zamawiającego do potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy kosztów zagospodarowania odpadów, stanowiących nadwyżkę w stosunku do dopuszczonej przez Zamawiającego ilości odpadów.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający tak skonstruował postanowienia SIWZ oraz Projektu umowy, aby przenieść ciężar kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych na wykonawcę, w sytuacji gdy zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych nie stanowi przedmiotu zamówienia publicznego, a potencjalny wykonawca nie ma wpływu na wskaźniki odpadów, które zostaną wyprodukowane przez mieszkańców. Ponadto Zamawiający przekroczył swoje kompetencje poprzez takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym jedynie część frakcji odpadów podlega zagospodarowaniu, inne natomiast są z tego wyłączone, co jest niezgodne z przepisami prawa. Wprowadzenie w treści SIWZ oraz wzoru umowy zapisów, które przenoszą ryzyko prawne i gospodarcze (ekonomiczne) wykonania zobowiązania na potencjalnego wykonawcę, przy jednoczesnym wskazaniu w § 8 ust. 2 projektu umowy, że: „Strony zgodnie



oświadczają, iż świadome są tego, iż rzeczywiste ilości odebranych na podstawie niniejszej Umowy odpadów mogą różnić się od szacunkowej ilości odpadów komunalnych” oraz w § 8 ust. 3 „Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie za wszystkie odebrane odpady w ramach realizacji niniejszej Umowy w kwocie: a) [...] zł (słownie: [.../100) złotych brutto za odbiór 1 Mg zmieszanych niesegregowanych odpadów komunalnych, b) [...] zł (słownie: [../100) złotych brutto za odbiór 1 Mg gromadzonych na nieruchomości w sposób selektywny odpadów komunalnych w tym również odpadów zielonych”, uznać należy za nieprecyzyjne (wewnętrznie sprzeczne) i naruszające uczciwą konkurencję, a więc sformułowane w sposób naruszający art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Z jednej strony Zamawiający w tak sformułowanych warunkach umownych zobowiązuje się do pokrycia

wszelkich kosztów związanych z rzeczywistą ilością odebranych odpadów komunalnych, z drugiej zaś w ukryty sposób przerzuca ciężar na potencjalnego wykonawcę, przy uregulowaniu maksymalnej dopuszczalnej ilości odpadów, która może zostać dostarczona do instalacji narzuconej z góry przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że badając wzór umowy pod względem słuszności kontraktowej, pamiętać należy o podstawowym założeniu prawa cywilnego. Zgodnie z jego zasadami umowy służą realizacji woli stron je zawierających, O naruszeniu tych zasad w postaci wymogu sprawiedliwości umowy możemy mówić w sytuacji, gdy zawarta przez strony umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, ponieważ na jej treść wpłynęła np. presja ekonomiczna wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z lepszym ukształtowaniem pozycji Zamawiającego w stosunku do potencjalnych wykonawców, co wynika także z natury stosunków zobowiązaniowych w ramach systemu zamówień publicznych. Kształtowanie warunków umownych w sposób pozwalający na osiągnięcie przez Zamawiającego dodatkowego przychodu, z tytułu nadprodukcji odpadów, za które wykonawcy odpowiedzialności nie ponoszą, uznać należy za przekraczające kompetencje Zamawiającego w swobodzie kształtowania warunków umownych oraz przedmiotu zamówienia. Istotne jest również, że wykonawcy w praktyce nie mogą oszacować zakresu ryzyk gospodarczych, co może utrudniać lub uniemożliwić skalkulowanie oferty. Kwestionowane zapisy projektu umowy, dopuszczające możliwość potrącenia przez Zamawiającego wynagrodzenia należnego wykonawcy, mają charakter sankcyjny wobec wykonawcy. Paradoksem jest, że owa sankcja może być nakładana w sytuacji, gdy wykonawca rzetelnie realizuje umowę. Co więcej, Zamawiający uzyskuje dodatkowe przysporzenie kosztem wynagrodzenia należnego wykonawcom. Takie regulacje uznać należy za zbliżające się swoim charakterem do kar umownych, a kara umowna nie powinna być nakładana jako konsekwencja prawidłowej realizacji umowy. Dodatkowo



zamieszczenie we wzorze umowy zapisu zbliżającego się swoim charakterem do kary umownej i nieuwzględnienie go w miejscu przeznaczonym w umowie dla regulacji kar umownych, również należy uznać za nieprecyzyjne. Powstaje przy tym zagadnienie potencjalnego bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego.

Odwołujący podniósł ponadto, że wskazanie górnego limitu odpadów, które mogą zostać przewiezione przez wykonawców na koszt Zamawiającego do Stacji Przeładunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo, świadczy również o zakresie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Od momentu przekroczenia dopuszczalnej ilości zmieszanych odpadów komunalnych, przedmiotem zamówienia publicznego staje się również automatycznie zagospodarowanie odpadów zmieszanych, co wykracza poza zakres odbioru i transportu odpadów komunalnych zmieszanych i w jednoznaczny sposób narusza dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, uregulowania zawarte w treści SIWZ oraz załącznika nr 1 do SIWZ są niezgodne z podstawowymi zasadami krajowego porządku prawnego z zakresu gospodarki odpadami. Zgodnie z art. 6r ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które obejmują koszty:

- odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych;
- tworzenia i utrzymania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych;
- obsługi administracyjnej tego systemu;
- edukacji ekologicznej w zakresie prawidłowego postępowania z odpadami komunalnymi.

Ponadto zgodnie z art. 22 ustawy o odpadach, koszty gospodarowania odpadami są ponoszone przez pierwotnego wytwórcę odpadów lub przez obecnego lub poprzedniego posiadacza odpadów. W przypadkach określonych w przepisach odrębnych koszty gospodarowania odpadami ponosi producent produktu lub podmiot wprowadzający produkt na terytorium kraju, określony w tych przepisach. Zdaniem Odwołującego przepis ten wskazuje, że zgodnie z wypracowaną zasadą „zanieczyszczający płaci", ponoszenie kosztów odbioru i gospodarowania odpadami leży po stronie jego wytwórców. W tym celu powstał również specjalny system opłat, uregulowany w ustawy o utrzymaniu czystości

i porządku w gminach, zgodnie z którym gmina, jako jednostka samorządu terytorialnego, skupiająca w sobie społeczność zamieszkującą na określonym obszarze i wykonująca w ramach zadań własnych usługi użyteczności publicznej w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb ludności, nie jest uprawniona do omijania przytoczonych przepisów, poprzez



częściowe przeniesienie kosztów usługi na potencjalnego wykonawcę, w przypadku przekroczenia przez niego dopuszczalnych limitów. Społeczność zamieszkującą daną gminę traktować należy jako wytwórcę odpadów, gminę natomiast jako podmiot uprawniony i zobowiązany zarazem do realizacji zasady „zanieczyszczający płaci", w ramach środków pozyskanych od jej mieszkańców. Odwołujący powołał się na komentarz do ustawy o odpadach (Bartosz Rakoczy, LexisNexis 2013), w którym stwierdzono, że *celem zasady „zanieczyszczający płaci" jest doprowadzenie do internalizacji tzw. kosztów* środowiskowych *w rachunku ekonomicznym podmiotu oddziałującego na* środowisko. *Koszty* środowiskowe *mogą mieć charakter kosztów ponoszonych w związku z dostosowaniem prowadzonej aktywności do wymagań ochrony* środowiska *(m.in. standardów* środowiskowych, *najlepszych dostępnych technik), w tym przede wszystkim wdrożenia wymaganych prawem* środków *zapobiegawczych. Do drugiej grupy kosztów* środowiskowych *zaliczyć należy daniny publiczne, ponoszone w związku z oddziaływaniem na* środowisko *oraz koszty związane z ponoszeniem odpowiedzialności prawnej z tego tytułu, w tym również koszty działań naprawczych w razie doprowadzenia do uszczerbku w* środowisku. Odwołujący podniósł, że czynność Zamawiającego powinna zostać uznana za przekraczającą uprawnienia (sprzeczną z ustawą) przysługujące Zamawiającemu, w szczególności za wykraczające poza dopuszczalne ramy prawne wskazanych wyżej ustaw, jak również art. 9 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy. Zdaniem Odwołującego nie ma wątpliwości, że zgodnie z art. 4 pkt 1 lit a ww. ustawy Zamawiającego postrzegać należy jako przedsiębiorcę. Przekroczenia uprawnień Zamawiającego polega na próbie przeniesienia z własnych barków obowiązkowych opłat i przeniesieniu ich na potencjalnych wykonawców. Automatyczne przyjęcie dopuszczalnego, z góry ustalonego przez Zamawiającego limitu odpadów, które wykonawca może dostarczyć, nawet przy zdawać by się mogło, oszacowaniu opartym na względnie wiarygodnych prognozach, uznać należy za wychodzące poza sferę kompetencji Zmawiającego i naruszające powyższe przepisy. Powyższe znajduje oparcie również w błędnych szacunkach Zamawiającego, zgodnie z którymi limity ustalone zostały w wysokościach wskazanych § 5 ust.1 pkt 6 projektu umowy, w sytuacji gdy w latach ubiegłych w analogicznych okresach ilości odpadów przekazanych do zagospodarowania na Stacji Przeładunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo były przekraczane. W zamówieniu realizowanym w roku 2016 górny dopuszczalny limit odpadów zmieszanych, po przekroczeniu którego Zamawiający mógł rozpocząć procedurę potrącania wynagrodzenia należnego wykonawcom, ustalony został na poziomie 6100 Mg. Limit ten był bliski osiągnięcia jeszcze w październiku 2016 r. w związku z czym wykonawcy wystosowali



pismo do Zamawiającego, mające na celu zwiększenie górnego dopuszczalnego limitu odpadów komunalnych zmieszanych. Określenie limitu w ramach przedmiotowego postępowania na poziomach wskazanych § 5 ust.1 pkt 6 projektu umowy uznać należy za niemożliwe do osiągnięcia, a ich przekroczenie jest pewne. Świadczą o tym ilości odpadów przekazanych do zagospodarowania na Stacji Przeładunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo, w okresie 2016 r., na dowód czego Odwołujący załączył miesięczne raporty z analogicznych usług za poszczególne miesiące 2016 r.

Dalej Odwołujący podniósł, że postanowienia SIWZ oraz projektu umowy, w szczególności w postanowienia rozdziału IV ust. 2 pkt 1 i 2 oraz rozdziału IV ust. 9 pkt 15 SIWZ, jak również § 5 ust. 1 pkt 6, § 8 ust. 5 w zw. z § 8 ust. 16 załącznika nr 1 do SIWZ, uznać należy za niedopuszczalne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, jakim jest odbiór i transport odpadów komunalnych oraz częściowe zagospodarowanie odpadów komunalnych. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości

i porządku w gminach, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Zgodnie z powyższym, wójt, burmistrz lub prezydent miasta działając jako Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem będzie odbiór albo odbiór i zagospodarowanie odpadów, przy czym w przypadku objęcia przetargiem zagospodarowania, powinno ono dotyczyć wszystkich frakcji odpadów komunalnych. Wskazuje na to m.in. treść przepisu z wykorzystaniem zwrotu „albo", który to zwrot ma doniosłe znaczenie w nomenklaturze prawniczej i jako alternatywa rozłączna, przy tak skonstruowanej treści przepisu nie przewiduje możliwości organizacji przetargu na samo zagospodarowanie odpadów, z wyłączeniem odbioru. Tymczasem w rozdziale IV ust. 2 pkt 1 i 2 Zamawiający przedmiot zamówienia określa jako „Przekazywanie odebranych zmieszanych odpadów komunalnych do Stacji Przeładunkowej w miejscowości Polska Wieś, gm. Mrągowo, wchodzącej w skład Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych" oraz „Odbieranie od właścicieli odpadów i zagospodarowanie selektywnie zebranych nieruchomości komunalnych w tym również odpadów zielonych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, określoną w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub zagospodarowania w inny sposób zgodny z przepisami w tym zakresie". Takie same informacje rozróżniające przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia, w zależności od frakcji odpadów znalazły się także w ogłoszeniu o zamówienia. Z powyższego w sposób wyraźny wynika, że Zamawiający zakresem przetargu obejmuje zagospodarowanie jedynie



części frakcji odpadów. Jednocześnie w ocenie Odwołującego, jako niepokojące dla całości branży odpadowej wskazać należy zapisy załącznika nr 1 do SIWZ § 8 ust. 5 w zw. z § 8 ust. 16 i § 5 ust. 1 pkt 6, wskazujące, że koszty zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych leżą po stronie Zamawiającego, a jednocześnie, w przypadku przekroczenia z góry określonej ilości odpadów jaką mogą dostarczyć do instalacji wskazanej przez Zamawiającego, przedmiotem zamówienia stawałoby sie również zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający kształtując potencjalny katalog kar umownych w załączniku nr 1 do SIWZ, w § 11 ust. 1 pkt 4 uregulował kary umowne z tytułu nieosiągnięcia w czasie obowiązywania umowy wymaganego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych (w tym papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła i odpadów wielomateriałowych) i brakującej masy odpadów komunalnych wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami w okresie działania wykonawcy, przy jednoczesnym uregulowaniu w § 11 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 1 do SIWZ, że w przypadku nie osiągnięcia w czasie obowiązywania umowy wymaganego poziomu surowców wtórnych, w odniesieniu do selekcjonowania z odpadów gromadzonych w sposób selektywny surowców wtórnych mających wpływ na osiągnięcie wskaźników ograniczania masy odpadów.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dysponuje wysokim poziomem swobody w kształtowaniu warunków umownych, w tym katalogu kar umownych określonych w treści projektu umowy, niemniej jednak istotnym jest, że w przypadku kar umownych wskazanych powyżej, Zamawiający zmierza do nadmiernej ingerencji w warunki umowy, poprzez takie ukształtowanie treści kar umownych, które de facto zmierzają do podwójnego nakładania kar na wykonawców za przewinienie tożsame rodzajowo. Wskazał na zakres wzajemnego powiązania ze sobą obu rodzajów działalności, do których zobowiązano wykonawców, a do których nawiązują kary umowne wskazane powyżej. Działalność, do której zobowiązana jest gmina w zakresie gospodarki odpadami wzajemnie się przenika. Poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz selekcjonowanie odpadów, które ma wpływ na osiągnięcie wskaźników ograniczenia masy odpadów są obowiązkami gminy nałożonymi przepisami prawa. Przeniesienie ich na wykonawców zamówienia publicznego w ramach ukształtowania takich obowiązków umownych uznać należy za zasadne i konieczne dla właściwego wypełnienia własnych obowiązków, w przypadku gdy gmina decyduje się na

udzielenie takiego zamówienia w trybie przepisów ustawy Pzp. Mimo dopuszczalności, a nawet obowiązku gminy ukształtowania przedmiotu zamówienia w sposób obejmujący



działania, do których gmina jest zobowiązana, Odwołujący wskazał na niedopuszczalność podwójnego karania wykonawcy za nieosiągnięcie tożsamych rodzajowo obowiązków.

Odwołujący wskazał na obowiązki wykonawcy nałożone w załączniku nr 1 do SIWZ w § 5 ust. 1 pkt 2 i pkt 7: *wyselekcjonowania z odpadów gromadzonych w sposób selektywny, surowców wtórnych mających wpływ na osiągnięcie wskaźników ograniczenia masy odpadów, wymaganych zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016r. poz. 250 z późn. zm. ), w ilości nie mniejszej niż:*
*a) w okresie od 01 maja 2017 roku do 31 grudnia 2017 roku - 450 Mg w tym minimum:*
*15 01 01, 20 01 01 – Opakowania z papieru i tektury, papier i tektura – ok. 140 Mg,*
*15 01 02, 20 01 39 – Opakowania z tworzyw sztucznych, tworzywa sztuczne – ok. 110 Mg,*
*15 01 07, 20 01 02 – Opakowania ze szkła, szkło – ok. 190 Mg,*
*15 01 04 – Opakowania z metali ok. 10 Mg (…)*
oraz
*osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła i odpadów, wielomateriałowych oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami w wysokości określonej w przepisach Rozporządzenia Ministra* Środowiska *z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r. poz. 645 z późn. zm.). Jeśli w danym roku rozliczeniowym udział Wykonawcy zwiększy się lub zmniejszy, do obliczenia wymaganego wskaźnika, będzie wzięty proporcjonalny udział Wykonawcy w rynku.*

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że przedmiot zamówienia publicznego w zakresie w jakim dotyczy wyselekcjonowania surowców wtórnych oraz osiągania poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, w sposób oczywisty pokrywa się ze sobą. Dodatkowo, działanie wykonawcy miałoby się odnosić do tych samych frakcji odpadów. O ile takie ukształtowanie zasad wykonywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z zasadą swobody umów oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, to określenie kar umownych odnoszących się do tożsamej rodzajowo działalności wykonawcy uznać należy za podwójne karanie wykonawcy za nieosiągnięcie tego samego wskaźnika, do którego byłby zobowiązany na mocy umowy. Wobec powyższego Zamawiający byłby uprawniony do nałożenia na wykonawcę dwóch kar umownych, np. w przypadku nieosiągnięcia poziomu wyselekcjonowania przez wykonawcę



surowców wtórnych, które jednoznacznie przesądzałoby także o nieosiągnięciu odpowiednich poziomów recyklingu. W związku z powyższym zasadnym jest modyfikacja treści załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez wykreślenie przynajmniej jednej ze wskazanych powyżej kategorii kar umownych.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że postanowienia wzoru umowy, które przenoszą obciążenia finansowe na wykonawcę w drodze jednostronnej decyzji Zamawiającego, uznać należy za naruszająca art. $353^1$ i art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jednostronne kształtowanie warunków umownych przez Zamawiającego w sposób naruszający przepisy innych ustaw, uznać należy za sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przekroczył przysługujące mu uprawnienia i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowień rozdziału IV ust. 9 pkt 15, pkt 2 i pkt 4 SIWZ, § 5 ust. 1 pkt 6, § 8 ust. 16, § 11 ust. 1 pkt 4 i pkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ. Alternatywnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania dotyczącego wykreślenia postanowień § 11 ust. 1 pkt 4 i pkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ, Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji polegającej na wykreśleniu kary umownej określonej w § 11

ust. 1 pkt 5, jako kary która jest de facto tożsama z karą określoną w § 11 ust. 1 pkt 4 projektu umowy.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący jest podmiotem wpisanym na listę podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 179 ust. 2 w zw. z art. 154 pkt 5 ustawy Pzp).

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 28 lutego 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

11

---

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia):

*1) Przedmiotem zamówienia jest* świadczenie *usługi odbierania i transportu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych znajdujących się na terenie Gminy Miasto Mrągowo w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Warmińsko-Mazurskiego, a także przepisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Mrągowo, a także innymi przepisami prawa ustawowego i miejscowego.*

*2) Przekazywanie odebranych odpadów komunalnych zmieszanych, do Stacji Przeładunkowej w miejscowości Polska Wieś, gm. Mrągowo, wchodzącej w skład Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych.*

*3) Odbieranie i zagospodarowanie selektywnie zebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych w tym również odpadów zielonych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, określoną w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub zagospodarowania w inny sposób zgodny z przepisami w tym zakresie.*

W punkcie IV.9 SIWZ Zamawiający postanowił, że *wykonawca ma obowiązek dostarczyć odpady zmieszane do Stacji Przeładunkowej w miejscowości Polska Wieś, gm. Mrągowo, w ilości nie większej niż:*

*a) za okres od 01 maja 2017 roku do 31 grudnia 2017 roku - 4280 Mg*

*b) za okres od 01 stycznia 2018 roku do 31 grudnia 2018 roku – 6200 Mg*

*c) za okres od 01 stycznia 2019 roku do 31 stycznia 2019 roku – 455 MgW przypadku przekazania większej ilości tych odpadów w danym okresie Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia kosztów zagospodarowania odpadów stanowiących nadwyżkę w danym roku w stosunku do dopuszczalnej wielkości odpadów zagospodarowanych na Stacji Przeładunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo.*

Analogiczne postanowienie Zamawiający zamieścił w § 5 ust. 1 pkt 6 projektu umowy (załącznik nr 1 do SIWZ), a w § 8 ust. 16 projektu umowy zastrzegł sobie *prawo do potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy kosztów zagospodarowania przekazanych odpadów na Stację Przeładunkową w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo, ponad ilości określone § 5 ust. 1 pkt 6. Potrącenie zostanie dokonane z najbliższej faktury wystawionej przez Wykonawcę za miesiąc, w którym została przekroczona dopuszczalna ilość odpadów.*

12

---

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi

naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców lub organizacji reprezentujących ich interesy (jak to ma miejsce w niniejszej sprawie) ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W niniejszej sprawie Izba nie stwierdziła, aby zaskarżone postanowienia SIWZ naruszały przepisy prawa.

Formułując zarzuty dotyczące przywołanych wyżej postanowień Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3, nakazującego zamieszczenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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, a nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia w zaskarżonym zakresie nie narusza przywołanych wyżej przepisów ustawy. Po pierwsze, przedmiot ten został określony jednoznacznie i wyczerpująco, nie ma bowiem żadnych wątpliwości co do tego, jakie są obowiązki wykonawcy dotyczące odbioru i transportu odpadów zmieszanych oraz w jaki sposób dokonywane będą rozliczenia z tego tytułu. Odwołujący nie wykazał również, aby przedmiot zamówienia nie określał jakichkolwiek wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Za taki brak nie może być uznana okoliczność, że faktyczna ilość odpadów zmieszanych nie jest znana w dacie sporządzania oferty. Zauważyć należy, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie za każdą ilość odebranych i dostarczonych do stacji przeładunkowej odpadów zmieszanych, natomiast wartości, powyżej których wykonawca poniesie koszty ich zagospodarowania zostały – zdaniem Izby – określone przez Zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający oszacował ilość tych odpadów na podstawie miesięcznych raportów z wykonania zamówienia w 2016 r. (raporty te zostały załączone przez Odwołującego do odwołania). Z raportów wynika, że w 2016 r. odebrano odpady zmieszane w ilości 6.613,36 Mg, co po pomniejszeniu o ok. 450 Mg odpadów zielonych, które nie będą uwzględniane, daje 6.163,36 Mg. Limit ustanowiony przez Zamawiającego wyniósł natomiast dla pełnego roku (2018) 6.200 Mg, dla 8 miesięcy 2017 r. – 4.280 Mg, a dla jednego miesiąca 2019 r. – 455 Mg. Nie sposób zatem twierdzić, że Zamawiający ustalił kwestionowane limity w oderwaniu od



rzeczywistych ilości odbieranych odpadów zmieszanych i tym samym obciążył wykonawców niedającym się oszacować i uwzględnić w cenie oferty ryzykiem. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, limity te zostały określone na podstawie danych wynikających z miesięcznych raportów, a Odwołujący – oprócz gołosłownego zanegowania zgodności dokonanych szacunków z raportami – nie wykazał, na czym miałyby polegać błędy Zamawiającego w tym zakresie. Dodatkowo zauważyć należy, że limity te są wyższe niż ustalone z uwzględnieniem ilości odpadów wytwarzanych przez jednego mieszkańca, tj. 302 kg/M/r (dane określone w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Warmińsko-Mazurskiego). Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawcy dysponują informacjami pozwalającymi rzetelnie skalkulować cenę oferty, w tym ryzyko związane z realizacją zamówienia, które nie przekracza ryzyka normalnie towarzyszącego realizacjom umów, a każdy z wykonawców ma możliwość podjęcia decyzji o przystąpieniu do przetargu lub rezygnacji z udziału w postępowaniu, jeżeli uzna, że ryzyko to jest dla niego za duże lub zawarcie umowy byłoby z biznesowego punktu widzenia nieopłacalne. Na marginesie podkreślić należy, że istotą zarzutów odwołania była nie tyle wysokość ustalonych limitów odpadów zmieszanych, co sam mechanizm rozliczeń kosztów zagospodarowania tych odpadów. Sformułowane w odwołaniu zarzuty oraz żądania zmierzały do zakwestionowania i wyeliminowania postanowień wprowadzających taki system rozliczeń, nie zaś do wykazania nieprawidłowości w przyjętych przez Zamawiającego wartościach i do podwyższenia tych limitów.

Brak jest również jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że kwestionowane postanowienia opisu przedmiotu zamówienia i projektu umowy mogą utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby Zamawiający przedstawił racjonalne wyjaśnienie takiego ukształtowania zaskarżonych postanowień, w świetle którego należy uznać wprowadzenie takiego mechanizmu za mające oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, nie

zaś za podyktowane dążeniem do ograniczenia konkurencji. Jak wyjaśnił Zamawiający, wprowadzenie kwestionowanych postanowień do SIWZ ma na celu zapobieżenie dopływowi odpadów zmieszanych spoza terenu miasta Mrągowa, z sąsiednich gmin, które stosują ryczałtową formę rozliczeń z tytułu odbioru i transportu odpadów zamiast stosowania cen jednostkowych za odbiór 1 Mg odpadów. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przedstawił zestawienie, z którego wynika, że w trzech sąsiednich gminach w 2016 r. ilość odpadów zmalała (nawet o 30% w przypadku gminy Piecki), podczas gdy w mieście Mrągowo istotnie wzrosła. Dodatkowo Zamawiający powołał się na doświadczenie wynikające z realizacji dotychczasowych umów, kiedy to wykonawca odbierał każdą ilość odpadów nie zgłaszając – mimo takiego obowiązku – sytuacji przepełnienia pojemników czy niezgodności gromadzenia odpadów ze złożonymi deklaracjami. Odwołujący natomiast,



mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, nie przedstawił żadnych dowodów zaprzeczających tezom Zamawiającego. Wobec powyższego nie ma podstaw do stwierdzenia, że kwestionowane postanowienia SIWZ nie są usprawiedliwione obiektywnymi potrzebami i że mają one w celu utrudnienie konkurencji w postępowaniu. Podkreślenia wymaga także, że przyjęty przez Zamawiającego mechanizm dotyczący kosztów zagospodarowania odpadów zmieszanych dotyczy w taki sam sposób wszystkich wykonawców, a Odwołujący nie wykazał, aby powodował on jakiekolwiek uprzywilejowanie w postępowaniu jednych wykonawców kosztem innych. Na marginesie jedynie zauważyć należy, że niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego o naruszeniu art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Nie sposób również podzielić twierdzeń Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego innych, licznie przywołanych w odwołaniu przepisów prawa.

Po pierwsze brak jest podstaw do stwierdzenia, że kwestionowane postanowienia SIWZ stanowią naruszenie art. 58 Kc poprzez podjęcie czynności niezgodnej z ustawą lub zmierzającą do obejścia prawa, tj. art. 6r ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Art. 58 § 1 Kc stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Brak jest podstaw do uznania, że czynność Zamawiającego była sprzeczna z art. 6r ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z tym przepisem, z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które obejmują koszty: 1) odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych; 2) tworzenia i utrzymania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych; 3) obsługi administracyjnej tego systemu; 4) edukacji ekologicznej w zakresie prawidłowego postępowania z odpadami komunalnymi. Przepis ten określa zatem cele, na jakie mogą być przeznaczane opłaty za gospodarowanie odpadami, nie wiadomo więc, w jaki sposób skarżone postanowienia SIWZ miałyby naruszać przedmiotowy przepis. Podobnie nie sposób podzielić stanowiska o naruszeniu art. 22 ustawy o odpadach, stanowiącego, że koszty gospodarowania odpadami są ponoszone przez pierwotnego wytwórcę odpadów lub przez obecnego lub poprzedniego posiadacza odpadów, a w przypadkach określonych w przepisach odrębnych koszty gospodarowania odpadami ponosi producent produktu lub podmiot wprowadzający produkt na terytorium kraju, określony w tych przepisach. Skarżone postanowienia należy bowiem uznać jedynie za sposób ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co nie zdejmuje z wytwórcy odpadów obowiązków ponoszenia związanych z tym kosztów.



Ponadto, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy. Zakładając, że gmina, wykonując zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku w gminach, ma status przedsiębiorcy, zauważyć należy, że opisanie przedmiotu zamówienia oraz sformułowanie istotnych postanowień przyszłej umowy jest ustawowym obowiązkiem Zamawiającego, a nie sposób twierdzić, aby zaskarżone

postanowienia tego opisu dotyczyły świadczeń niemających związku z przedmiotem umowy, która ma być zawarta.

Niezrozumiałe jest w końcu, na czym miałoby polegać naruszenie art. 6d ust. w ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Odwołujący podniósł w tym zakresie, że Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem będzie odbiór albo odbiór i zagospodarowanie odpadów, przy czym w przypadku objęcia przetargiem zagospodarowania, powinno ono dotyczyć wszystkich frakcji odpadów komunalnych, podczas gdy w rozdziale IV ust. 2 pkt 1 i 2 Zamawiający rozróżnia przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia, w zależności od frakcji odpadów. Nie wiadomo, czego w istocie dotyczy przedmiotowy zarzut, tj. czy zdaniem Odwołującego przedmiot zamówienia jest określony zbyt wąsko, czy też zbyt szeroko. Wydawać by się mogło, że formułując taki zarzut Odwołujący zmierza do objęcia przedmiotem zamówienia zagospodarowania wszystkich frakcji odpadów, co w żaden sposób nie koresponduje z żądaniami zgłoszonymi w odwołaniu. Niezależnie od tego zauważyć należy, że nie wystąpiła sytuacja objęcia przedmiotem zamówienia wyłącznie zagospodarowania odpadów (bez ich odbioru).

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. $353^1$ i art. 5 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. $353^1$, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Art. 5 Kc stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji



istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie może stanowić sam w sobie o przekroczeniu zasady swobody umów ani o nadużyciu prawa podmiotowego. Odwołujący powołał się na sprzeczność kwestionowanych postanowień umowy z bliżej nieokreślonymi zasadami współżycia społecznego, nie wykazał również na czym polega sprzeczność z naturą stosunku czy ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, co w żadnej mierze nie może zostać uznane za wykazanie zasadności zarzutów. Jak natomiast wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba nie dopatrzyła się sprzeczności kwestionowanych postanowień SIWZ i projektu umowy z przepisami ustawowymi.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego kar umownych Izba ustaliła, że:
zgodnie § 5 ust. 1 pkt 2 projektu umowy, wykonawca zobowiązuje się do −
wyselekcjonowania z odpadów gromadzonych w sposób selektywny, surowców wtórnych mających wpływ na osiągnięcie wskaźników ograniczenia masy odpadów, wymaganych zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r. poz. 250 z późn. zm. ), w ilości nie mniejszej niż:
a) w okresie od 01 maja 2017 roku do 31 grudnia 2017 roku – 450 Mg w tym minimum:
15 01 01, 20 01 01 - Opakowania z papieru i tektury, papier i tektura – ok. 140 − Mg,
15 01 02, 20 01 39 – Opakowania z tworzyw sztucznych, tworzywa sztuczne – − ok. 110 Mg,
− 15 01 07, 20 01 02 – Opakowania ze szkła, szkło - ok. 190 Mg,

15 01 04 – Opakowania z metali ok. 10 Mg. −

b) w okresie od 01 stycznia 2018 roku do 31 grudnia 2018 roku – 650 Mg w tym minimum:

15 01 01, 20 01 01 - Opakowania z papieru i tektury, papier i tektura – ok. 195 − Mg,

17

15 01 02, 20 01 39 – Opakowania z tworzyw sztucznych, tworzywa sztuczne – − ok. 150 Mg,

15 01 07, 20 01 02 – Opakowania ze szkła, szkło - ok. 290 Mg, −

15 01 04 – Opakowania z metali ok. 15 Mg. −

c) w okresie od 01 stycznia 2019 roku do 31 stycznia 2019 roku – 50 Mg w tym minimum:

15 01 01, 20 01 0 - Opakowania z papieru i tektury, papier i tektura – ok. 6 − Mg,

15 01 02, 20 01 39 – Opakowania z tworzyw sztucznych, tworzywa sztuczne – − ok. 14 Mg,

15 01 07, 20 01 02 – Opakowania ze szkła, szkło - ok. 28 Mg, −

15 01 04 – Opakowania z metali ok. 2 Mg. −

zgodnie § 5 ust. 1 pkt 7 projektu umowy, wykonawca zobowiązuje się do osiągnięcia − poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła i odpadów wiolomateriałowych oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami w wysokości określonej w przepisach Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r. poz. 645 z późn. zm.). Jeśli w danym roku rozliczeniowym udział Wykonawcy zwiększy się lub zmniejszy, do obliczenia wymaganego wskaźnika, będzie wzięty proporcjonalny udział Wykonawcy w rynku.

zgodnie z § 11 ust. 1 pkt 4 projektu umowy, w razie nie osiągnięcia w czasie − obowiązywania umowy wymaganego w § 5 ust. 1 pkt 7 poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych – w wysokości stanowiącej iloczyn opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku – Prawo ochrony środowiska ( Dz. U. z 2016r. poz. 672 z późn. zm. ) i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, w okresie działania Wykonawcy;

zgodnie z § 11 ust 1 pkt 5 projektu umowy, w razie nie osiągnięcia w czasie − obowiązywania umowy wymaganego poziomu surowców wtórnych, określonego w § 5 ust. 1 pkt 2, w wysokości 100 zł za każdą brakującą tonę.

18

Odwołujący podniósł, że nałożenie na wykonawców kar umownych określonych w 11 ust. 1 pkt 4 i 5 projektu umowy stanowi naruszenie art. 353 1 i art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przyznał, że poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz selekcjonowanie odpadów są obowiązkami gminy nałożonymi przepisami prawa, a ich przeniesienie na wykonawców zamówienia publicznego jest zasadne i konieczne dla właściwego wypełnienia własnych obowiązków, wskazał jednak na to, że kary umowne dotyczą tożsamej rodzajowy działalności i prowadzą do podwójnego karania wykonawców za nieosiągnięcie tego samego wskaźnika. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że kary umowne z 11 ust. 1 pkt 4 i 5 dotyczą nieosiągnięcia różnych wskaźników (pkt 4 – nieosiągnięcie poziomu surowców wtórnych w wysokości określonej w przepisach Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r., pkt 5 – nieosiągnięcie wymaganego poziomu surowców wtórnych, określonego w § 5 ust. 1 pkt 2 projektu umowy). Zakres tych kar nie jest więc tożsamy, tym niemniej – przy literalnej interpretacji postanowień umowy – może zaistnieć sytuacja nieosiągnięcia wskaźników określonych zarówno w punkcie 4, jak i 5. Nie oznacza to jednak automatycznie uznania

kwestionowanych postanowień za niezgodne z przepisami ustawy. Jak już wcześniej wskazano, określenie istotnych postanowień umowy należy do zadań Zamawiającego (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), a zmiana tych postanowień w drodze środków ochrony prawnej może być skuteczna wyłącznie w sytuacji wykazania przez Odwołującego, że Zamawiający naruszył przepisy prawa. W przypadku kar umownych Odwołujący musiałby udowodnić, że zostały one określone na takim poziomie lub za takie działania lub zaniechania, że eliminują lub ograniczają w postępowaniu konkurencję. W niniejszej sprawie Odwołujący nie podjął nawet próby przeprowadzenia takiego dowodu, ograniczając się do zarzucenia niezgodności z bliżej nieokreślonymi zasadami współżycia społecznego. Odwołujący nie wykazał również na czym polega sprzeczność tych postanowień z naturą stosunku czy ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa.

W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że Zamawiający zaprzeczył, jakoby zamierzał naliczać dwie kary umowne w przypadku nieosiągnięcia obu wskaźników, celowe byłoby więc ujęcie tego wprost w postanowieniach przyszłej umowy. Izba nie mogła jednak – wobec niewykazania niezgodności z przepisami ustawy – nakazać wyrokiem takich zmian.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

19

---

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący: ……..……..**

20