

Sygn. akt: KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22
KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22

WYROK

z dnia 13 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Aleksandra Kot
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 16, 26 maja i 8 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 kwietnia 2022 r.
przez wykonawców:

A. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą
we Wrocławiu [„Odwołujący A”] - sygn. akt: KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22,
KIO 1121/22

B. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu
[„Odwołujący B”] - sygn. akt: KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22

w postępowaniach pn.:

A. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących

z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście
(nr referencyjny 1/2021) - sygn. akt: KIO 1118/22, KIO 1122/22

B. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących
z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II - Krzyki (nr referencyjny 2/2021) - sygn.
akt: KIO 1120/22, KIO 1123/22

C. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących
z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna (nr referencyjny 3/2021) -

sygn. akt: KIO 1119/22, KIO 1124/22

D. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących
z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole (nr referencyjny 4/2021) -

sygn. akt: KIO 1121/22, KIO 1125/22

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wrocław [„Zamawiający”]
przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą

we Wrocławiu - sygn. akt: KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22

B. FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich - sygn. akt KIO
1123/22

C. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu -
sygn. akt: KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22

- po stronie Odwołującego

D. ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku - sygn. akt:

KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22

E. FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich - sygn. akt KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22

- po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze we wszystkich sprawach w odniesieniu do zarzutów i żądań uwzględnionych przez Zamawiającego (zarzuty nr 5, 8 Odwołującego A oraz zarzuty nr 1, 11, 14, 15, 16 Odwołującego B) lub wycofanych przez Odwołującego A (zarzuty nr 2, 3, 6 oraz zarzut nr 4 - z wyjątkiem kwestii waloryzacji względem ceny paliwa) i Odwołującego B (zarzuty nr 4, 5, 6, 13), lub takich, względem których dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się bezprzedmiotowe (zarzut nr 9 Odwołującego B).
2. Oddala odwołania w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt: KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22 obciąża Odwołującego A i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 60000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego A tytułem wpisów od odwołań,
 - 2) zasądza od Odwołującego A na rzecz Zamawiającego kwotę 14400 zł 00 gr (czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) - odpowiadającą uzasadnionym kosztom poniesionym przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt: KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22 obciąża Odwołującego B i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 60000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego B tytułem wpisów od odwołań,
 - 2) zasądza od Odwołującego B na rzecz Zamawiającego kwotę 14400 zł 00 gr (czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) - odpowiadającą uzasadnionym kosztom poniesionym przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

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

Gmina Wrocław {dalej: „Zamawiający”, w imieniu i na rzecz której działa jako jej pełnomocnik Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Ekosystem”}},

prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, ustawa Pzp, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego równoległe cztery postępowania o udzielenie zamówienia na usługi pod analogicznymi nazwami [po dodanym znaku „:” podano końcowy człon nazwy różny dla poszczególnych postępowań]: Odbiór, zbieranie, transport

i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław

w obrębie... [:] ...Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście (nr referencyjny 1/2022), ...Sektora II - Krzyki (nr referencyjny 2/2021), ..Sektora III - Fabryczna (nr referencyjny 3/2021), Sektora IV - Psie Pole (nr referencyjny 4/2021).

Ogłoszenia o tych zamówieniach 12 kwietnia 2022 r. zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_072 odpowiednio pod poz. 192482, 192484, 192480 i 192483.

Wartość każdego z tych zamówień przekracza progi unijne.

{KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22}

24 kwietnia 2022 r. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Chemeko”, „Odwołujący” lub „Odwołujący Chemeko”} wniósł analogiczne odwołania wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej również: „SWZ”} w każdym z powyżej wymienionych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

W każdym z tych odwołań Odwołujący Chemeko zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 433 pkt 2 i art. 431 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 również w związku z następującymi przepisami ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) {dalej również: „kc”, „k.c.”}: art. 58, art. 353¹, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 1 i 2, art. 473 § 1 i 2, a te ostatnie przepisy z kolei w związku z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888 ze zm.) {dalej również: „ucpg” lub „u.c.p.g.”} - przez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r projektu umowy i w pkt XX Szczegółowych warunków umowy {dalej również: „SWU”} za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu i ponownego użycia kar umownych, które - z uwagi na: opisany przedmiot zamówienia, słabą jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych u źródła ich powstania, zmiany zasad obliczania

poziomów recyklingu odpadów komunalnych wprowadzonych rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U. 2021 poz. 1530) {dalej również: „rozporządzenie”}, na co wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu - są nieadekwatne do okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca (obarczając go odpowiedzialnością za nieswoje działania lub zaniechania), nieproporcjonalne (rażąco wygórowane) oraz, wbrew obowiązкови współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie służą należytej realizacji tego zamówienia.

2. Art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 również w związku z art. 58 i art. 353¹ kc, a te ostatnie przepisy z kolei w związku z art. 3b i 9z ust. 2 ucpg i § 3 rozporządzenia - przez naruszenie zasad

zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania

wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w odniesieniu do zobowiązania wykonawcy w rozdziale XX pkt 1 ppkt 2) SWU do osiągania rocznych poziomów recyklingu odpadów komunalnych obliczonych wg wzoru niezgodnego z rozporządzeniem, według którego do łącznej masy odpadów poddanych recyklingowi i odpadów wytworzonych zalicza się wyłącznie określone grupy i kody odpadów.

3. Art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 433 pkt 2, art. 58 i art. 353¹ kc, a te ostatnie przepisy z kolei w związku z art. 3b i 9z ust. 2 ucpg i rozporządzeniem oraz wydanymi na podstawie odpowiednio art. 23 ust. 13 i art. 24 ust. 11 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 542 ze zm.) rozporządzeniami wykonawczymi, w tym rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wzorów dokumentów DPO i DPR

(Dz. U. poz. 1859) - przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji,

proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności

polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny odnośnie zobowiązania wykonawcy w rozdziale XX pkt 4 i 5 SWU do dołączania do sprawozdań z osiągnięcia poziomów recyklingu dokumentów DPR i EDPR, w tym dla surowców wysortowanych ze strumienia odpadów zmieszanych, i obciążeniu wykonawcy karą umowną za niewykonanie tego obowiązku w sytuacji, gdy obowiązek taki nie wynika z właściwych przepisów prawa.

4. Art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1, 3 i 4 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 353¹ i art. 5 kc - przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy

i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że:

a) uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone jest do przypadku, gdy poziom zmiany kosztów związanych z realizacją umowy względem kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy przekroczy poziom 10%, który jest zbyt wysoki, aby w rzeczywistości waloryzacja wynagrodzenia wystąpiła, była skuteczna i realnie chroniła strony przed skutkami zmian kosztów w sposób zgodny z celem klauzuli waloryzacyjnej;

b) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji została ograniczona do 2% wynagrodzenia brutto pozostałego do zapłaty, tymczasem (z uwagi na zakładany okres realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów znacznie przewyższy ten próg, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia do rzeczywistego wzrostu kosztów;

c) wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia dopiero po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy i kolejnej waloryzacji po upływie 10 miesięcy od poprzedniej waloryzacji, tymczasem aby waloryzacja realnie spełniała swoją funkcję, konieczne jest jej zagwarantowanie bez względu na okres, jaki upłynął od daty zawarcia umowy lub poprzedniej waloryzacji, a jej przeprowadzenie uwarunkowane było wyłącznie wzrostem kosztów realizacji umowy, który przekroczy 2,5% wysokości kosztów przyjętych w celu ustalenia dotychczasowego wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy

- co powoduje, że postanowienia umowne tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ust. 1, w szczególności w związku z drastycznymi wahaniami cen za paliwo, które jest jednym z istotniejszych elementów cenotwórczych, gdyż w rzeczywistości nie gwarantują waloryzacji wynagrodzenia umownego.

5. Art. 16 w zw. z § 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U.

2020 poz. 2415) - przez ustalenie w rozdziale XII ust. 4 pkt 13, 14, 15 SWZ wymogu

złożenia przez wykonawcę opisanych tam dokumentów, które mają być wystawione nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed ich złożeniem, podczas gdy ustawodawca nie wskazuje na taki obowiązek, a charakter tych dokumentów (decyzja administracyjna, wpis do rejestru działalności regulowanej) jest taki, że nie są one aktualne jedynie przez określony czas, co oznacza, że taki wymóg jest nadmierny.

6. Art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 - przez naruszenie zasad

zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania

z należyłą starannością, w szczególności polegające na opisanu przedmiotu

zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny, polegające

na zaniechaniu podania w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2.1.3 SWZ kodów odpadów wymienionych w rozdziale I ust. 1 i 2 SWU.

7. Art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 - przez naruszenie zasad

zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania

z należytą starannością, w szczególności polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny w rozdziale I ust. 3 SWU, przy braku regulacji uprawniającej wykonawcę do odmowy realizacji usługi w przypadku pojawienia się na terenie sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania niż te, które są wprost wskazane w chwili ogłoszenia postępowania, co wyłącza możliwość realnej wyceny realizacji umowy przez wykonawcę.

8. Art. 16 ust. 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 5, art. 353¹, art. 487 § 2, art. 483 § 1 oraz art. 484 § 1 i 2 kc - przez ukształtowanie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q oraz r projektu umowy warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego w zakresie, w jakim formułuje kary umowne rażąco wygórowane, nieproporcjonalne w stosunku do skali uchybienia wykonawcy lub w oderwaniu od celu, jakiego służyć powinna kara umowna, co w konsekwencji powoduje powstanie po stronie wykonawcy zbyt dużego ryzyka kontraktowego.

Odwołujący Chemeko wniósł o uwzględnienie każdego z odwołań i nakazanie

Zamawiającemu:

1. Zmiany § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r w zw. z § 2 ust. 1 pkt 12 lit. b i § 2 ust. 1 pkt 12 lit. b projektu umowy oraz pkt XX.1.2 i nast. SWU w taki sposób, aby kara umowna była ustalona w wysokości adekwatnej do obiektywnych możliwości wykonawcy zapewnienia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, jednak nie więcej niż 50% kary nałożonej na Zamawiającego na podstawie przepisów ucpg za nieuzyskanie przez niego odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1 ucpg.
2. Zmiany przywołanych w odwołaniu postanowień projektu umowy i SWU stosownie do obowiązujących przepisów w zakresie wzoru do obliczenia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz dokumentów składanych przez wykonawcę, w oparciu o które przeprowadza się obliczenia tych poziomów.
3. Obniżenia w § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e projektu umowy poziomu zmiany kosztów związanych z realizacją umowy względem kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tak aby wykonawca był uprawniony do żądania zmiany wynagrodzenia, gdy poziom ten przekroczy 2,5%.
4. Podwyższenia w § 18 ust. 4 lit. e projektu umowy poziomu maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji do 30% wynagrodzenia brutto pozostałego do zapłaty.
5. Wprowadzenia w § 18 ust. 4 lit. e projektu umowy zmiany polegającej na wykreśleniu ograniczeń czasowych 12 miesięcy od daty zawarcia umowy oraz 10 miesięcy od daty ostatniej waloryzacji i ustalenia, że wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku, gdy wartość wzrostu kosztów realizacji umowy przekroczy 2,5% kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia dotychczasowego wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy.
6. Wprowadzenia w § 18 ust. 3 projektu umowy dodatkowej przesłanki umożliwiającej dokonanie zmiany umowy w zakresie wysokości cen ryczałtowych, o których mowa w § 11 wzoru umowy, w sytuacji, gdy PKN Orlen S.A. w zamieszczonym na jego stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny paliwa (oleju napędowego Ekodiesel) obwieści zmianę jego ceny przekraczającą 30% w stosunku do ceny podanej w takim komunikacie w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu.
7. Wykreślenia w rozdziale XII ust. 4 pkt 13, 14, 15 SWZ sformułowania „wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem”.
8. Podania w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2.1.3 SWZ kodów odpadów wymienionych w rozdziale I ust. 1 i 2 SWU.
9. Wprowadzenia w rozdziale I ust. 3 SWU dodatkowej regulacji umożliwiającej odmowę realizacji usługi w sytuacji, gdy wykonawca w tym zakresie nie posiada odpowiednich uprawnień.
10. Zmiany § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q oraz r projektu umowy w taki sposób, aby wskazane tam kary umowne były nakładane nie za każdorazowe stwierdzenie „przepełnienia

któregokolwiek z pojemników", lecz za stwierdzenie „przepełnienia któregokolwiek z pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych danej frakcji, z wyłączeniem sytuacji, gdy w MGO znajdują się inne puste pojemniki przeznaczone do gromadzenia tej samej frakcji.

W uzasadnieniu odwołań Chemeko następująco przedstawiono okoliczności faktyczne i prawne jako dodatkowe sprecyzowanie tych spośród powyższych zarzutów, które do zamknięcia rozprawy ostały się do rozpatrzenia przez Izbę:

{ad pkt 1. listy zarzutów}

1. W § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy (załącznik nr 1 do SWZ, str. 29) Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych za nieosiągnięcie przez niego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa

w Rozdziale XX pkt 1 ppkt 2 Załącznika do SWZ - SWU, w sposób przenoszący całkowitą odpowiedzialność administracyjnoprawną ciążącą na Zamawiającym (jako gminie) z tego tytułu na wykonawcę usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w sytuacji, gdy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu wykonawca ma ograniczony wpływ na możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, a co za tym idzie, wykonawca nie może gwarantować pod rygorem kary umownej osiągnięcia niezależnego od swoich działań skutku. Przedmiotowe postanowienia SWZ sprzeciwiają się właściwości (naturze) umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych i stanowią jednocześnie o naruszeniu przepisów regulujących karę umowną, zgodnie z którymi konieczność zapłaty kary umownej wiąże się z ustaleniem okoliczności obciążających dłużnika (tu: wykonawcy). Dla potrzeb niniejszego odwołania Odwołujący będzie się posługiwał pojęciem „poziomy recyklingu odpadów komunalnych” zamiast pojęciem „poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych”, którymi posługują się właściwe przepisy prawa i SWZ, w szczególności że przygotowanie do ponownego użycia w praktyce gospodarowania odpadami komunalnymi nie ma w ogóle zastosowania.

2. Treść SWZ mająca istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie zarzutów dot.

poziomów recyklingu:

Rozdział XX SWZ:

„1. W zakresie poziomów ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji oraz osiągania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w Punktach Selektywnego Zbierania Odpadów

Komunalnych, w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych oraz usługi SZOP, w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów:

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości 35% wagowo za rok 2023, w wysokości 45% za rok 2024, w wysokości 55% wagowo za rok 2025 na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Osiągany w roku rozliczeniowym poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się wg poniższego wzoru:

MR

$$P = \frac{\text{-----}}{\text{-----}} \times 100 \%$$

MW

gdzie:

P - poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, wyrażony w %,

Mr - łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia

i poddanych recyklingowi, wyrażona w Mg,

Mw - łączna masa wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażona w Mg.

8. Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów:

przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

$WK2 = MB1 \times S$

gdzie:

WK2 - wysokość kary wyrażona w zł

B1 - brakująca masa odpadów komunalnych, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz.1973 ze zm.)”.

Do obowiązków Wykonawcy należy także wg SWU:

(1) kontrola zawartości pojemników i worków co do zgodności zbieranych w nich odpadów z Regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminach, przy czym jeżeli właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów, Wykonawca przekazuje o tym stosowną informację Zamawiającemu i właścicielowi nieruchomości,

odbiera przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne (vide pkt III.4.3) i 4) SWU);

(2) edukacja ekologiczna, ale tylko:

- dla dzieci w wieku 5-7 lat w określonych placówkach zlokalizowanych na terenie sektora (vide pkt XXI.A SWU),

- w zakresie zbiórki odpadów problemowych, poprzez zachęcenie mieszkańców do korzystania z usług Samochodu Zbierającego Odpady Problemowe (SZOP). Działania te mają polegać zgodnie z SWZ na zapoznaniu mieszkańców z miejscami i terminami postoju SZOP oraz zachęceniu do korzystania z niego poprzez przekazywanie mieszkańcom lunchboxów termicznych w zamian za przyniesione odpady (vide pkt XXI.B SWU).

§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy (załącznik do SWZ, str. 29):

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XX, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej

w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2020 r. poz. 1219 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XX pkt 1 ppkt 2)(obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XX pkt 8, ppkt 2)”.

4. Sposób sformułowania wysokości kary umownej wskazuje, że Zamawiający przerzucił na wykonawcę całą odpowiedzialność gminy za osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu odpadów komunalnych. Przedmiotowa kara umowna powiela bowiem w całości karę pieniężną, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

5. Tymczasem zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp

Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

6. Na wstępie wymaga wyjaśnienia pojęć „recyklingu” i „przygotowania do ponownego użycia”. Zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 691) - art. 3 ust. 1:

pkt 22) przygotowanie do ponownego użycia - rozumie się przez to odzysk polegający na sprawdzeniu, czyszczeniu lub naprawie, w ramach którego produkty lub części produktów, które wcześniej stały się odpadami, są przygotowywane do tego, aby mogły być ponownie wykorzystywane bez jakichkolwiek innych czynności wstępnego przetwarzania;

pkt 23) recykling - to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych.

Do tych pojęć odnosi się wymóg z art. 3b ust. 1 u.c.p.g., przerzucony przez gminę (Zamawiającego) na wykonawcę odbierającego i zagospodarowującego odpady. Powstaje więc pytanie, od jakich czynników zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, jak wygląda

system gospodarowania odpadami komunalnymi?

3. W ramach przedmiotu zamówienia (vide pkt I SWU) wykonawca ma odebrać, zebrać, transportować i zagospodarować odpady komunalne o kodach wskazanych w SWZ.

Jednakże odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu (o czym szerzej poniżej).

4. Szacunkowe ilości odpadów Zamawiający podał w SWZ - w Załączniku nr III do Formularza oferty. Wynika z niego, że odpady o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne - stanowią aż 55,18 % strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym

strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

5. Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4. Wykonawca nie ma więc wyboru co do sposobu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych.

6. Zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach „Instalacją komunalną” jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniająca:

1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub

2) (uchylony)

3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości

z sortowania odpadów komunalnych.

7. Instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (dalej także jako „instalacje MBP”) mają zgodnie z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach obowiązek wydzielać z tych odpadów odpady nadające się do odzysku. Przez „odzysk” jednak zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 14 ustawy o odpadach rozumie się jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu

przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Tym samym recykling, o którym mowa w SWZ, jest rzecz jasna odzyskiem, ale nie odwrotnie - nie każdy proces odzysku (a ustawodawca mówi szeroko o odzysku w odniesieniu do instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych) jest recyklingiem, w szczególności nie jest recyklingiem odzysk energii i ponowne przetwarzanie odpadów na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa. Podkreślenia więc wymaga, że odzysk należy odróżnić od recyklingu, do którego odnoszą się kwestionowane zapisy SWZ.

8. W części mechanicznej instalacji MBP, która składa się z sortowni odpadów wyposażonej w system separatorów i sit, przebiega rozdział zmieszanych odpadów komunalnych na następujące, podstawowe strumienie odpadów:

- tzw. frakcję nadsitową (odpady o wielkości ponad 80 mm) - surowce wtórne, paliwo

alternatywne (o kodzie 19 12 10), balast po sortowaniu (o kodzie 19 12 12)

oraz

- tzw. frakcję podsitową o kodzie 19 12 12 (odpady o wielkości 0-80 mm).

9. W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP to odpad o kodzie 19 12 12, a więc odpad nienadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach MBP ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyciągnąć kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Średnio instalacje komunalne zdolne są do wysortowania ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych ok. 12-14 %. Zamawiający takimi danymi dysponuje, otrzymując sprawozdania od wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych we Wrocławiu. Najbardziej pełnowartościowe surowce do ponownego przetworzenia, które zostaną odebrane przez recyklerów, uzyskamy, jeśli będziemy poprawnie zbierać „u źródeł” osobno papier, szkło, tworzywa sztuczne wraz z metalem i oddzielimy je od odpadów biodegradowalnych. Szerzej na ten temat poniżej. Innymi słowy, recykling odpadów opiera się na odpadach z selektywnej zbiórki, których poziom nie przekracza połowy całego strumienia odpadów odbieranych w poszczególnych sektorach Wrocławia.

10. Reasumując, wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na poziomy recykling i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recykling można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady.

11. Omówione powyżej okoliczności faktyczne i prawne mają kluczowy wpływ na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w niniejszym postępowaniu, jeżeli w przedmiotowym postępowaniu zmieszane odpady komunalne stanowią aż 55,18% całego strumienia odpadów. Odwołujący wskazuje, że tak wysoki wskaźnik znacząco pogarsza możliwość osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Udział pozostałych frakcji odpadów w strumieniu przedstawia się następująco:

- Udział surowców - 21,53%
- Bioodpady - 9,96%,
- Pozostałe odpady - 13,33%.

12. Wobec powyższych danych, w tym konkretnym zamówieniu, osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu przy tak słabej jakości zbiórki odpadów, przeważającym udziale zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów, jest niewykonalne.

13. Osiągnięcie poziomów recyklingu odpadów zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość znajduje się poza kontrolą wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Do najważniejszych zalicza się przede wszystkim:

- 1) poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli - które wszystkie są zależne od gminy,
- 2) możliwość znalezienia rynków zbytu dla surowców, w szczególności surowców niższej jakości - decydująca dla możliwości uzyskania wyższego poziomu recyklingu jest jakość odpadów „na wejściu” do instalacji, która jest niezależna od wykonawcy,

3) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recyklerów, o czym szerzej poniżej.

14. System gospodarowania surowcami wtórnymi, w oparciu o które można osiągnąć poziomy recyklingu, przedstawia schemat, załączony do tego odwołania - na przykładzie odpadów szklanych (uproszczony schemat drogi szkła odbieranego z gminy, czyli od odbioru śmieciarką do wyrobu gotowego). Schemat ten wyraźnie pokazuje, że w całym łańcuchu zdarzeń prowadzących do recyklingu odpadu (tu: szklanego) udział wykonawcy odbierającego i zagospodarowującego odpady jest obiektywnie niewielki. Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że w celu poddania odpadów recyklingowi odpady trafiają do recyklerów, które decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia. Mało tego, jest faktem notoryjnym, że skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych jest zmienny, przy czym w odpadach tych jest najwięcej odpadów organicznych oraz papieru, co determinuje zanieczyszczenia odpadów wydzielonych do odzysku w instalacji MBP i w konsekwencji uniemożliwia ich recykling.

15. Istota problemu dotyczy wpływu dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recyklingu, o czym mowa powyżej. W przypadku, gdyby w strumieniu odpadów znajdowała się znaczna ilość odpadów zebranych selektywnie, z podziałem na frakcje, wówczas odpady te zostałyby łatwiej przyjęte przez recyklera, który ma określone standardy jakości przyjmowanych odpadów. Co oczywiste, recykling odpadów wysortowanych następczo ze strumienia odpadów zmieszanych wiąże się z zanieczyszczeniem odpadów i trudnościami technologicznymi - w przypadku np. papieru recykling jest wręcz niemożliwy. Jak wynika ze standardów jakościowych papieru do recyklingu określonych przez największych recyklerów: Stora Enso Poland S.A. i Schumacher Packaging Zakład Grudziądz Sp. z o.o., w ogóle nie przyjmuje się do recyklingu papieru pochodzącego bezpośrednio ze zmieszanych odpadów komunalnych. Papiernie nie przyjmują zanieczyszczanego najczęściej resztkami żywności papieru do recyklingu, a taki właśnie papier znajduje się w zmieszanych odpadach komunalnych.

16. Taka sytuacja przekłada się na ilość odpadów nadających się do recyklingu ze zmieszanych odpadów komunalnych: są to szczątkowe ilości, nieprzekraczające maksymalnie kilku procent całego strumienia zmieszanych odpadów „na wejściu”.

Odwołujący, mając instalację MBP na wysokim poziomie, poddaje recyklingowi obecnie

kilkanaście procent odpadów wysortowanych z odpadów zmieszanych (niesegregowanych) i nawet przy założeniu znaczącego wzrostu w tym zakresie nie będzie możliwym osiągnięcie poziomów recyklingu w stopniu oczekiwanym przez Zamawiającego, w sytuacji gdy

większość strumienia odpadów komunalnych objętego przedmiotem zamówienia to odpady

zmieszane. Poziom recyklingu odpadów wydzielonych ze strumienia odpadów zmieszanych jest Zamawiającemu znany, wynika bowiem ze sprawozdań składanych Zamawiającemu przez Odwołującego i inne podmioty odbierające odpady z Wrocławia. Innymi słowy, zakłady recyklingu są co najwyżej zainteresowane odbiorem odpadów surowcowych pochodzących z przetworzenia odpadów z selektywnej zbiórki.

17. W konsekwencji, to od jakości systemu zbierania odpadów komunalnych „u źródła” (przede wszystkim u mieszkańców) zależy możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu odpadów - im większy jest udział odpadów zebranych selektywnie, tym bardziej możliwe jest osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Powstaje zatem pytanie, kto ma kompetencje, narzędzia i wpływ na efektywność w zakresie zbierania odpadów komunalnych?

18. Na podstawie art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający (gmina) jest zobowiązany

do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na

których zamieszkują mieszkańcy. Zgodnie z art. 4 u.c.p.g. to rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. Dalej w art. 4 u.c.p.g. ustawodawca wskazuje na elementy określone w regulaminie, m.in.:

- wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających selektywnej zbiórce),
- wymagania w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego

przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych powyżej, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających zbieraniu odpadów w PSZOK),

Powyższe (oba punkty) potwierdza art. 4 ust. 2a u.c.p.g., zgodnie z którym rada gminy może w regulaminie wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a i b u.c.p.g. (tj. na więcej frakcji) oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów,

- rodzaj i minimalną pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, przy uwzględnieniu:
- średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź winnych źródeł,
- liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków;
- innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami - katalog otwarty.

19. Zgodnie z art. 9u u.c.p.g. to gmina sprawuje kontrolę przestrzegania i stosowania przepisów ustawy. Na podstawie art. 6k ust. 3 u.c.p.g. to rada gminy określa stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełnia obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, w wysokości nie niższej niż dwukrotna wysokość i nie wyższej niż czterokrotna wysokość stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Na podstawie art. 6k u.c.p.g. to rada gminy ustala stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym odpadami komunalnymi zbieranymi i odbieranymi w sposób selektywny. Innymi słowy, to wyłącznie w rękach gminy są ekonomiczne zachęty do selektywnej zbiórki odpadów, m.in. poprzez „kary finansowe” dla mieszkańców za brak selektywnej zbiórki (opłata podwyższona za gospodarowanie odpadami).

20. Z powyższego wynika, że to Zamawiający (gmina) jest podmiotem pierwotnie odpowiedzialnym za gospodarowanie odpadami na terenie gminy, tj. za zasady selektywnej

zbiórki odpadów i ich egzekwowanie, i ma w tym zakresie kompetencje prawodawcze. Ponadto, na Zamawiającym ciąży również odpowiedzialność wtórna - związana ze szczegółowym określeniem warunków niniejszego postępowania, w ramach którego wykonawca wykonuje usługę w ściśle określony przez Zamawiającego sposób. Przytoczona argumentacja potwierdza zasadność zarzutów Odwołującego, ponieważ wykonawca ma jedynie ograniczony wpływ na osiągnięcie poziomów odzysku, a decydujące w tym zakresie narzędzia są w rękach Zamawiającego (gminy), m.in. utworzenie odpowiedniego systemu gospodarowania odpadami, sankcje związane z brakiem selektywnej zbiórki, narzędzia ekonomiczne (niższa opłata za gospodarowanie odpadów dla mieszkańców prowadzących selektywną zbiórkę odpadów). Powyższe stanowisko znajduje wyrażne uzasadnienie w zakresie obowiązków wykonawcy wynikających z SWZ:

- w razie stwierdzenia przez wykonawcę, że mieszkaniec nienależycie zbiera odpady, naruszając zasady selektywnej zbiórki obowiązujące w gminie, wykonawca poprzez naklejkę daje mieszkańcowi ostrzeżenie i informuje o tym fakcie Zamawiającego! A następnie odbiera przedmiotowe odpady jako odpady zmieszane! Gdy tymczasem odpady zmieszane mają, jak wynika z powyższych rozważań, fatalny wpływ na możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu.
- edukacja, jaką ma przeprowadzać wykonawca, dot. zbierania odpadów przez mieszkańców, jest ograniczona do uczniów szkół podstawowych i oddawania odpadów do SZOP. SWZ nie przewiduje jakichkolwiek innych działań edukacyjnych, zachęt dla podwyższenia selektywnej zbiórki.

Zamawiający w innych analogicznych postępowaniach podkreślał, że wykonawca posiada wpływ na działanie i efektywność gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, bo na mocy Ucpg podmiot odbierający odpady komunalne obowiązany jest reagować w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów przez właściciela

nieruchomości (art. 6ka ust. 1). Tak, ale jak wynika z SWZ owa „reakcja” Wykonawcy ogranicza się do monitorowania pojemników i informowania właściciela nieruchomości poprzez naklejkę. Cały aparat represyjny jest w rękach gminy, która może ukarać właściciela nieruchomości. Tym samym, odwołując się do wcześniejszych stanowisk Zamawiającego, jedynym skutecznym środkiem na poprawę jakości selektywnej zbiórki jest presja finansowa, leżąca po stronie Zamawiającego. Odwołujący świadczy usługę we Wrocławiu od wielu lat, stale informuje Zamawiającego o niewłaściwej selektywnej zbiórce i pojawia się w tym miejscu pytanie, ile postępowań wszczął Zamawiający w takich sprawach, ile kar wymierzył za niewłaściwą selektywną zbiórkę wobec właścicieli nieruchomości, w szczególności w zabudowie wielorodzinnej? Nie polega na prawdzie stanowisko Zamawiającego w analogicznych sprawach, że Odwołujący dysponuje znaczącym wpływem na jakość i efektywność zagospodarowywania odpadów, albowiem ma prawo kierować odpady do instalacji oferujących optymalne i adekwatne do potrzeb technologie. Takich technologii bowiem nie ma, instalacje MBP w Polsce mają podobne możliwości technologiczne, a to do nich trafia większość odpadów odbieranych we Wrocławiu. Pozostałe odpady z selektywnej zbiórki poddawane są różnego rodzaju procesom przetwarzania, aby jak największy strumień poddano recyklingowi, jednakże to od wymagań jakościowych stawianych przez recykerów zależy, ile i jakie odpady przyjmą do recyklingu. Szerzej na ten temat poniżej.

21. Jak zatem wykonawca może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, jeżeli obowiązki (możliwości) wykonawcy w tym zakresie wynikające z SWZ i przepisów prawa ograniczone są do kierowania mieszkańców odpowiednich ostrzeżeń i informowania Zamawiającego?! Odwołującemu znana jest linia orzecznicza Izby, zgodnie z którą niewątpliwie Zamawiający ma możliwość nałożenia na wykonawców wyłonionych w toku procedur o zamówienie publiczne obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu. Nie można jednak zgodzić się z sytuacją, gdy na wykonawcę przenosi się cały zakres tej odpowiedzialności.

Skład orzekający w niniejszej sprawie powinien zwrócić uwagę na zmiany prawne (zmianę w przepisach prawa - Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), jak i organizację systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, gdzie to gmina jest wyposażona w narzędzia poprawiające jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych przez mieszkańców, która ma kluczowe znaczenie dla osiągniętych poziomów odzysku). Stąd tak istotne jest ponowne pochylenie się nad systemowym problemem przerzucenia całego ryzyka z tym związanego na wykonawcę, jak w niniejszej sprawie.

22. Niezrozumiałe jest przypisywanie Zamawiającemu w niektórych orzeczeniach Izby, jedynie roli pośredniej w procesie selektywnej zbiórki odpadów, ograniczania uprawnień Zamawiającego do „wymiaru informacyjno-edukacyjnego”. Zdaniem niektórych składów orzekających, to podmiot realnie wykonujący określone zadania, niejako „w terenie”, wśród mieszkańców, może wpływać na realizację celu, jakim będzie prawidłowa segregacja odpadów i ich odzysk. Gmina sama bowiem nie dokonuje odbioru odpadów, a to właśnie prawidłowe przeprowadzenie takich czynności odnosi się do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy. Takie tezy, są w ocenie Odwołującego, wyrazem niezrozumienia systemu. Udział gminy w osiągnięciu wymaganych poziomów recyklingu wykracza dalece poza funkcję „pośrednią”, gdzie rola gminy sprawdzałaby się wyłącznie do obowiązku udzielenia zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Faktem jest, że to nie Zamawiający odbiera odpady, ale odbiór odpadów to prosta czynność faktyczna (w uproszczeniu zabranie worka spod drzwi, opróżnienie pojemnika stojącego na nieruchomości), przy czym, jak wynika z odwołania, recykling odpadów zależy w pierwszym rzędzie od jakości odpadów zebranych, zgromadzonych przez mieszkańców.

Jak ma to zmienić wykonawca? Jego wpływ w świetle SWZ ogranicza się wszakże do ostrzegania mieszkańców „źle sortujesz” i informowania Zamawiającego o tym. Jak zatem

nawet najbardziej prawidłowy odbiór odpadów przez wykonawcę ma się do poziomów recyklingu? W żaden sposób.

23. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że samo tylko prawidłowe przeprowadzenie odbioru odnosi się do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy (poziomów recyklingu).

To Zamawiający określa system gospodarowania odpadami w swojej gminie, który stanowi system naczyń połączonych, gdzie od Wykonawcy niniejszego postępowania zależy tylko niewielki zakres okoliczności, od których zależą osiągnięte na końcu poziomy recyklingu.

Kluczowe dla efektu końcowego są bowiem kształt systemu gospodarowania odpadami

ustalony w zgodzie z obowiązującymi przepisami przez Zamawiającego oraz jakoś selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez mieszkańców, na którą Wykonawca ma znikomy wpływ.

24. Należy także wskazać, że nastąpiła radykalna zmiana przepisów prawa, nie tylko w zakresie samych procentowych poziomów recyklingu za rok 2022 i kolejne lata, ale przede wszystkim w zakresie sposobu obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych. To czyni także dotychczasowe orzecznictwo Izby w kwestii poziomów recyklingów

nieaktualnym.

25. W dniu 20 sierpnia 2021 r. w zostało opublikowane Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530). Rozporządzenie w sprawie recyklingu weszło w życie w dniu 4 września 2021 r. Wprowadza ono nowy, niekorzystny dla gmin (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi:

- Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia 2021, „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu

usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego

przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami”.

- W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu”.

- Ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021 wskazał, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi”.

- Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów”. Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane”.

26. Reasumując: Z zestawienia przedstawionych przepisów Rozporządzenia w sprawie recyklingu jednoznacznie wynika, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów do recyklingu, przykładowo, dla zobrazowania sytuacji - w zakresie odpadów szklanych, po wyjściu stłuczki szklanej z instalacji przygotowującej stłuczkę dla potrzeb hut szkła. Idąc dalej tym przykładem, tylko masa stłuczki szklanej przekazanej do hut szkła może być wliczana do poziomów recyklingu, bo tylko taka stłuczka jest przetwarzana na materiały, substancje, które nie są odpadami. Dla potrzeb obliczania poziomów recyklingu istotne jest wprowadzenie odpadów nie do jakiegokolwiek procesu recyklingu, ale do recyklingu, w wyniku którego odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Takie procesy recyklingu prowadzone są - w odniesieniu do „przykładowej” stłuczki szklanej w Polsce - w hutach szkła.

27. Integralną częścią Rozporządzenia w sprawie recyklingu w zakresie metod obliczeń i punktów obliczeniowych jest Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2019/1004 z dnia 7 czerwca 2019 r. określająca zasady obliczania, weryfikacji i zgłaszania danych dotyczących odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE oraz uchylająca decyzję wykonawczą Komisji C(2012) 2384 (Dz. U. UE. L. z 2019 r. Nr 163, str. 66,) zwana dalej jako „Decyzja 2019/1004”:

- Art. 1 lit. e Decyzji 2019/1004 - wprowadza definicję legalną pojęcia „punkt obliczeniowy”: „punkt, w którym materiały zawarte w odpadach komunalnych są wprowadzane do procesu recyklingu, w ramach którego odpady są przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, lub punkt, w którym materiały odpadowe przestają być odpadami

w wyniku działań wstępnych przed ich ponownym przetworzeniem". W świetle tej definicji punkt obliczeniowy znajduje się w instalacjach mających na celu przygotowanie odpadów dla finalnego recyklera (odnosząc do przykładu stłuczki szklanej - hut szkła).

• Art. 3 Decyzji 2019/1004 reguluje zasady dotyczące obliczania ilości odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi. W ust. 1 prawodawca wskazuje, że „ilość odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi to ilość odpadów komunalnych w punkcie obliczeniowym. Ilość odpadów komunalnych wprowadzanych do procesu recyklingu obejmuje materiały docelowe. Może ona obejmować materiały niedocelowe tylko w zakresie, w jakim ich obecność jest dopuszczalna w konkretnym procesie recyklingu”. Szczególnie istotny jest ust. 4 omawianego przepisu, który wskazuje, że niezależnie od tego, czy punkt pomiarowy odnosi się do materiału wyjściowego z zakładu, który wysyła odpady komunalne do recyklingu bez dalszego przetwarzania wstępnego, czy do wkładu do zakładu, w którym odpady komunalne wprowadza się do procesu recyklingu bez dalszego przetwarzania wstępnego, ilości posortowanych odpadów komunalnych odrzuconej przez zakład recyklingu nie uwzględnia się w ilości odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi. Ustęp 5 również podkreśla, że jeżeli przetwarzanie wstępne w zakładzie odbywa się przed punktem obliczeniowym w tym zakładzie, odpadów usuniętych podczas tego przetwarzania wstępnego nie uwzględnia się w ilości odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi zgłaszanej przez ten zakład.

28. Biorąc pod uwagę powyższe, w pierwszej kolejności należy wskazać, że procesy, które zachodzą w instalacjach, polegające na sortowaniu i doczyszczaniu otrzymanych odpadów, należy zakwalifikować, w rozumieniu przytoczonych przepisów, jako przetwarzanie wstępne. Z całą pewnością należy wskazać, że w instalacjach przetwarzających odpady komunalne objęte przedmiotem zamówienia przetwarzanie wstępne odbywa się przed punktem obliczeniowym, w związku z czym, należy uznać, że odpadów usuniętych podczas tego przetwarzania nie uwzględnia się w ilości odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi. Należy zatem podkreślić, odwołując się znowu do przykładu ze stłuczką szklaną, że punktem obliczeniowym w instalacji jest moment, w którym stłuczka szklana

wychodzi z instalacji, po sortowaniu i doczyszczaniu, i jest kierowana do recyklingu w hutach

szkła. Potwierdza to również Załącznik I do Decyzji 2019/1004, który wskazuje, że punkt obliczeniowy dla szkła obejmuje szkło sortowane, niepoddane innemu przetwarzaniu przed obróbką w piecu szklarskim lub wykorzystaniem do produkcji mediów filtracyjnych, materiałów ściernych, materiałów izolacyjnych ze szkła oraz materiałów budowlanych. Podobne regulacje dotyczą innych frakcji odpadów objętych zamówieniem.

29. Załącznik ten bezpośrednio wskazuje moment, w którym należy obliczać ilość odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi, podkreślając, że nie obejmuje on ilości posortowanych odpadów komunalnych odrzuconych przez zakład, a jedynie te, które są kierowane bezpośrednio do recyklerów - pieców szklarskich (lub innego wykorzystania zgodnie z Załącznikiem I) - w odniesieniu do szkła, pieców do przetapiania metali - w odniesieniu do metali, do przygotowania masy włóknistej - w odniesieniu do papieru etc. Innymi słowy, masę odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi oblicza się po wszystkich procesach przygotowujących odpady do przekazania finalnego recyklera (np. do huty szkła, papierni, huty metali), czyli dopiero w momencie, gdy znajdują się w magazynie przed wysyłką do recyklera (np. huty szkła, papierni, huty metali).

30. Reasumując, za Ministerstwem Klimatu i Środowiska: „masę odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które - po przejściu wszystkich niezbędnych operacji sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów odpadowych, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, oraz zapewnienie wysokiej jakości recyklingu - wprowadzane są do procesu recyklingu, w którego wyniku materiały odpadowe są faktycznie powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje.”

31. Dodatkowo, z całą pewnością należy wskazać, że nowa regulacja zmienia moment, w którym gminy będą obliczały masę odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi, przenosząc go z momentu wprowadzenia odpadów do instalacji przygotowujących odpady do recyklingu, na moment, w którym odpady po wszystkich czynnościach w instalacjach (nie tylko tych dedykowanych odpadom komunalnym) będzie kierowany do recyklerów, np. hut szkła, papierni, hut metali, w celu wytworzenia produktu, substancji lub materiałów, używanych do celów pierwotnych lub innych celów.

32. Co więcej, uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczaniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia, które do tej pory były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi, od 2022 roku nie będą zaliczane do tej masy. Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddawanych

recyklingowi zmniejszy się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recyklerów nie mogą zostać przetworzone. Odwołujący informowany jest obecnie przez recyklerów, że przewidują również korekty poziomów recyklingu, natomiast na dzień dzisiejszy recyklerzy nie mogą oszacować jaki to będzie %. Jest to zależne od wielu czynników, przy czym już dzisiaj wielu recyklerów potwierdza dużo mniejszy recykling w odniesieniu do przekazanych im odpadów (od kilku do kilkunastu procent) od dnia wejścia w życie nowych przepisów, powołując się na ubytki procesowe i inne zanieczyszczenia, których nie akceptują finalni recyklerzy (np. papiernie, huty szkła). Każdy recykler zobowiązany jest indywidualnie obliczyć % zanieczyszczeń wyliczony zgodnie z właściwymi przepisami. Na to Odwołujący nie ma jakiegokolwiek wpływu.

33. Należy ponownie podkreślić, że różnice w ilości odpadów komunalnych poddanych recyklingowi będą uzależnione od jakości materiału wejściowego kierowanego do instalacji.

Jakość surowców wtórnych „na wejściu” będzie wyznaczała, jaka masa odpadów zostanie odrzucona w procesach przetwarzania prowadzonych przez instalacje i ostatecznie, jaka

masa odpadów zostanie przekazana finalnym recyklerom przygotowującym z odpadów materiały, substancje czy produkty. Kilka przykładów:

a) Wymagania recyklerów dla szkła - recyklerzy przyjmują odpady opakowaniowe szklane (bezbarwne, brązowe, zielone oraz mieszane), pochodzące z systemów selektywnej zbiórki odpadów oraz z sortowni odpadów komunalnych, ale nie przyjmują odpadów szklane o następujących gatunkach:

- szkło zbrojone
- szkło ołowiowe (kryształowe, TV)
- szkło lustrzane
- szkło klejone (np. szyby samochodowe klejone itp.)
- szkło płaskie (np. szyby okienne)
- szkło pochodzące z zużytych źródeł światła
- szkło żaroodporne
- izolatory energetyczne
- opakowania po truciznach, środkach chemicznych, środkach ochrony roślin, lekach

oraz innych substancjach niebezpiecznych.

A takie odpady znajdują się w odpadach komunalnych, także zbieranych selektywnie. Zanieczyszczenia, które obniżają wartość użytkową surowca (odpadów opakowaniowych szklanych):

- wtrącenia ceramiczne (porcelana, fajans i elementy klinkierowe, materiały ogniotrwałe, kafelki)
- dużych ilości odpadów organicznych (np. nie opróżnione opakowania, papier, drewno, tekstylia)
- materiały z tworzyw sztucznych (np. worki, folia)

Dopuszczalne są natomiast takie zanieczyszczenia jak:

- kapsle oraz nakrętki żelazne
- nakrętki oraz obrączki aluminiowe
- etykiety papierowe.

b) wymagania recyklerów papieru:

Niedopuszczalne zanieczyszczenia papiernicze:

Są to zanieczyszczenia integralnie związane z wyrobem papierowym lub specyficzne wyroby

papierowe nie nadające się do ponownego przerobu jako surowiec - makulatura :

- papiery metalizowane,
- worki papierowe niezależnie od budowy i składu
- gilzy papierowe i tuleje
- papiery fotograficzne,
- papiery laminowane,
- makulatura i tektura ze szpitali, która mogła mieć kontakt z odpadem medycznym
- makulatura wysypiskowa (makulatura, która została zmieszana z odpadami komunalnymi a następnie sortowana)
- używane poplamione worki, które zawierały chemikalia i środki spożywcze,
- papier użyty do pokrycia mebli podczas prac naprawczych i malowania
- makulatura z gospodarstw domowych zawierających używany papier higieniczny (używane ręczniki kuchenne, chusteczki),
- papiery warstwowe z tkaniną (gazą),
- papiery powlekane lakierami, farbami i tworzywami sztucznymi,
- papiery z okienkami z folii wiskozowej lub papieru pergaminowego,
- papiery nasyczone tłuszczami, papiery asfaltowe, papowe,
- papiery nasyczone żywicami syntetycznymi,
- okładki z tektury makulaturowej z płótnem lub folią z tworzyw sztucznych,
- papiery kablowe (wypełnione sadzą),
- papiery parafinowane,
- papiery wodotrwałe
- pergamin sztuczny i papiery pergaminowe,
- papiery silnie barwiące masę,
- papiery w których widać procesy gnilne,
- kalka kreślarska, kalki barwiące do pisania i powielania,

22 kwietnia 2022

Strona 24/50

- papiery zawierające włókna syntetyczne,
- papiery o intensywnym zapachu
- tapety,
- opakowania po napojach i płynach,
- makulatura pochodząca z wysypisk (śmietnikowa)
- papiery z reklam ulicznych
- etykiety i inne papiery samoprzylepne,
- papiery podgumowane,
- stare archiwa z bibliotek, biur itp. jeśli zawierają one PCBs.

(PCBs - (polychlorinated biphenyls-polichlorowane dwufenyle) - produkty przerobu ropy

naftowej, silnie toksyczne dla organizmów żywych i środowiska, produkty z dodatkiem PCBs są niepalne, PCBs stosuje się m.in. do bezkalkowych papierów przebitkowych, lodówek, cewek elektrycznych).

A takie odpady znajdują się w odpadach komunalnych, także zbieranych selektywnie

w niebieskim worku.

34. Ostateczna masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zależy więc od wielu czynników i podmiotów gospodarujących odpadami komunalnymi, poczynając od „źródła” (mieszkańca wytwarzającego odpad) do finalnego recyklera:

1) Słaba jakość selektywnej zbiórki „u źródła”

Niski poziom selektywnej zbiórki „u źródła” wpływa na masę odpadów, które w instalacjach przygotowujących do recyklingu muszą zostać odrzucone, co powoduje, że po wejściu w życie Rozporządzenia 2021 różnice w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi mogą być znaczące w stosunku do wcześniejszych okresów rozliczeniowych. Im bardziej zanieczyszczone odpady będą trafiały do instalacji, tym więcej odpadów zostanie odrzuconych w procesie przetwarzania jako niedających się do recyklingu (czyli np. do hut szkła, papierni, hut metali). Pamiętać należy, że podmioty zagospodarowujące odpady komunalne przetwarzają je tylko wstępnie przed procesem recyklingu, potem tak posegregowane i doczyszczane odpady przekazywane są kolejnym podmiotom gospodarującym odpadami, którzy przygotowują je do recyklingu, np. w odniesieniu do szkła i metali pozbawiając tych odpadów statusu odpadów na zasadach wynikających z odrębnych przepisów.

W tym miejscu należy podkreślić, że gminy mają możliwości wpływania na selektywną zbiórkę odpadów, poprzez działania edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Co więcej, działania edukacyjne w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych stanowią jedno z zadań własnych gminy (art. 3 ust. 2 pkt 8 u.c.p.g.). W związku z tym, nie można stwierdzić, że gminy nie mają żadnych instrumentów potrzebnych do poprawiania poziomu selektywnej zbiórki odpadów dokonywanej przez swoich mieszkańców.

2) Bardzo wysokie wymagania jakościowe stawiane przez recyklerów, np. przez huty szkła, papiernie, huty metali

Wysokie wymagania recyklerów stawiane przyjmowanym odpadom definiują procesy,

którym muszą zostać poddane odpady. Odpady surowcowe są więc co do zasady

przekazywane do podmiotów przygotowujących odpady do recyklingu i dopiero potem kierowane do finalnego recyklera (np. huty szkła, papierni). W instalacjach wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia dochodzi jedynie do wstępnego

presortowania przyjętych odpadów. Wszelkie procesy polegające na dodatkowym doczyszczeniu i sortowaniu odpadów u kolejnych posiadaczy odpady (w kolejnych instalacjach zdolnych do przetworzenia odpadów w sposób oczekiwany przez recyklerów) są efektem bardzo „wysrubowanych” wymogów jakościowych recyklerów, którzy nie mogą poddać recyklingu, czyli przerobić na produkt, materiał czy substancję nie będącą odpadem, odpadów z zanieczyszczeniami. Tym samym pozyskanie dokumentacji potwierdzającej recykling jest niezwykle trudne, gdyż ze względu na złożoność całego procesu, łańcuszek podmiotów zaangażowanych w przetwarzanie odpadów, nie kończy się wraz z przekroczeniem wagi Wykonawcy pojazdem typu śmieciarka. Odebrany odpad z miasta, deklarowany jako selektywny, ba, nawet surowiec, czeka jeszcze długa droga zanim trafi jako półprodukt, z którego powstanie wyrób gotowy, a co za tym idzie, kiedy Wykonawca otrzyma dokumenty potwierdzające recykling i w jakim zakresie. W zależności od frakcji odpadu selektywnie zebranego z miasta, od jego stopnia zanieczyszczenia i możliwości poddania recyklingowi podejmowana jest decyzja o kierunku jego zagospodarowania. Bardzo duże znaczenia ma, z jakiej dzielnicy miasta odpad pochodzi, czy z zabudowy wielorodzinnej, jednorodzinnej czy też z centrum miasta.

Mimo iż świadomość mieszkańców w zakresie segregacji wzrasta, to odpady te często zanieczyszczone są w sposób uniemożliwiający ich ponowne użycie, np. papier zanieczyszczony olejem czy rozpuszczalnikami nie może być poddany recyklingowi, biorąc pod uwagę aktualne wymagania instalacji. Ze względu na ograniczoną liczbę recyklerów w Polsce, ich wymagania ilościowo-jakościowe strumienia odpadów, jakie mogą przyjąć na instalacje, początkowo dokonywane są transporty próbne w celu określenia możliwości ich przerobu. Po transporcie próbnym określane są warunki ich przyjęcia lub odmowa ich

przyjęcia i tu następuje konieczność ich przekierowania np. do instalacji o mniejszych wymaganiach jakościowych, ale też niejednokrotnie mniej korzystnych warunkach finansowych i potwierdzających recykling. W zależności od frakcji odpadu, od źródła ich pochodzenia, ustalane są kierunki zbytu. Mając na uwadze, iż materiał jest niejednorodny w czasie, możliwe są zmiany na mniej lub bardziej wymagającą (co do jakości surowca) instalację, w zależności od dostawy. Odpady z selektywnej zbiórki po uzbieraniu pełno transportowych partii (na pojazdy typu ruchoma podłoga) trafiają do podmiotu zbierającego lub bezpośrednio na instalację. W zależności od frakcji podlegają wstępnemu doczyszczeniu (np. ręcznemu) poprzez pozabawienie większych gabarytowo wtrąceń, zwanych zanieczyszczeniem, a następnie kierowane są na instalację, która specjalizuje się w wysorcie konkretnego materiału, np. karton, makulatura

z gazet, będą przekierowane do dwóch różnych papierni.

35. Biorąc pod uwagę powyższe, należy ponownie zaznaczyć, że to wysokie standardy jakościowe odpadów surowcowych stawiane przez recyklerów (np. huty szkła, papiernie, huty metali) definiują działania, które muszą zostać podjęte w instalacjach przed przekazaniem odpadów do recyklingu. Nie ma zatem żadnych podstaw prawnych ani faktycznych do przerzucania przez gminy, i co za tym idzie Zamawiającego w tym postępowaniu, całej odpowiedzialności za osiągnięcie poziomu recyklingu odpadów komunalnych na podmioty jedynie zagospodarowujące odpady komunalne, w szczególności w realiach niniejszego postępowania. Według wyliczeń Odwołującego, opierającego się na dotychczasowych doświadczeniach w realizacji usługi i odbioru odpadów komunalnych z Wrocławia, w tym w zakresie osiągania poziomów recyklingu, wg obecnie obowiązujących przepisów i mając na względzie prognozy Zamawiającego dotyczące strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia, realnie możliwe będzie osiągnięcie poziomu recyklingu na poziomie ok. 24% w stosunku do masy odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Szczegółowe wyliczenia zawiera tabela stanowiąca załącznik do niniejszego odwołania.

36. Ze względu na powyższe, postanowienia § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt 2 SWU, kolidują z art. 3b i 9z ust. 2 u.c.p.g, albowiem zmierzają do przeniesienia całości ryzyk związanych z odpowiedzialnością administracyjnoprawną Zamawiającego na wykonawcę będącego stroną stosunku cywilnoprawnego, co narusza niżej omówione zasady prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego.

37. Odwołujący nie koncentruje się przy tym wyłącznie na strumieniu odpadów zmieszanych, powyższe prognozy dotyczą możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu dotyczą całego strumienia odpadów komunalnych. Nie chodzi więc tylko o znaczącą ilość odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów oraz relatywnie niski potencjał odpadów nadających się do recyklingu. Odwołujący nie pomija pozostałego i istotnego w tym względzie strumienia odpadów selektywnie zbieranych. On jednakże nie wystarczy, w szczególności w świetle zmienionych uwarunkowań prawnych dotyczących obliczania poziomów recyklingu z odpadów komunalnych. Przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazują na to, że nie jest możliwe osiągnięcie wymaganych poziomów w odniesieniu do całego strumienia odpadów komunalnych. Tym samym, brak podstaw do przerzucania na wykonawcę osiągnięcia przez gminę wymaganych prawem poziomów

recyklingu pod rygorem kary umownej.

Kary umowne za nieosiągnięcie przez Gminę (Zamawiającego) wymaganych poziomów recyklingu określone w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt

2 SWU.

38. Zdaniem Odwołującego, wpływ na poziom recyklingu odpadów, uzależnione jest przede wszystkim od sposobu zbierania odpadów przez mieszkańców. Jednak Odwołujący nie domaga się zdjęcia z siebie jakiegokolwiek odpowiedzialności z tytułu nałożonego obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu, ale wprowadzenia do SWZ postanowień regulujących kwestie z podziałem odpowiedzialności z tego tytułu pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Na tej zasadzie wysokość kary umownej określonej § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt 2 SWU nie powinna przekroczyć maksymalnie 50% kary pieniężnej nałożonej na Zamawiającego za ewentualnie nieosiągnięcie poziomów recyklingu na podstawie art. 9z u.c.p.g.

39. Z natury stosunku prawnego - umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 k.c., która ma łączyć wykonawcę z Zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy. Taki zapis SWZ narusza więc, w ocenie Odwołującego, przepis art. 353¹ k.c. Jak wynika bowiem z powyższych rozważań, nie

sposób uzyskać poziomów recyklingu przy tak dużej ilości zmieszanych odpadów komunalnych, a w niniejszym postępowaniu jest ich 55,18% całego strumienia. To obrazuje, jak fatalna jest we Wrocławiu selektywna zbiórka, a na jej poprawę wpływ ma przede wszystkim Zamawiający.

40. Gdyby nawet przyjąć, że zastrzeżenie umowne osiągnięcia przez wykonawcę poziomów recyklingu jest określeniem jego świadczenia, za niewykonanie którego ponosi odpowiedzialność, nie można pominąć dla określenia poziomu odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie tego świadczenia, opisanych powyżej obowiązków Zamawiającego i ram prawnych, w jakich Zamawiający musi się poruszać, w szczególności wyznaczanych przez Rozporządzenie w sprawie recyklingu.

41. Zamawiający jako wierzyciel ma obowiązek lojalnego współdziałania z wykonawcą w celu osiągnięcia celu umowy - tu: wymaganych poziomów recyklingu odpadów. Zatem,

Zamawiający nie może scedować całej odpowiedzialności za nieosiągnięcie tego celu na wykonawcę.

42. Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie w zasadach kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 354 k.c.:

§ 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

§ 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Zamawiający, nie tylko na podstawie obowiązków administracyjnych, ale też jako wierzyciel w rozumieniu art. 354 § 2 k.c., ma obowiązek podejmowania działań przyczyniających się do wykonania przedmiotu zamówienia.

Jak wskazuje doktryna: „Przepis § 2 komentowanego artykułu odnosi się do obowiązku współdziałania po stronie wierzyciela. Jest to wyraz istoty stosunków obligacyjnych, które zakładają więź między dwoma podmiotami - dłużnikiem i wierzycielem. Status wierzyciela sam w sobie nie wyłącza obowiązku współdziałania z dłużnikiem. W pierwszej kolejności wierzycielowi stawiany jest obowiązek lojalności w zakresie współdziałania z drugą stroną stosunku prawnego. Wynika z tego, że wierzyciel musi respektować uzasadniony interes dłużnika, a w szczególności winien powstrzymać się od działań utrudniających lub uniemożliwiających spełnienie świadczenia przez dłużnika. Naruszenie przez którąkolwiek ze stron zasady współdziałania będzie prowadzić do ograniczenia, a czasami nawet do zniesienia odpowiedzialności drugiej strony, w sytuacjach określonych

w przepisach kodeksu cywilnego lub w umowie stron. Ocena wykonania przez wierzyciela

obowiązku współdziałania dokonywana jest w oparciu o omówione wyżej kryteria określone w art. 354 § 1 k.c. (Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, LEX 2018). Zasady te znalazły odzwierciedlenie w art. 431 Pzp.

43. W niniejszym postępowaniu kary umowne nie mogą obejmować całej nałożonej na Zamawiającego kary pieniężnej w trybie art. 9z u.c.p.g., ponieważ to od współdziałania po stronie wierzyciela (Zamawiającego) zależą osiągnięte poziomy recyklingu odpadów i rozwiązań prawnych, szeroko skomentowanych w odwołaniu, dyktatu recyklerów, na których ani Zamawiający ani odwołujący wpływu nie mając, nie mając też wyboru w zakresie doboru instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów komunalnych (luka inwestycyjna). Powyższe podsumowuje Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18, uznając kary umowne za nadmierne: „Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. (...) Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. (...) Nie znajduje również uzasadnienia poziom kar umownych, opisanych w § 13 ust. 6, 9 i 10 wzoru umowy, gdyż w ocenie Izby ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy”. Z całą pewnością kary umowne są zbyt wysokie i nieproporcjonalne wobec ewentualnego nieosiągnięcia poziomów recyklingu, za które odpowiedzialność ponosi też Zamawiający. W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP: „Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie

może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych” (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r.).

44. Za wyrokiem Izby z dnia 29 października 2018 r. KIO 2085/18: „art. 471 i 473 § 1, 3531 k.c. umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej jak i jej wysokości zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej. Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części za którą została ustalona kara umowna to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy także, iż podstawą do naliczenia kary umownej jest sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także jego nieterminowe wykonanie”. W niniejszym postępowaniu jest możliwe, że wykonawca z dochowaniem nawet podwyższonej staranności będzie wykonywał umowę w pozostałym zakresie, a mimo to wciąż może nie osiągnąć poziomów recyklingu. Poziomy te zależą bowiem przede wszystkim od odpadów wytwarzanych przez mieszkańców i przez nich gromadzonych, zbieranych (selektywnie czy nieselektywnie), przepisów prawa dotyczących liczenia poziomów recyklingu, wymagań recyklerów. Zatem kara umowna w takiej wysokości nie może być powiązana z okolicznością niewykonania przez wykonawcę czynności niemożliwej w obiektywnych uwarunkowaniach niniejszego przedmiotu zamówienia.

45. Tym samym, sposób ukształtowania § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt 2 SWU, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 353¹ k.c., z jednoczesnym naruszeniem przepisu art. 354 k.c., art. 473, art. 471 i art. 483 k.c.

46. Sprzeczność czynności prawnej (a taką jest oświadczenie Zamawiającego stanowiące SWZ) z zasadami współżycia społecznego oznacza, że w świetle reguł powszechnie akceptowanych w społeczeństwie, jak zasada lojalności i uczciwości kupieckiej, czynność prawna jest negatywnie oceniana, co z kolei powoduje jej uznanie za nieważną na podstawie art. 58 § 2 k.c., w odpowiedniej części zgodnie z § 3 tego przepisu.

47. Z całą pewnością należy uznać, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył zasadę uczciwości kupieckiej, będącą jedną z podstawowych zasad współżycia społecznego. W wielokrotnie przytaczanym orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Krakowie, przez uczciwość kupiecką rozumie się normy moralne i obyczajowe obowiązujące w stosunkach gospodarczych, które znajdują się poza ramami systemu prawa. Zasada ta wyrażana jest pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Warto podkreślić, że ich treści nie da się określić wiążąco, w sposób wyczerpujący, ponieważ ukształtowana jest przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tym praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania, jako naruszającego zasadę uczciwości kupieckiej, pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie ma tu ocena zorientowana na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo. Dobre obyczaje, a w szczególności uczciwość kupiecka, stanowią uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi

stanowią wzorce postępowania (za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 r., sygn. Akt: I ACa 1103/06, LEX nr 516585.)

48. W niniejszej sprawie z całą pewnością należy stwierdzić, że kształtowanie warunków zamówienia i wzoru umowy, w sposób jak przytoczony powyżej, biorąc pod uwagę okoliczności prawne i faktyczne realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia, jest sprzeczne z normami moralnymi, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy.

49. W ocenie Odwołującego, uprawnione jest stawianie zarzutu zarówno naruszenia art. 5 k.c., jak i art. 58 § 2 k.c. Zdaniem Odwołującego, za prof. Radwańskim (w: System Prawa

Prywatnego. Tom 2 Prawo cywilne - część ogólna, pod red. Prof. Z. Radwańskiego, C.H. Beck 2002, str. 245) nie ma dylematu wyboru pomiędzy stosowaniem art. 5 k.c. a art. 58 k.c. „Ostatni z wymienionych przepisów po prostu określa skutki czynności prawnej wykonawczej względem prawa podmiotowego w sytuacji, gdy podmiot dokonał jej bezprawnie - poza zakresem przysługującego mu prawa podmiotowego. Jeżeli czynność ta dokonana została wbrew zasadom współzycia społecznego, to jest ona bezwzględnie nieważna na mocy art. 58 § 2 KC. ...Jak wskazano powyżej, sprzeczność czynności prawnej z zasadami współzycia społecznego w myśl art. 58 § 2 KC polega nie tylko na niezgodności treści czynności, ale także jej dalszego skutku, nie znajdującego żadnego wyrazu w jej treści, a ustalanego jedynie z kontekstu dokonania tej czynności. Kwalifikowaniu takiej czynności jako bezwzględnie nieważnej w pełni odpowiada zarazem art. 5 KC (in fine), stwierdzający, że działanie stanowiące nadużycie prawa podmiotowego <<nie korzysta z ochrony>>” (tamże, str. 245-246).

50. W ocenie Odwołującego, nałożenie na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu pod rygorem kary umownej w kwocie określonej w dokumentacji Postępowania należy uznać za zbyt daleko idące i naruszające przepisy obowiązującego prawa, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów, co wzmacnia jeszcze uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości sprzecznej z zasadami współzycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej.

51. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, można stwierdzić, że w omawianej sprawie występują okoliczności, które uzasadniają powołanie przez Odwołującego w zarzucie także przepisu art. 5 k.c. Jak podkreśla się w orzecznictwie, norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCp 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem, o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi, oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zamawiający dopuszcza się, jak już wyżej wskazano, naruszenia uczciwości, sprawiedliwości kupieckiej, lojalności.

52. Przepis 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jest to jeden z podstawowych obowiązków Zamawiającego jako gospodarza postępowania. Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia wprowadza szereg postanowień, jak wyżej opisane, w wyniku których odpowiedzialność za nieosiągnięcie poziomów recykling zostaje faktycznie przeniesiona na wykonawcę odbierające i zagospodarowujące odpady, choć to nie ten wykonawca może ponosić wyłączną odpowiedzialność z tego tytułu.

53. Zamawiający narusza przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 431 w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp i 471 k.c. oraz art. 16 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które stoją wbrew obowiązkowi współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia, narzucając wykonawcy odpowiedzialność na zasadzie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w zakresie, w jakim wykonawca nie jest w stanie wpłynąć na ten poziom. W związku z tym jest to działanie nieproporcjonalne, Zamawiający obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością za nie swoje działania lub zaniechania.

54. Na tej zasadzie Zamawiający winien w SWZ dokonać modyfikacji kar umownych we wzorze umowy za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu stosownie do odpowiedzialności wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana - do maksymalnie połowy kwoty wynikającej z § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy i rozdziału XX SWU, w szczególności biorąc pod uwagę znane Zamawiającemu problemy słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”, na co wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu.

{ad pkt 4. listy zarzutów w zakresie niewycofanym}

(...)

21. Nie powielając argumentacji prawnej zawartej powyżej, należy wskazać także

na nieprawidłowe ukształtowanie przez Zamawiającego warunków zamówienia w zakresie dotyczącym przesłanek zmian umowy, który jest zapisem niekompletnym, tj. nie uwzględnia on aktualnej sytuacji geopolitycznej i kluczowych zdarzeń, które wpływają na realizację kontraktu, jego rentowność i ekwiwalentność świadczeń stron. W § 18 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający zamieścił zamknięty katalog okoliczności, które będą umożliwiały stronom dokonanie zmian umowy. Zgodnie z tym postanowieniem, zmiana umowy będzie możliwa: „Strony mają możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 ust. 1 i ust. 10, w przypadku zmiany:

1) stawki podatku od towarów i usług,

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r., o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207),

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. Z 2020 r. poz. 1342 ze zm.),

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o wartość większą niż

10% - zgodnie z komunikatem Prezesa GUS w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 7 Umowy), mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonej analizie przedstawionej przez wnioskującą Stronę kalkulacji, jeżeli jedna ze Stron umowy zwróciła się o wprowadzenie zmiany wynagrodzenia w terminie do 30 dni od daty wejścia w życie przepisów o zmianie będącej przedmiotem wniosku”.

Zapis ten, wyraźnie ogranicza możliwość adaptacji kosztów realizacji umowy w zakresie kluczowego kosztu, jaki ponosić będzie musiał wykonawca, czyli kosztu zakupu paliwa. Tymczasem doświadczenia z ostatnich dwóch miesięcy pokazały, że cena paliwa może drastycznie wzrosnąć niemal z dnia na dzień w sposób całkowicie nieprzewidywalny. Dodatkowo, z uwagi na aktualną sytuację geopolityczną (w szczególności wojnę w Ukrainie) i sytuacją na rynkach (w tym między innymi mniejszą podażą paliwa), nie sposób wykluczyć, że ceny paliwa będą odnotowywały kolejne rekordowe wzrosty. Z uwagi na prognozowany okres realizacji umowy, celem zagwarantowania równości stron umowy i ekwiwalentności ich świadczeń, za w pełni uzasadnione należy uznać żądanie Odwołującego, aby katalog przesłanek dopuszczających zmianę umowy uwzględniał szczególnie i wyraźnie sytuację gwałtownego wzrostu ceny paliw, co pozwalałoby na zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy. Takie działanie pozwoliłoby na zniwelowanie ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia, co jest rozwiązaniem korzystnym nie tylko z punktu widzenia wykonawcy, ale także Zamawiającego.

22. Obecnie projektowane zapisy, które nie uwzględniają odrębnie (jako przesłanki zmiany umowy) kluczowego czynnika wpływającego na koszty realizacji zamówienia, jakim jest koszt paliwa, zaburzają równowagę stron umowy, nie zapewniają ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przenoszą na wykonawcę ryzyka, co jest nie tylko sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (szerzej omówionymi powyżej), ale dodatkowo z zasadami konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący zwraca bowiem uwagę, że Zamawiający dostrzegają istniejący problem, bowiem w ostatnio udzielonym zamówieniu przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa (w trybie z „z wolnej ręki”) o analogicznym przedmiocie zamówienia Zamawiający dostrzegł zasadność argumentacji wykonawcy i rozszerzył pierwotny katalog dopuszczanych przesłanek zmian umowy o kolejny punkt w następującym brzmieniu: „10) w przypadku zmiany ceny paliwa w postaci oleju napędowego (Ekodiesel), określonej przez spółkę PKN ORLEN S.A. w zamieszczonym na jej stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny tego paliwa, a przekraczającej 30% w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie w dniu 16 marca 2022 r. - w zakresie wysokości cen ryczałtowych, o których mowa w §6 ust. 2 pkt 1 Umowy”. W związku z powyższym za zasadny i uznany przez praktykę należy uznać także ten zarzut i domaganie się przez Odwołującego wprowadzenia podobnej klauzuli także do projektu umowy w niniejszym Postępowaniu, zwłaszcza z uwagi na zakładany, długi czas realizacji kontraktu do 28 lutego 2026 r.

23. Konieczność wydzielenia i dodania w postanowieniach dokumentacji Postępowania, jako osobnej przesłanki - do waloryzacji - ceny paliw, wynika przede wszystkim z faktu,

że cena paliw uzależniona jest tylko pośrednio od inflacji, natomiast przeważające znaczenie dla kształtowania ceny paliw mają inne czynniki niż inflacja. Zamawiający zaś opiera całą konstrukcję waloryzacji wynagrodzenia, poza aspektami wynikającymi z kwestii zatrudnienia pracowników, na czynnikach wynikających wprost z inflacji. Wydarzenia ostatnich miesięcy powodują, że faktem notoryjnym jest, że cena paliw uzależniona jest bezpośrednio od szeregu okoliczności innych niż inflacja, takich jak trwające konflikty zbrojne na terenie, na którym wydobywane są zasoby paliw kopalnianych (np. Rosja), panika społeczna powodująca konieczność reglamentacji dostępu do paliw przez podmioty sprzedające surowiec, zakłócenia łańcucha dostaw, sankcje wprowadzane na kraje (Rosja), które są wiodącymi producentami paliw, kursy walut, pandemia, kataklizmy itp.

24. Skoro koszt zużycia i zakupu paliwa stanowi jeden z „najwięcej ważących” czynników cenotwórczych koniecznych do poniesienia dla realizacji przedmiotu zamówienia i jednocześnie nie jest on uzależniony tylko od inflacji, to w pełni uzasadnione staje się wyodrębnienie nowej przesłanki waloryzacyjnej, w tym konkretnym zamówieniu, w postaci uprawnienia stron Umowy do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości kosztów związanych z ceną zakupu paliwa o więcej niż 2,5 %, w stosunku do uprzednio istniejących kosztów jego zakupu. Koszt zakupu paliwa do realizacji przedmiotu zamówienia należy uznać w tym konkretnym wypadku za niewrażliwy, istotny.

25. Za zasadnością wprowadzenia takiej zmiany przemawia także odniesienie się do aktualnej sytuacji gospodarczej i geopolitycznej, w szczególności mając na względzie konflikt zbrojny w Ukrainie. Trwająca od 24 lutego 2022 r. wojna w Ukrainie była dużym zaskoczeniem, nawet na szczeblu dyplomatycznym, i w oczywisty sposób wpłynęła i nadal wpływa na sytuację gospodarczą w Polsce, w tym także na realizację umów w sprawie zamówienia publicznego - a przede wszystkim wpływa na poruszaną w tym miejscu kwestię ceny paliw. Wykonawca, składając obecnie ofertę na realizację zamówienia, nie ma przy tym możliwości obiektywnego przewidzenia, rozwoju tego konfliktu, czasu jego trwania ani jego konsekwencji dla całego kontraktu, który jest kontraktem wieloletnim. Co więcej, przykład konfliktu zbrojnego w Ukrainie pokazał, jak szybko może zmienić się sytuacja geopolityczna, czego nie sposób (przy zachowaniu należytej staranności) przewidzieć. W obecnych czasach nie sposób więc wykluczyć zaistnienia innych zdarzeń, których dziś nie jesteśmy sobie nawet w stanie wyobrazić. Wprowadzenie zaś klauzuli waloryzacyjnej w zakresie waloryzacji wynagrodzenia umownego w odniesieniu do cen paliwa, stanowić będzie ochronę dla obu stron Umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia tego Postępowania, powodującą, że w obliczu zaistnienia nieprzewidzianych sytuacji powodujących nagłą zmianę ceny paliw, wykonawca będzie w stanie realizować umowę, nawet w przypadku wzrostu cen paliw, z tej przyczyny, że i Zamawiający będzie posiadał narzędzia do odpowiedniej zmiany umowy w postaci proponowanej przez Odwołującego rozszerzonej i urealnionej klauzuli waloryzacyjnej.

26. W orzecznictwie sądów powszechnych zwraca się przy tym uwagę, że: treść zasad współżycia społecznego nie jest zdefiniowana. Podkreśla się, że przy uwzględnieniu, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.), należy przyjąć, że odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa. Ujmując rzecz ogólnie, można przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania.”(zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, sygn. akt: I ACa 454/20, LEX nr 3189604). Do takich reguł niewątpliwie należeć będą zasady słuszności, zasady uczciwego obrotu, zasady uczciwości czy zasady lojalności (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt: I ACa 1106/18, LEX nr 3122714). Odwołujący stoi więc na stanowisku, że odmowa wprowadzenia realnej i odpowiadającej istniejącym warunkom rynkowym klauzuli waloryzacyjnej, stanowić będzie próbę przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za niemożność realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie w warunkach siły wyższej, co jest działaniem moralnie nagannym i nieetycznym, całkowicie naruszającym zasadę równości stron postępowania, a w konsekwencji sprzecznym z zasadami współżycia społecznego.

27. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinność ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia. Zasada przejrzystości, w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by Wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego skalkulowania, przygotowania i złożenia oferty

w Postępowaniu oraz oszacowania kosztów realizacji ze świadomością zapewnienia ich pokrycia przez Zamawiającego w przypadku niezależnych od wykonawcy wzrostów poszczególnych istotnych kosztów realizacji umowy.

{ad pkt 7. listy zarzutów}

1. Zamawiający w rozdziale IV w pkt 1.2.1.3. podał, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają: uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada: 1.2.1.3. prawomocne zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach na terenie bazy magazynowo-transportowej, o której mowa w pkt 1.2.3.1., tj. odpadów przewidywanych do zbierania zaklasyfikowanych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów:

1) z grupy „20” - odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie: papier i tektura o kodzie 20 01 01, szkło o kodzie 20 01 02, odpady wielkogabarytowe o kodzie 20

03 07,

2) z grupy „15” - odpady opakowaniowe; sorbenty, tkaniny do wycierania, materiały filtracyjne i ubrania ochronne nieujęte w innych grupach: opakowania z papieru i tektury o kodzie 15 01 01, opakowania z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02, opakowania z metali o kodzie 15 01 04, opakowania wielomateriałowe o kodzie 15 01 05, zmieszane odpady opakowaniowe o kodzie 15 01 06, opakowania ze szkła o kodzie 15 01 07”;

2. Jednocześnie Zamawiający w rozdziale I pkt 3 SWU podał:

„3.Oprócz wskazanych wyżej kodów odpadów Zamawiający nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania. Wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania usługi również w stosunku do tych odpadów, przy czym postanowienia umowy w stosunku do innych frakcji odpadów stosuje się odpowiednio”.

3. Zamawiający nie doprecyzował, co rozumie pod pojęciem „nie wyklucza możliwości pojawienia się”. Takie sformułowanie zapisów SWU uniemożliwia wykonawcy rzetelne skalkulowanie kosztów realizacji umowy, ponieważ wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, w jakich okolicznościach i na jakich warunkach, będzie zmuszony do realizacji usługi w sposób odmienny od określonego we wzorze umowy i SWU. Nie jest wiadome, jaka jest masa „tych możliwie pojawiających się na etapie realizacji umowy odpadów”, nie jest także możliwe zweryfikowanie przez wykonawcę, na etapie przed składaniem ofert, czy będzie on w stanie realnie wykonać zamówienie w oparciu o posiadane przez siebie zezwolenia i uzyskane wpisy do odpowiednich rejestrów regulujących jego działalność, skoro Zamawiający nie podaje, o jakie kody odpadów chodzi. Pojęcie „nie wyklucza możliwości” bez wskazania na jakiegokolwiek kody odpadów jest przy tym, co najmniej niejasne i na etapie realizacji umowy może być różnie interpretowane, w tym także nadinterpretowane, tylko po to, aby wymusić na wykonawcy realizację odbioru odpadów innych niż te wyraźnie wskazane w dokumentacji Postępowania.

4. Wyrażony w art. 99 ustawy Pzp obowiązek opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert, wyłącza możliwość pozostawienia tak dużej dowolności w zakresie rozszerzania przedmiotu zamówienia, jakiej dopuścił się Zamawiający w tym Postępowaniu w zacytowanych powyżej postanowieniach dokumentacji Postępowania.

5. Postanowienia rozdziału I SWU obejmują szerszy katalog odpadów niż te wskazane w warunku udziału w postępowaniu zawarte w rozdziale IV SWZ ust. 1 pkt 1.2.1.3. Na etapie weryfikacji spełniania warunków udziału przez wykonawców Zamawiający powinien wiedzieć, jakich uprawnień wymagać od poszczególnych wykonawców, a sami wykonawcy powinni wiedzieć, jakie zezwolenia powinni mieć lub ewentualnie, z jakim podmiotem zawiązać współpracę lub zawiązać konsorcjum, aby zapewnić należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu powinny zatem odpowiadać, być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a nie, jak w tym przypadku, ograniczać się tylko do głównych kodów odpadów.

6. W oczywisty sposób powyższa konstrukcja ogranicza swobodę wykonawcy, co do realizacji umowy i optymalizacji kosztów w sposób nieprecyzyjny i niemożliwy do oszacowania w zakresie kosztów, ponieważ Zamawiający wprowadził obowiązek,

by wykonawca posiadał uprawnienia do realizacji umowy oraz wliczył w cenę oferty wszelkie elementy kosztotwórcze, które jednak nie są określone na dzień składania ofert przez tego samego Zamawiającego. Z tych też przyczyn konieczne jest wprowadzenie do postanowień dokumentacji Postępowania regulacji umożliwiającej wykonawcy odmowę realizacji usługi w przypadku „pojawienia się na terenie Sektora” w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania, które nie są wyraźnie wskazane w chwili ogłoszenia postępowania.

7. Odwołujący nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do jednostronnego ustalenia warunków dokumentacji Postępowania, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Odwołujący podkreśla jednak, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby jego wykonanie było możliwe, a skutki niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, tj. w szczególności zasadom uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy, co ma miejsce w niniejszej sprawie, z tych przyczyn konieczna jest zmiana postanowień SWZ w tym zakresie.

8. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 22 września 2020 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2065/20 „Zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia”. Powyższe rozstrzygnięcie ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający zaniechał takiego opisu przedmiotu zamówienia, które wyeliminowałby niepewność po stronie wykonawców w zakresie kluczowym do wyceny kosztów realizacji umowy. Wprawdzie wyrok zapadł na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, niemniej argumentacja w nim zawarta pozostaje aktualna i ma odniesienie do niniejszej sprawy.

9. W konsekwencji powyższego doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16

Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej

konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

10. Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty.

11. Ponadto zasada efektywności wymaga, aby wydatkując środki publiczne, Zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Zasadom tym przeczy sytuacja, w której wykonawcy muszą wycenić w ofercie ryzyka multiplikowane niepotrzebnie przez

Zamawiającego.

12. Odwołujący wskazuje również na obowiązek rzeczywistego zastosowania zasady efektywności. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że wskutek niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, rzetelny wykonawca musi kalkulować w ofercie wystąpienie dodatkowego ryzyka, co oczywiście znacząco zwiększa cenę oferty, w szczególności, gdy wykonawca nie ma danych pozwalających na wycenę owego ryzyka.

Uwzględnienie przedstawionych tu zarzutów pozwoli zatem na obniżenie poziomu cen w składanych ofertach.

{KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22}

24 kwietnia 2022 r. również Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.

z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Alba”, „Odwołujący” lub „Odwołujący Alba”} wniosło analogiczne odwołania wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia w każdym z powyżej wymienionych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

W każdym z tych odwołań Odwołujący Alba zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 436 pkt 1 oraz art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16, a przez odesłanie zawarte w art. 8

ust. 1 w związku z art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego - przez określenie terminu realizacji poszczególnych elementów usługi (w szczególności czynności przygotowawczych poprzedzających rozpoczęcie odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu sektora) nieproporcjonalnie krótkiego, nieuwzględniającego minimalnych terminów koniecznych do spełnienia świadczenia w sposób należyty, utrudniającego uczciwą konkurencję oraz sprzecznego z właściwością stosunku prawnego i naruszającego kontraktową równowagę stron, w szczególności przez zaniechanie wyznaczenia minimalnego okresu pomiędzy podpisaniem umowy a rozpoczęciem świadczenia usługi, co utrudnia rzetelną kalkulację oferty, stwarza ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, uprzywilejowuje wykonawców obecnie realizujących usługę na rzecz Zamawiającego i narusza równowagę kontraktową stron.

2. Art. 112 ust. 1 - przez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.1 SWZ, w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, gdyż z niejasnego i niejednoznacznego postanowienia nie wynika, w jakiej formule dopuszczone zostało potwierdzenie spełnienia tego warunku, w szczególności w sytuacji legitymowania się przez wykonawcę niezbędnym doświadczeniem na podstawie więcej niż jednego zamówienia.

3. Art. 112 ust. 1 - przez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.2 SWZ, w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,

gdyż z niejasnego i niejednoznacznego postanowienia nie wynika, czy warunek ten jest spełniony w następujących sytuacjach: 1) wykonawca nie realizował usługi bezpośrednio na rzecz gminy, gdyż był podwykonawcą, 2) wykonawca realizował usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu nieruchomości niezamieszkałych lub z terenu PSZOK.

4. Art. 439 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 oraz art. 16, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 353¹ oraz art. 5 kc - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z tymi przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 18 ust. 3 pkt 5 i ust. 4 pkt 1 lit. e projektu umowy, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić w przypadku, gdy zgodnie z komunikatem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wzrosną o wartość większą niż 10%, podczas gdy takie uwarunkowanie waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

5. Art. 439 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 oraz art. 16, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 353¹ oraz art. 5 kc - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z tymi przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e projektu umowy, że waloryzacja wynagrodzenia umowy może nastąpić po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a kolejna zmiana będzie możliwa po upływie kolejnych 10 miesięcy, podczas gdy takie uwarunkowanie waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego i czyni

waloryzację iluzoryczną.

6. Art. 439 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 oraz art. 16, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 353¹ oraz art. 5 kc - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z tymi przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e projektu umowy, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi 2% wynagrodzenia brutto pozostałego do zapłaty, podczas gdy takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego i czyni waloryzację iluzoryczną.

7. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 - przez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia

w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych

i zrozumiałych określeń, uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert w odniesieniu do obioru bioodpadów, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę usług.

8. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 - przez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert w odniesieniu do obioru odpadów wielkogabarytowych, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę usług.

9. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 - przez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert w odniesieniu do obioru odpadów wielkogabarytowych w systemie objazdowej zbiórki, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę usług.

10. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 - przez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert w odniesieniu do obioru odpadów zużytych igieł i strzykawek, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę usług.

11. Art. 99 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 16 - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, polegający na wprowadzeniu w rozdziale XIII ust. 1 pkt 9 SWU konieczności zapewnienia przez wykonawcę na czas realizacji zamówienia pojazdu z manipulatorem EASY J2 2500 FT z prasokontenerem o objętości 20 m³ zamontowanym na stałe, służącego do opróżniania pojemników określonych w rozdziale II pkt 10 SWU, które oferowane są na rynku polskim wyłącznie przez jednego dostawcę (tj. HEWEA sp. z o.o.), zamiast określenia wymaganych funkcjonalności (tj. dysponowania pojazdem umożliwiającym odbiór odpadów z pojemników z grzybkowym mechanizmem opróżniania), co narusza zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż wymóg taki nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i preferuje wąskie grono wykonawców utrzymujących lepsze kontakty gospodarcze z dystrybutorem systemu PRESKO.

12. Art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 5, art. 353¹, art. 487 § 2 i art. 483 § 2 kc, a te ostatnie przepisy z kolei w związku

z art. 3b ucpg - przez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy postanowień dotyczących obowiązku osiągnięcia umownych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz kar umownych za ich nieosiągnięcie, pomimo że obiektywnie osiągnięcie tych poziomów jest niemożliwe, co narusza przepisy powszechnie obowiązujące i zasady współżycia społecznego, gdyż a priori obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz karami umownymi, których podstawa nałożenia może powstać nawet przy dochowaniu najwyższej staranności z powodów całkowicie od niego niezależnych, jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

13. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i 8 ust. 1, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 kc - przez przyjęcie, że podstawą obliczenia poziomu przygotowania o ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jest łączna masa wytworzonych odpadów komunalnych, a nie łączna masa odpadów komunalnych odebranych przez wykonawcę, co stanowi opisanie przedmiotu

zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert, z naruszeniem zasady równości stron stosunku kontraktowego oraz zasad współżycia społecznego, a także przez wymaganie przedstawiania dokumentów DPR i EDPR dla surowców wysortowanych ze strumienia odpadów zmieszanych, co stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców prowadzących instalację komunalną.

14. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16, a przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 w związku z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 kc - przez wymaganie, aby wykonawca udostępnił swoją bazę magazynowo-transportową podmiotowi trzeciemu do badań i poboru próbek odpadów, co stanowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert (w szczególności z pominięciem przepisów powszechnie obowiązujących dotyczących sposobu gospodarowania odpadami), naruszający zasadę równości stron stosunku kontraktowego oraz zasady współżycia społecznego.

15. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 - przez sporządzenie załącznika nr 24 do SWZ - Wykazu

MGO i pojemników w sposób uniemożliwiający odczytanie wszystkich adresów nieruchomości, a także zaniechanie wskazania częstotliwości odbioru odpadów dla nieruchomości niezamieszkałych, choć w ich przypadku to właściciel nieruchomości ją deklaruje, co stanowi zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, które uniemożliwia rzetelne skalkulowanie oferty.

16. § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Racy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 9 i art. 126 ust. 1 - przez żądanie przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed ich złożeniem, podczas gdy z tych przepisów nie wynika taka konieczność.

Odwołujący Alba wniósł o uwzględnienie każdego z odwołań i nakazanie

Zamawiającemu:

1. Dokonania modyfikacji postanowień treści dokumentów zamówienia w sposób, który będzie gwarantował co najmniej 30-dniowy okres pomiędzy podpisaniem umowy a rozpoczęciem świadczenia usługi.
2. Doprecyzowania postanowienia rozdziału IV pkt 1.2.2.2 SWZ w sposób pozwalający na jednoznaczne odczytanie oczekiwań Zamawiającego, w szczególności przez nadanie

następującego brzmienia: wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, jeżeli w ramach każdego z nich obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), w ramach których odebrał bezpośrednio od mieszkańców nieruchomości łącznie 55 000 Mg odpadów komunalnych bezpośrednio na rzecz gminy, przez okres maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych. Warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony jeżeli zamówienia były realizowane jednocześnie.

3. Doprecyzowania postanowienia rozdziału IV pkt 1.2.2.2 SWZ w sposób pozwalający na jednoznaczne odczytanie oczekiwań Zamawiającego, w szczególności przez nadanie mu następującego brzmienia: wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych bezpośrednio od mieszkańców nieruchomości, w ramach którego wykonał usługę na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z gminą, w której obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

4. Dokonania zmian postanowień § 18 ust. 3 pkt 5 oraz § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e projektu umowy, polegających na: obniżeniu poziomu zmiany cen, które uzasadniać będą uruchomienie mechanizmu waloryzacji z 10% na 1%, przy jednoczesnym zastosowaniu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych kwartał do poprzedniego kwartału (ewentualnie 4% w skali roku), określeniu, że zmiana wynagrodzenia polegająca na jego zwiększeniu będzie możliwa po upływie 6 miesięcy od dnia złożenia oferty, a kolejnych zmian po upływie następnych 3 miesięcy w terminie 30 dni od daty opublikowania komunikatu Prezesa GUS, a maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosić może 50 % wartości łącznego wynagrodzenia wykonawcy na dzień zawarcia umowy.
5. Dodania w formularzu - zestawieniu kosztów zadania odrębnych pozycji dla określenia przez wykonawcę odrębnych ryczałtowych cen jednostkowych za usługę w zakresie:
1) odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania 1 Mg bioodpadów odbieranych bezpośrednio z terenu nieruchomości, 2) odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania 1 Mg bioodpadów odbieranych w systemie akcyjnym,
3) podstawienia 1 szt. kontenera dla odbioru bioodpadów w systemie akcyjnym, a także określenia odrębnie ilości dla bioodpadów zebranych: 1) bezpośrednio od mieszkańców nieruchomości, 2) w systemie akcyjnym.
6. Dodania w formularzu - zestawieniu kosztów zadania odrębnych pozycji dla określenia przez wykonawcę odrębnych ryczałtowych cen jednostkowych za usługę w zakresie:
1) odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania 1 Mg odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach ogólnodostępnych, 2) podstawienie 1 szt. kontenera dla odbioru odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach ogólnodostępnych, 3) odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania 1 Mg odpadów wielkogabarytowych zbieranych w systemie objazdowej zbiórki, a także określenia odrębnie ilości dla odpadów wielkogabarytowych zebranych: 1) w pojemnikach ogólnodostępnych, 2) w systemie objazdowej zbiórki.
7. Zdefiniowania, co należy rozumieć przez „MGOW”, określenia ich liczby i lokalizacji, a także ilości odpadów, jakie należy przyjąć w celu wyceny tego zakresu usługi.
8. Dodania w formularzu - zestawieniu kosztów zadania odrębnej pozycji, w której wykonawca ma określić ryczałtową cenę jednostkową za usługę odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów igieł i strzykawek.
9. Wykreślenia w rozdziale XIII ust. 1 pkt 9 SWU zapisów wskazujących na konkretny model sprzętu pochodzący od określonego producenta, przeznaczonego do opróżniania pojemników określonych w rozdziale II pkt 10 SWU, tj. odstąpienia od wymogu posiadania pojazdu z manipulatorem EASY J2 2500 FT i na stałe zamontowanym prasokontenerem i zastąpienie go wymogiem dysponowania pojazdem z manipulatorem i prasokontenerem umożliwiającymi opróżnianie pojemników z grzybkowym mechanizmem opróżniania.
10. Wykreślenia zapisów SWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu lub modyfikacji zapisów SWZ urealnających te wymagania, tzn. wprowadzenia wymagań obiektywnie możliwych do spełnienia.
11. Wykreślenia z SWZ postanowienia rozdziału XX pkt 5 SWU.
12. Wykreślenia pkt 27 z § 8 ust. 3 projektu umowy, względnie modyfikacji tego zapisu w sposób uwzględniający ograniczenia wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących oraz treści decyzji administracyjnych.
13. Udostępnienia informacji o zadeklarowanej częstotliwości odbioru odpadów z terenu nieruchomości niezamieszkałych objętych przedmiotem zamówienia oraz udostępnienia wykazu MGO i pojemników w sposób pozwalający na jednoznaczne odczytanie adresów nieruchomości.
14. Wykreślenia z postanowień zawartych w rozdziale XII pkt 4 ppkt 13, 14 i 15 SWZ wymagania, aby dokumenty te były „wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed ich złożeniem”.

W uzasadnieniu odwołań Alby następująco przedstawiono okoliczności faktyczne i prawne jako dodatkowe sprecyzowanie tych spośród powyższych zarzutów, które do zamknięcia rozprawy ostały się do rozpatrzenia przez Izbę:

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zgodnie z zapisem rozdziału IV pkt 1.2.2.1. SWZ „wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 55 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu przez okres maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

Zapis rozdziału IV pkt 1.2.2.1. SWZ jest niejasny i niejednoznaczny, gdyż nie wynikają z niego w sposób niebudzący wątpliwości faktyczne oczekiwania Zamawiającego. Nie jest jasne, w jakiej formule Zamawiający dopuszcza potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w sytuacji legitymowania się przez wykonawcę niezbędnym doświadczeniem na podstawie więcej niż jednego zamówienia. Wobec tak sformułowanego zapisu SWZ Odwołujący ma wątpliwości, czy Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli wykonawca przedłoży referencje dotyczące realizacji dwóch różnych zamówień, z których żadne nie było realizowane na obszarze zamieszkałym przez co najmniej 100 000 mieszkańców, ale łącznie obsługiwany przez wykonawcę obszar był obszarem zamieszkiwanym przez 100 000 mieszkańców. Innymi słowy Odwołujący nie ma pewności, czy Zamawiający uzna warunek udziału za spełniony, jeżeli wykonawca przedłoży referencje potwierdzające realizację usługi na obszarze zamieszkałym łącznie przez co najmniej 100 000 mieszkańców w ramach dwóch lub więcej umów, czy też wymaganiem Zamawiającego jest, by to każda z usług była świadczona na obszarze zamieszkałym przez co najmniej 100 000 mieszkańców, a tym samym dopuszczalne jest legitymowanie się doświadczeniem w realizacji więcej niż jednego zamówienia jedynie w celu zsumowania ilości odebranych w ramach tych zamówień odpadów. Podkreślić należy, że Zamawiający zobligowany jest do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Stwierdzić należy, że wymóg proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza nie tylko, że nie mogą one być zbyt wysokie w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz również, że nie mogą one być zbyt niskie. Warunki udziału w postępowaniu nie służą bowiem dopuszczeniu do udziału w postępowaniu jak największej liczby wykonawców, lecz dopuszczeniu jedynie tych, którzy są zdolni do należytej realizacji zamówienia.

Jednocześnie przedmiotowy zapis SWZ budzi wątpliwości Odwołującego, czy Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli wykonawca nie realizował zamówień jednocześnie, ale w innym okresie. Innymi słowy nie jest jasne, czy wymaganiem Zamawiającego - w sytuacji powołania się przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. SWZ na realizację więcej niż jednego zamówienia - jest jednoczesne realizowanie tych zamówień, tj. w ciągu tych samych kolejnych 12 miesięcy, czy też mogą być one zrealizowane w innym okresie, o ile tylko zostały zrealizowane w terminie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Wydaje się, że tylko jednoczesna realizacja zamówień potwierdza spełnienie warunku.

Nie jest również jasne, co Zamawiający rozumie przez pojęcie „odebrał” odpady komunalne. Wobec okoliczności, że odpady zebrane w PSZOK podlegają jedynie transportowi i zagospodarowaniu przez wykonawcę, wątpliwości budzi, czy Zamawiający dopuści wyłącznie referencje potwierdzające, że 55 000 Mg odpadów komunalnych zostało odebrane bezpośrednio od właścicieli nieruchomości, czy też Zamawiający dopuści także referencje obejmujące odpady pochodzące z PSZOK. Wskazać należy, że ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dokonuje rozróżnienia w zakresie odbierania odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości oraz z terenu PSZOK. Zgodnie z art. 9c ust.1 u.c.p.g. przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, podczas gdy zgodnie z art. 9c ust. 1a u.c.p.g. prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów. Transport odpadów z terenu PSZOK do instalacji zagospodarowania odpadów wymaga więc jedynie posiadania wpisu do rejestru BDO (bazy danych o odpadach). Także brzmienie rozdziału X ust. 1 SWU - Wykonawca zobowiązany jest do transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych wskazanych przez Zamawiającego, zbieranych na terenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanego przy ul. Kazimierza Michalczyka 9 we Wrocławiu - potwierdza, że odpady zbierane na terenie PSZOK nie powinny zostać zakwalifikowane jako odpady odebrane przez wykonawcę, a jedynie jako odpady przetransportowane.

Odpady pochodzące z PSZOK podlegają zaewidencjonowaniu z wykorzystaniem karty przekazania odpadów (KPO).

Wykonawcą usługi odbioru odpadów komunalnych jest ten podmiot, który sporządza kartę przekazania odpadów komunalnych, co wynika z przepisów ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy o odpadach kartę przekazania odpadów komunalnych sporządza podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości przed rozpoczęciem odbierania tych odpadów, odrębnie dla każdego ładunku transportowanych odpadów komunalnych danego rodzaju przekazywanych do następnego posiadacza odpadów albo do prowadzonych przez siebie stacji przeładunkowej, miejsca zbierania odpadów komunalnych lub miejsca przetwarzania odpadów komunalnych. Podwykonawca realizujący usługę na rzecz podmiotu odbierającego odpady komunalne jest co do zasady podmiotem transportującym odpady, który potwierdza tą kartę w następnych etapach przekazywania odebranych odpadów komunalnych. Podwykonawca, nie mając umowy z gminą, nie prowadzi sprawozdawczości na rzecz gminy, nie zdobywa więc pełnego zakresu doświadczenia wymaganego w celu należytej realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Sprawozdawstwo związane z realizacją usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jest niezwykle istotnym, nieodłącznym elementem tej usługi. Dla oceny, czy podmiot można zakwalifikować jako podmiot odbierający odpady komunalne, istotne znaczenie ma także składanie sprawozdań ilościowych w systemie BDO. Wobec powyżej wyrażonych wątpliwości konieczne jest doprecyzowanie tej kwestii przez Zamawiającego.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zgodnie z zapisem rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ „wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy, w której obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

Zapis rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ jest niejasny i niejednoznaczny, gdyż nie wynikają z niego w sposób niebudzący wątpliwości faktyczne oczekiwania Zamawiającego. Nie jest jasne, w jakiej formule Zamawiający dopuszcza potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wątpliwości Odwołującego budzi okoliczność, czy Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli wykonawca będzie legitymował się wyłącznie doświadczeniem w realizacji usługi na rzecz gminy, w ramach której realizował usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych, tj. bezpośrednio od mieszkańców nieruchomości, czy również w sytuacji gdy wykonywał usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu innych nieruchomości, o ile usługa ta była realizowana na obszarze zamieszkiwanym przez co najmniej 100 000 mieszkańców. Należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający nie stawia żadnych wymagań co do ilości odpadów odebranych i zagospodarowanych w ramach takiego zamówienia ani co do wartości zrealizowanego zamówienia. W tych okolicznościach nie jest jasne, kiedy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wykonawca będzie legitymował się doświadczeniem pozwalającym mu na ubieganie się o udzielenie zamówienia. Wobec okoliczności, że warunki udziału w postępowaniu służą weryfikacji zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, wydaje się, że warunek będzie spełniony jedynie w sytuacji gdy wykonawca realizował analogiczną usługę do tej, która stanowi przedmiot zamówienia, tj. usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości na terenie obszaru zamieszkałego przez co najmniej 100 000 mieszkańców, tj. odbierał odpady od takiej liczby mieszkańców, a usługę realizował bezpośrednio na podstawie umowy zawartej z gminą. Wszakże to nie sam fakt logistycznego operowania na terenie obszaru zamieszkałego przez 100 000 mieszkańców potwierdza zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, lecz doświadczenie w wykonywaniu analogicznej usługi. Jednakże wobec braku określenia minimalnych poziomów zakresu zrealizowanej usługi oraz niejednoznacznego sformułowania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, kwestia ta wymaga doprecyzowania.

Jednocześnie nie jest jasne, czy Zamawiający uzna, że warunek udziału jest spełniony, w sytuacji gdy wykonawca nie realizował usługi bezpośrednio na rzecz gminy, np. w sytuacji gdy wykonawca był podwykonawcą wykonawcy, który zawarł umowę z gminą. W takiej sytuacji mamy bowiem do czynienia z sytuacją, że podmiot jako podwykonawca realizował

wprowadzie usługę w ramach umowy realizowanej na rzecz gminy, ale jego świadczenie nie było usługą dla gminy. Nie można więc uznać, że wykonawca wykonał usługę dla gminy. Innymi słowy wątpliwości budzi, czy Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wykaże się wymaganym doświadczeniem, o ile miał zawartą umowę z gminą. Wykonawcą usługi odbioru odpadów komunalnych jest ten podmiot, który sporządza kartę przekazania odpadów komunalnych, co wynika z przepisów ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy o odpadach kartę przekazania odpadów komunalnych sporządza podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości przed rozpoczęciem odbierania tych odpadów, odrębnie dla każdego ładunku transportowanych odpadów komunalnych danego rodzaju przekazywanych do następnego posiadacza odpadów albo do prowadzonych przez siebie stacji przeładunkowej, miejsca zbierania odpadów komunalnych lub miejsca przetwarzania odpadów komunalnych. Podwykonawca realizujący usługę na rzecz podmiotu odbierającego odpady komunalne jest podmiotem transportującym odpady, który potwierdza tą kartę w następnych etapach przekazywania odebranych odpadów komunalnych. Podwykonawca, nie mając umowy z gminą, nie prowadzi sprawozdawczości na rzecz gminy, nie zdobywa więc pełnego zakresu do świadczenia wymaganego w celu należytej realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Sprawozdawstwo związane z realizacją usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jest niezwykle istotnym, nieodłącznym elementem tej usługi. Dla oceny, czy podmiot można zakwalifikować jako podmiot odbierający odpady komunalne, istotne znaczenie ma także składanie sprawozdań ilościowych w systemie BDO.

Nie jest również jasne, czy Zamawiający dopuści referencje obejmujące odpady pochodzące z PSZOK. Wskazać należy, że ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dokonuje rozróżnienia w zakresie odbierania odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości oraz z terenu PSZOK. Zgodnie z art. 9c ust.1 u.c.p.g. przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, , podczas gdy zgodnie z art. 9c ust. 1a u.c.p.g. nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów. Transport odpadów z terenu PSZOK do instalacji zagospodarowania odpadów wymaga więc jedynie posiadania wpisu do rejestru BDO (bazy danych o odpadach).

{ad pkt 7. listy zarzutów}

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewiduje odbiór bioodpadów w toku realizacji usługi w trzech formułach - odbiór bioodpadów bezpośrednio z terenów nieruchomości obsługiwanych, (opisany w rozdziale III SOPZ), odbiór bioodpadów zbieranych w sposób akcyjny (opisany w rozdziale IV SOPZ) oraz odbiór odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01 z terenu Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (opisany w rozdziale X SOPZ). W formularzu zestawienie kosztów zadania Zamawiający przewidział osobne pozycje dla określenia cen jednostkowych odbioru, zbierania transportu i zagospodarowania odpadów bioodpadów określając, że ilość odpadów, jaką należy przyjąć do wyceny wynosi 25 428,49 Mg (poz. 5), zaś dla odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji, sklasyfikowanych jako odpad o kodzie 20 02 01 z terenu PSZOK 373,94 Mg. Zamawiający nigdzie nie sprecyzował, a tym samym nie określił w sposób pozwalający na rzetelne skalkulowanie oferty, ile bioodpadów będzie odbierane bezpośrednio od mieszkańców, a ile w sposób akcyjny. Ponadto Zamawiający założył, że jeżeli chodzi o wycenę usługi w zakresie bioodpadów niepochodzących z PSZOK koszty realizacji usługi odbioru, zbierania transportu i zagospodarowania kształtują się tak samo, choć przewiduje odmienne zasady realizacji tych usług, a zatem określić powinien przewidywaną ilość odpadów odbieranych bezpośrednio od mieszkańców oraz ilość odpadów odbieranych w sposób akcyjny. Co więcej Zamawiający powinien uwzględnić, że odmiennie kształtują się koszty realizacji tych usług, pomimo że dotyczą one tej samej frakcji odpadów. Inaczej bowiem kształtują się koszty odbioru bioodpadów bezpośrednio z terenów nieruchomości a inaczej w przypadku ich odbioru z wykorzystaniem specjalistycznych pojemników stanowiących własność wykonawcy na podstawie odrębnych zleceń. W celu rzetelnego skalkulowania ofert i umożliwienia wykonawcom złożenia porównywalnych ofert niezbędne jest podanie ilości bioodpadów, jakie mają zostać zabrane w poszczególnych formułach. Wykonawcy mogą bowiem poczynić odmienne założenia co do przewidywanych ilości odpadów, co prowadzić będzie do złożenia nieporównywalnych ofert.

Wobec powyższych okoliczności zasadnym jest wprowadzenie dodatkowych pozycji cenowych w formularzu cenowym. Ponadto doświadczenie wykonawcy pokazuje, że wiele

kontenerów, z których następuje odbiór odpadów, pozostaje niewypełnionych w czasie odbioru. Oznacza to, że realizacja zleceń generuje koszty, które w przypadku rozliczenia za tonę odebranych odpadów faktycznie nie pozwala pokryć kosztów świadczenia usługi. Tym samym zasadnym jest dodanie w formularzu cenowym pozycji dotyczącej wynagrodzenia za podstawienie kontenera.

{ad pkt 8. listy zarzutów}

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewiduje odbiór odpadów wielkogabarytowych w toku realizacji usługi w trzech formułach - odbiór odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach ogólnodostępnych (opisany w rozdziale V SOPZ), odbiór odpadów wielkogabarytowych w systemie objazdowej zbiórki (opisany w rozdziale VI SOPZ) oraz odbiór odpadów wielkogabarytowych z terenu Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (opisany w rozdziale X SOPZ). W formularzu zestawienie kosztów zadania Zamawiający przewidział osobne pozycje dla określenia cen jednostkowych odbioru, zbierania transportu i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych określając, że ilość odpadów, jaką należy przyjąć do wyceny wynosi 13 048,37 Mg (poz. 6), zaś dla odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych, sklasyfikowanych jako odpad o kodzie 20 03 07 z terenu PSZOK 10 417,10 Mg (poz. 35). Zamawiający nigdzie nie sprecyzował, a tym samym nie określił w sposób pozwalający na rzetelne skalkulowanie oferty, ile odpadów wielkogabarytowych będzie odbierane w pojemnikach ogólnodostępnych, a ile w ramach objazdowej zbiórki. Ponadto Zamawiający założył, że jeżeli chodzi o wycenę usługi w zakresie odpadów wielkogabarytowych nie pochodzących z PSZOK koszty realizacji usługi odbioru, zbierania transportu i zagospodarowania kształtują się tak samo, choć przewiduje odmienne zasady realizacji tej usługi, a zatem określić powinien przewidywaną ilość odpadów odbieranych na zlecenie Zamawiającego oraz bezpośrednio z MGOW. Zamawiający powinien uwzględnić, że odmienne kształtują się koszty realizacji tych usług, pomimo że dotyczą one tej samej frakcji odpadów. Inaczej bowiem kształtują się koszty odbioru odpadów wielkogabarytowych realizowane z wykorzystaniem pojemników stanowiących własność wykonawcy podstawianych zgodnie z otrzymanym od Zamawiającego zleceniem, inaczej zaś w sytuacji odbioru odpadów wielkogabarytowych w systemie objazdowej zbiórki bezpośrednio z MGOW na terenie Sektora zgodnie z harmonogramem zakładającym odbiór tych odpadów z terenu nieruchomości wielolokalowych co najmniej raz w tygodniu a z nieruchomości o charakterze jednorodzinnym co najmniej raz na 6 miesięcy.

W celu rzetelnego skalkulowania ofert i umożliwienia wykonawcom złożenia porównywalnych ofert niezbędne jest podanie ilości odpadów wielkogabarytowych, jakie mają zostać zebrane w poszczególnych formułach. Wykonawcy mogą bowiem poczynić odmienne założenia co do przewidywanych ilości odpadów, co prowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert. Wobec powyższych okoliczności zasadnym jest wprowadzenie dodatkowych pozycji cenowych w formularzu cenowym. Ponadto doświadczenie wykonawcy pokazuje, że wiele kontenerów, z których następuje odbiór odpadów, pozostaje niewypełnionych w czasie odbioru. Oznacza to, że realizacja zleceń generuje koszty, które w przypadku rozliczenia za tonę odebranych odpadów faktycznie nie pozwala pokryć kosztów świadczenia usługi. Tym samym zasadnym jest dodanie w formularzu cenowym pozycji dotyczącej wynagrodzenia za podstawienie kontenera.

{ad pkt 10. listy zarzutów}

W rozdziale VII SWU Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie selektywnej zbiórki przeterminowanych leków oraz zużytych igieł i strzykawek. Sposób realizacji tych usług różni się. Dla tych frakcji odpadów należy dostarczyć odmienne pojemniki do ich gromadzenia, odmienne też są kody, pod jakimi klasyfikować należy te odpady. Przeterminowane leki powinny zostać zaklasyfikowane pod kodem: 20 01 31 oraz 20 01 32 z kolei odpady typu igły, strzykawki lub podobne, powstające w gospodarstwach domowych powinny być klasyfikowane pod kodem ex 20 01 99. W formularzu - zestawienie kosztów zadania Zamawiający przewidział odrębną pozycję dla usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania przeterminowanych leków (poz. 7), nie przewidział natomiast odrębnej pozycji dla wyceny usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów zużytych igieł i strzykawek. Zamawiający powinien uwzględnić, że odmienne kształtują się koszty realizacji tych dwóch usług i uwzględnić dodatkową pozycję w formularzu.

{ad pkt 12. listy zarzutów}

W rozdziale XX pkt 1 ppkt 2 SWU Zamawiający zobligował wykonawcę do zagospodarowania odebranych i zebranych odpadów komunalnych w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości 35% wagowo za rok 2023, w wysokości 45% za rok 2024, w wysokości 55% wagowo za rok 2025 na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ponadto w § 2 ust. 1 pkt 12 Zamawiający zobligował wykonawcę do osiągania rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. W § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Zamawiający przewidział natomiast następującą karę umowną za niespełnienie tych obowiązków: r) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XX, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w

przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2020 r. poz. 1219 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XX pkt 8, ppkt 2).

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku gdy prawie 60% strumienia odpadów odbieranych w Sektorze I to odpady zmieszane, dla których poziomy recykling osiągane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie około 3% jest niemożliwe do zrealizowania nawet przy założeniu, że odpady surowcowe, bioodpady zostaną poddane w 100% recyklingowi.

Odwolujący podkreśla, że osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. W praktyce zachowania mieszkańców w zakresie spełniania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów w istotny sposób odbiegają od zachowań pożądanych.

Poprzez próbę obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu, o którym mowa w rozdziale XX pkt 1 ppkt 1 SWU, Zamawiający zmierza do przerzucenia obowiązku realizacji zadań własnych gminy w całości na podmiot trzeci, który, w oczywisty sposób nie dysponuje odpowiednimi instrumentami celem wykonania tych zadań, przerzucenia całości ryzyka finansowego związanego z brakiem osiągnięcia poziomów recyklingu przez gminy na taki podmiot trzeci (tak bowiem należy traktować możliwość domagania się kary umownej), a w konsekwencji do pozbycia się przez gminy zarówno części zadań własnych, jak też uwolnienia się od sankcji administracyjnych. W ocenie Odwołującego, są to założenia i cele w oczywisty sposób sprzeczne z prawem, gdyż prowadzą do całkowitej utraty przez gminę zainteresowania podejmowaniem przez ich ograny działań w zakresie osiągania wymaganych poziomów recyklingu, m.in. działań edukacyjnych, propagujących, organizacyjnych, sankcyjnych, skoro i tak pełną realizację celów miałby zapewnić wykonawca realizujący usługę na rzecz gminy, a ponadto zmierzają do uniknięcia motywujących skutków sankcji administracyjnych wobec Gminy Wrocław. W konsekwencji zaś takie postanowienia umowne należy uznać za nieważne. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego nieważna jest bowiem dokonana z naruszeniem zakazu wynikającego z norm prawa publicznego czynność prawna kształtująca stosunki cywilnoprawne (art. 58 § 1 i 3 k.c.) (tak wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2002 r., sygn. akt V CKN 1445/00, i z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt V CSK 361/16).

Podkreślenia wymaga okoliczność, że sądy administracyjne stoją na stanowisku, iż w zakresie zadań własnych gmina nie może zaniechać wykonywania swoich obowiązków ani przerzucać ich wykonywania na inne podmioty, gdyż tak czyniąc faktycznie przestaje wykonywać swoje ustawowe obowiązki, co w świetle prawa oznacza, że organy gminy działają niezgodnie z prawem (tak np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lipca 2007 r., sygn. akt II OSK 1048/06; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt I OSK 1372/05; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2016 r., sygn. akt IV SA/Po 888/15)

{KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22}

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 13 maja 2022 r. uwzględnił niektóre zarzuty, a w pozostałym zakresie wniósł o ich oddalenie, wskazując w szczególności następującą argumentację.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

1) Uwagi zasadnicze

Istota zarzutu nr 1 sprowadza się do zakwestionowania wysokości kar umownych z tytułu niewykonania obowiązków w zakresie osiągnięcia wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Zarzut ten natomiast, co szczególnie istotne, nie odnosi się do nałożenia na wykonawcę obowiązku osiągnięcia tych poziomów. Innymi słowy Odwołujący nie kwestionuje przyjęcia na siebie obowiązku osiągnięcia poziomów ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, ale jednocześnie oczekuje, aby o 50% obniżyć jego odpowiedzialność z tytułu niewykonania tego obowiązku. Podkreślić należy również, że Odwołujący nie oczekuje, aby obniżono wysokość poziomów, które miałby osiągnąć, ale oczekuje - co w tym kontekście zdumiewa - obniżenia wysokości kar umownych, twierdząc, że faktyczne osiągnięcie owych poziomów jest de facto niemożliwe do osiągnięcia (?).

W świetle uzasadnienia zarzutów odwołania Zamawiający sformułuje w pierwszej kolejności trzy podstawowe wyjaśnienia.

a) Specyfikacja opiera się na ustawowej konstrukcji odpowiedzialności za nieosiągnięcie określonych poziomów zagospodarowania

Konstrukcja obliczenia kary umownej za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz wysokość tej kary opiera się na mechanizmie ustawowym wyrażonym w art. 9x ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (w przypadku gminy poprzez odesłanie z art. 9z ust. 3 pkt 1 powołanej ustawy). Sposób obliczenia i wysokość kary umownej nie są własną konstrukcją Zamawiającego, zmierzającą do oszacowania rozmiarów szkody wynikłej z niewykonania obowiązków wykonawcy, ale ogranicza się jedynie do wysokości odpowiedzialności, którą ustawa obciąża gminę, zobowiązaną jednocześnie ustawą do powierzenia wykonania obowiązku odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wyłonionemu w trybie przetargowym wykonawcy.

Obowiązki, których wykonanie powierza wykonawcy Zamawiający, są zaś bezpośrednio i nierozdzielnie związane z obowiązkami osiągnięcia określonych ustawą poziomów recyklingu przez Zamawiającego. Logiczną konsekwencją powierzenia wykonawcom tychże obowiązków jest przeniesienie wraz z tymi obowiązkami odpowiedzialności za ich niewykonanie. W tym zakresie Zamawiający odwzorował jedynie model odpowiedzialności ustawowej.

b) Przyjęta w ustawie konstrukcja i wysokość kar umownych odpowiada dokładnie konstrukcji i wysokości kar pieniężnych, którą ponoszą także podmioty odbierające odpady komunalne na wolnym rynku, zawierając we własnym zakresie umowy z właścicielami nieruchomości.

Odwołujący próbuje w swoich odwołaniach wywołać wrażenie, że Zamawiający, obciążając wykonawcę odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu i konstruując jej rozmiary, narusza rozliczne przepisy prawa cywilnego, w tym pozaprawne reguły inkorporowane na mocy klauzul generalnych, oraz przepisy Prawa zamówień publicznych. Tymczasem odpowiedzialność wykonawców przedmiotowego zamówienia została ukształtowana dokładnie w ten sam sposób, co odpowiedzialność podmiotów odbierających odpady komunalne na wolnym rynku. Otóż zgodnie z art. 9g pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu określonych w art. 3b ust. 1. Natomiast zgodnie z art. 9x ust. 2 pkt 1 Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, który nie wykonuje obowiązku określonego w art. 9g (osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu) podlega karze pieniężnej. Zgodnie zaś z art. 9x ust. 3 karę pieniężną, o której mowa w art. 9x ust. 2 pkt 1, oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Z powyższego wynika zatem, że Odwołujący rażąco przerysowuje zakres odpowiedzialności, którą został obciążony, albowiem odpowiedzialność ta nie różni się niczym od odpowiedzialności, którą ponoszą działające na wolnym rynku podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Jeśli więc w ocenie ustawodawcy podmiot odbierający odpady komunalne, który działa na wolnym rynku, dysponuje możliwością osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów ponownego użycia i recyklingu, to nie ma powodów, aby takie założenie przyjęła gmina udzielająca zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, obciążając wykonawców, którzy zamiast w roli samodzielnie działającego podmiotu występować będą jako wykonawcy zamówienia publicznego, co jednak jest różnicą w istocie formalną, a nie jakościową.

W tym kontekście twierdzenia Odwołującego brać należałoby w istocie za polemikę z ustawodawcą, nie zaś Zamawiającym. Zamawiający nie znajduje bowiem powodów, aby brać na siebie ciężar korekty ustawowych reguł, które w ocenie wykonawcy nie są w pełni wykonalne.

c) Dopuszczalność przenoszenia odpowiedzialności za osiągnięcie określonych poziomów ponownego użycia i recyklingu oraz nakładania na wykonawcę odpowiedzialności tożsamej z odpowiedzialnością obciążającą z mocy ustawy Wykonawcę została już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, również na gruncie nowej ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz nowelizowanej ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jednoznacznie przesądzona

Zamawiając konstruując SWZ, kierował się z jednej strony obowiązками obciążającymi Zamawiającego na mocy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, odpowiedzialnością, która z ich niewykonaniem się łączy oraz obowiązkiem powierzenia tych zadań wykonawcom wyłonionym w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający opierał się również na wieloletnim, jednolitym i wszechstronnie ugruntowanym dorobku Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, który - niezależnie od zmieniającej się argumentacji wykonawców i zmieniający się przepisów - aprobuje rozwiązania zastosowane w przedmiotowym SWZ. I tak na przykład w wyroku z 15 grudnia 2017 r. (KIO 2525/17) wskazano: „Podkreślenia wymaga, że osiągnięcie poziomów recyklingu jest obowiązkiem prawnym gminy, która ponosi konsekwencje finansowe w przypadku ich nieosiągnięcia. Zamawiającemu zostało powierzone do realizacji zadanie własne m.st. Warszawy i określone zostały obowiązki wynikające z tego powierzenia. Wobec powyższego oczywistym jest, że Zamawiający wymaga od wykonawców realizujących zamówienie w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych osiągnięcia określonego poziomu recyklingu, a przerzucenia tego obowiązku na wykonawców nie sposób uznać za naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz zasad wynikających z art. 7 ustawy P.z.p.”. Z kolei w wyroku z 28 grudnia 2016 r. (KIO 2357/16) podniesiono: „Uznano również, że zamawiający ma prawo oczekiwać o wykonawców osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu odpadów. Udzielając zamówienia w badanym postępowaniu zamawiający przekazuje wykonawcom do wykonania część swoich zadań. Skoro - co jest niesporne - zamawiający na mocy obowiązujących przepisów prawa jest obciążony koniecznością osiągania odpowiedniego poziomu recyklingu, to oczywistym jest, że za przekazaniem wykonawcom obowiązku odbioru i transportu odpadów idą również inne powinności z tym związane”.

W innym wyroku, z 28.12.2016 r. - KIO 2357/16 wskazano: „Uznano również, że zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawców osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu odpadów. Udzielając zamówienia w badanym postępowaniu zamawiający przekazuje wykonawcom do wykonania część swoich zadań. Skoro - co jest niesporne - zamawiający na mocy obowiązujących przepisów prawa jest obciążony koniecznością osiągania odpowiedniego poziomu recyklingu, to oczywistym jest, że za przekazaniem wykonawcom obowiązku odbioru i transportu odpadów idą również inne powinności z tym związane”.

W wyroku z 7 stycznia 2020 r. (KIO 2547/19): „Możliwość nałożenia na wykonawców wyłonionych w toku procedur o zamówienie publiczne obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, potwierdzają zapadłe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2829/12 czy z dnia 29 listopada

2012 r., sygn. akt KIO 2544/12, z dnia 15 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 771/13 oraz orzeczenia przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Osiągnięcie przez gminy odpowiednich poziomów recyklingu jest szczególnym obowiązkiem gminy w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Istotnie, należy przyznać rację Odwołującemu, że osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu należy pojmować raczej jako obowiązek gminy a nie jej zadanie własne. Niemniej jednak, nie można Zamawiającemu odmówić prawa do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne, obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu w ramach

określonych frakcji i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Poprzez takie zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się ciężającej na niej odpowiedzialności, wynikającej z mocy prawa, odnoszącej się do poziomu recyklingu przewidzianego w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku. Zatem, zobowiązania wykonawcy do dbałości o osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu nie można oceniać jako przeniesienia obowiązku, wynikającego z mocy przepisów prawa i spoczywającego na gminie. Jeżeli gmina może powierzyć (a w zasadzie musi) wykonanie określonego zadania podmiotowi zewnętrznemu, to musi mieć także możliwość zapewnienia sobie należytej realizacji takiego zadania. Prawidłowość zaś wykonania przedmiotu umowy przejawia się w skutecznej gospodarce odpadami prowadzonej w sposób selektywny. Temu właśnie celowi służy przewidzenie we wzorze umowy kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie bowiem, to wykonywanie przez wykonawcę określonych obowiązków ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. W ocenie Izby w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku

znowelizowanej w 2019 r. nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania

odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina. Gmina jedynie pośrednio uczestniczy w procesie selektywnej zbiórki odpadów, jej uprawnienia mają raczej wymiar informacyjno-edukacyjny, natomiast to podmiot realnie wykonujący określone zadania, niejako „w terenie”, wśród mieszkańców, może wpływać na realizację celu, jakim będzie prawidłowa segregacja odpadów i ich odzysk. Gmina sama bowiem nie dokonuje odbioru odpadów, a to właśnie prawidłowe przeprowadzenie takich czynności odnosi się do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy. Nie jest również zabronione przepisami uszczegółowienie obowiązku osiągnięcia określonych poziomów recyklingu dla poszczególnych frakcji w sposób sprecyzowany w postanowieniach umownych. Podmiot faktycznie realizujący obowiązki gminy nie może być zwolniony z odpowiedzialności”.

Przykładem natomiast takiego rozstrzygnięcia, które zapadło w następstwie wniesienia przez Odwołującego w innym postępowaniu odwołania od podobnie ukształtowanych postanowień w oparciu o dokładnie tą samą argumentację i co istotne na gruncie tego samego stanu prawnego jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r. (KIO 81/22). Zamawiający w pełni podziela to stanowisko i poprzedzając ją linię orzecznictw.

d) Zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych w jakikolwiek sposób nie wyklucza naliczania kar umownych związanych bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; Odwołujący nie poczynił nawet próby wywodu o braku bezpośredniego lub pośredniego związku pomiędzy karami za nieosiągnięcie poziomu przygotowania i recyklingu a przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Zarzut odwołania nie jest odnoszony do jego treści normatywnej, ale w istocie sprowadza się do posługiwania się frazą zaczerpniętą z uzasadnienia rządowego projektu, które odnosiła się do ogólnego sensu całego art. 433 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Nie zmienia faktu, że z wypowiedzi zawartej w uzasadnieniu projektu i eksponowanej przez Zamawiającego [powinno być: Odwołującego]: („Skutkiem przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę.”) absolutnie nie można wyprowadzić wniosku, że Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Trzeba przy tym podkreślić brzmienie przepisu, na który powołuje się

Odwołujący (art. 443 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych): „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem”. Przepis ten nie stanowi nic o przenoszeniu ryzyka, ale o konieczności zachowania związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a zachowaniami sankcjonowanymi karami umownymi. Tymczasem - co uszło uwadze Odwołującego - trudno o bardziej jednoznaczny i nie budzący wątpliwości związek jak związek pomiędzy zamówieniem, którego zasadniczą częścią jest zagospodarowanie odpadów a karą umowną za nieosiągnięcie prawem przewidzianych poziomów zagospodarowania. Odwołujący zaś skoncentrował się na co najmniej ogólnikowym i niekonkluzywnym stwierdzeniu z uzasadnienia projektu, zapominając jednocześnie, że to właśnie instytucja zamówienia publicznego (w odróżnieniu od instytucji koncesji) jest narzędziem cedowania za odpowiednim wynagrodzeniem ryzyka na wykonawcę. Idzie jedynie o to, aby odpowiedzialność wykonawcy nie utraciła związku z przedmiotem zamówienia, co jednak w przypadku procedowanej specyfikacji zamówienia nie miało absolutnie miejsca. Zamawiający - na co już wskazywał - uregulował odpowiedzialność wykonawcy w sposób

ściśle związany z przedmiotem zamówienia, kierując się w tym zakresie ustawowymi wytycznymi.

2) Uwagi szczegółowe

a) zarzuty naruszenia poszczególnych przepisów

W odwołaniu wskazano dwa przepisy jako stanowiące rdzeń zarzutu odwołania, tj. art. 433 pkt 2 oraz art. 431 Prawa zamówień publicznych, zaś pozostałe przepisy przywołano na zasadzie „w związku”, powołując całą listę przepisów i reguł pozaprawnych reguł, których naruszenia miał się dopuścić Zamawiający, przygotowując SWZ, w tym reguły uczciwości kupieckiej, zasady współżycia społecznego, ogólne zasady Prawa zamówień publicznych (art. 16 i art. 17), rozliczne przepisy Kodeksu cywilnego i przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zamawiający jednak - czyniąc obszerny wywód - nie odniósł się do dwóch zasadniczych kwestii: (1) bezpośredniego wykazania naruszenia art. 433 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, do czego odnoszono się powyżej; w tym miejscu należy jedynie wyeksponować to, że Odwołujący nie pokazał, w jaki sposób wykonanie przedmiotowego obowiązku nie pozostaje w bezpośrednim lub pośrednim związku z przedmiotem zamówienia oraz (2) wyjaśnienia jak przepis aktualizujący swoje zastosowania po wyłonieniu

Wykonawcy może być naruszony przed jego wyborem, a nawet jeśli miałby być dyrektywą określającą sposób kształtowania postanowień projektowanej umowy, to w jaki sposób postanowienia określające wymagania w zakresie poziomu recyklingu wykluczają współpracę przy wykonywaniu umowy. Odwołujący zdaje się po prostu zakładać, że nałożenie wykonania obowiązku umownego jest prognozą braku sposobności takiej współpracy. Zamawiający przy tym podkreśla, że odpowiedzialność Zamawiającego z tytułu nieosiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu to nie tylko odpowiedzialność pieniężna, ale również odpowiedzialność, której na wykonawcę scedować nie sposób, a mianowicie jest to w szczególności odpowiedzialność społeczna, wizerunkowa, polityczna oraz odpowiedzialność przed organami nadzoru nad działalnością gminy (np. ze strony Najwyższej Izby Kontroli). Zamawiający posiadać będzie więc wystarczający stopień motywacji do współpracy, natomiast obniżenie poziomu kar umownych mogłoby stanowić dla wykonawcy bodziec do działań ograniczających starania o osiągnięcie zakładanych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia.

Z przedstawionych powyżej powodów Zamawiający nie będzie odnosił się od elementów subsydiarnie określających podstawę normatywną zarzutów odwołania, ponieważ co do zasady zarzuty te nie znajdują uzasadnienia.

b) Zmiana metody mierzenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu

Prawdą jest - na co zwraca uwagę Odwołujący - że zmianie uległy przepisy dotyczące poziomów przygotowania do ponownego użycia oraz recyklingu. Odwołujący eksponuje jednak te aspekty zmian, które mogą być postrzegane jako niekorzystne dla wykonawców, czy też szerzej gmin i podmiotów odbierających odpady komunalne.

Odwołujący nie wskazuje jednak, że za rok 2020 poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła był określony na co najmniej 50% wagowo, a związku ze zmianą metody obliczania i zakresu odpadów branych pod uwagę poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu został określony za rok 2022 w wysokości 25% wagowo, za rok 2023 r. w wysokości 35% wagowo, za rok 2024 r. w wysokości 45 % i za rok 2025 r. w wysokości 55%. Odwołujący nie wyeksponował więc tego, że choć uległa zmianie metoda, to jednak wysokość poziomu wagowego uległa obniżeniu do poziomu 25% za rok 2002 i będzie stopniowo rosła, co pozwoli i gminie i wykonawcom systematycznie przystosować się do zmieniających się wymagań. Prognozy Odwołującego są zaś skrajnie pesymistyczne.

c) Prognozy osiągnięcia poziomów

W gruncie rzeczy Odwołująca nie poczyniła żadnych miarodajnych szacunków pozwalających określić choćby w przybliżeniu skalę ryzyk obciążających Odwołującą.

Nie wiadomo też, czy problem powstania już w zakresie poziomów za rok 2022 czy może dopiero w kolejnych latach. Nie wiadomo też, w jaki sposób oceniono niemożliwość osiągnięcia tych poziomów, czy uwzględniono postępujący wzrost jakości selektywnej zbiórki odpadów, czy uwzględnione wszelkie możliwe i pojawiające się sposoby zagospodarowania odpadów. Nie wiadomo nawet, czy Odwołujący symulował prognozy z użyciem metodologii zakładanej SWZ, czy czynił to jedynie w przybliżeniu. Brak jest też miarodajnych źródeł określających podstawy tych prognoz (np. co do poziomu wysortowania odpadów nadających się do recyklingu ze strumienia odpadów niesegregowanych).

Na tej podstawie Zamawiający nie ma najmniejszych nawet podstaw, aby rozważać przychylenie się do wniosku odwołania w tym zakresie, zważywszy, że w zasadzie każdorazowo wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówień tego rodzaju kreślą negatywne scenariusze, których ziszczenie się nie następuje.

d) Faktyczne podstawy prognoz

Odwołujący opiera się na twierdzeniach, że wymagania recyklerów są wyśrubowane i w zasadzie nie sposób im sprostać, oferując odpady ze strumienia odpadów komunalnych. Brak jest jednak w tej mierze miarodajnych dowodów, ani też oceny innych możliwości oferowanych na rynku. Być może sprostanie zmodyfikowanym wymaganiom wymagać będzie od wykonawców zmian w organizacji kierowaniem strumieniem odpadów komunalnych, ale jest to naturalne w związku z postępującymi wymaganiami w stosunku do wszystkich podmiotów uczestniczących w procesach i czynnościach związanych z odpadami komunalnymi. Odwołujący tymczasem prezentuje jednostronną wizję przyszłości w oparciu o założenie, że „nic się nie zmieni” oraz przedstawienie faktycznego potencjału w zakresie przetwarzania odpadów na podstawie przykładowych i niezwyfikowanych informacji o wymaganiach recyklerów. Zamawiający nadmienia przy tym, że wymogi, które stawia wykonawcom, są zbieżne z wymogami, z jakimi mierzą się i zamawiający i wykonawcy nie tylko na terenie Polski. Przyjęcie założenie, że są to obowiązki niewykonalne, a jednocześnie wdrażane na terenie UE, jest trudne do akceptacji.

Odwołujący zdaje się również formułować prognozy co do przyszłości (a jej dotyczy zamówienia) na podstawie przeszłych doświadczeń, odrzucając z góry przekonanie, że rzeczywistość ulegać będzie zmianom. Tymczasem rozliczne działania i zmiany, rozpoczynając od rozwiązań prawnych poprzez postęp technologiczny a skończywszy na wzorcach kulturowych, nakazują przyjąć, że struktura odpadów, jakość zbiórki, możliwości recyklingu będą ulegać stałej poprawie. Funkcjonowanie całej europejskiej polityki gospodarowania odpadami komunalnymi oparte jest na założeniu, że wymagania względem państw, przedsiębiorców, lokalnych wspólnot i ich członków muszą rosnać. Odwołujący zakłada natomiast błędnie, że nic zmienić się już nie może.

e) Ograniczony wpływ wykonawców na jakość strumienia odpadów komunalnych

Odwołujący nie docenia w żadnym stopniu możliwości wpływu wykonawców na jakość selektywnego zbierania odpadów. Jakkolwiek wpływ na nią może mieć wiele czynników, to nie ulega najmniejszej wątpliwości, że najbliższej codziennej praktyki zbierania odpadów ułożone są podmioty odbierające odpady komunalne, które stale i bezpośrednio stykają się z procesem zbierania odpadów komunalnych. W oparciu o takie założenie rolę kontrolera selektywnego zbierania odpadów ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przypisuje właśnie wykonawcom. Art. 6ka bowiem jako podmiot inicjujący uruchomienie bodźców finansowych (podwyższona opłata) i ewentualnie w następstwie tego sankcji penalnych wskazuje podmiot odbierający odpady komunalne.

Podnieść należy przy tym, że rosące wymogi względem państw i lokalnych wspólnot wymagają również zmian w modelu wykonywania zamówienia przez samych wykonawców. Nie można wykluczyć, że i wykonawcy powinni zredefiniować sposób wykonywania obowiązków ustawowych, a co za tym idzie sposób wykonywania zamówień publicznych.

Wobec powyższego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w zakresie tego zarzutu jako oczywiście bezzasadnego.

{ad pkt 4. listy zarzutów w zakresie niewycofanym}

(...)

Zamawiający dokonał zmiany w specyfikacji w zakresie wskazanej w umowie klauzuli waloryzacyjnej, natomiast nie uwzględnił drugiego z wniosków z tego zarzutu, o dodanie dodatkowej przesłanki waloryzacji wynagrodzenia, z uwagi na okoliczności wskazane poniżej.

Wniosek o uzupełnienie klauzuli waloryzacyjnej o kolejny wskaźnik, to jest ceny paliw, w ocenie Zamawiającego jest w sprzeczności z treścią art. 439 ust 2 pkt 2 PZP, który

stanowi:

2) w umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

Ustawodawca wyraźnie zatem wskazał, używając spójnika „lub”, że w umowie należy określić sposób ustalania zmiany wynagrodzenia poprzez odesłanie do jednego z typów wskaźników. „Przepis dopuszcza opracowanie algorytmu arytmetycznego albo precyzyjnego opisu metody zmiany wynagrodzenia wykonawcy poprzez odesłanie do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów. Ustawodawca w szczególności odsyła do wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, nie tworząc jednocześnie zakazu stosowania innych wskaźników. Przykładowo zmiana wynagrodzenia może być oparta o zmiany ceny materiałów lub kosztów, określone wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanym w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem albo zmiany ceny materiałów lub kosztów określone wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej, ogłaszanym w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w sprawie zmian cen produkcji budowlano-montażowej w poszczególnych kwartałach roku. Jako rozwiązanie alternatywne ustawodawca wskazuje na możliwość wyboru innej podstawy zmiany wynagrodzenia, w szczególności poprzez określenie przez zamawiającego wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Przepis zezwala przykładowo na określenie kluczowych materiałów istotnych, mających dominujący wpływ na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy i oparcie algorytmu jego zmiany tylko na zmianie tych wybranych cen materiałów lub kosztów uwzględnionych w zbudowanym przez zamawiającego ko sztyku”. /tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 439./

Jeżeli zatem zdaniem Odwołującego ceny paliw są tak istotnym elementem kosztowym przy realizacji niniejszego zamówienia zarzut i wniosek odwołania powinien zostać sprecyzowany, jako żądanie zmiany wskaźnika GUS na wskaźnik zmiany cen paliw, Zamawiający podziela stanowisko Odwołującego, że celem wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych jest wprowadzenie odpowiedniego rozkładu ryzyka kontraktowego, zwiększenie konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale nie można też zapominać o tym, iż klauzula waloryzacyjna nie może stanowić remedium na zaniżoną kalkulację ceny oferty. W obecnej chwili Wykonawcy, którzy będą składali oferty w pewnym sensie są uprzywilejowanie w stosunku do Wykonawców, którzy składali oferty kilkanaście tygodni wcześniej, kiedy wystąpienie nadzwyczajnej sytuacji w postaci wojny w Ukrainie nie było możliwe do przewidzenia. Dzisiaj natomiast kalkulacja oferty przez Wykonawcę musi uwzględniać zaistniałą sytuację, w tym prognozowany wskaźnik inflacji, wzrostów kosztów paliw i innych czynników cenotwórczych.

Odnosząc się do podniesionej w uzasadnieniu odwołania argumentacji dotyczącej tego zarzutu Zamawiający zwraca uwagę na kilka okoliczności:

- fakt, że w innym postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki, z jakichś przyczyn Zamawiający rozszerzył pierwotny katalog przesłanek waloryzacji umowy, nie przesądza o tym, że takie działanie jest uzasadnione w niniejszym postępowaniu, nie jest to argument merytoryczny, a jedynie przykład, że jakiś Zamawiający, z jakichś przyczyn, takie działania podjął; na marginesie tylko Zamawiający zauważa, że jego zdaniem takie działanie nie znajduje oparcia w przepisach pzp;
- sam Odwołujący na stronie 42 uzasadnienia pkt 24 odwołania wskazuje, iż koszt zużycia i zakupu paliwa stanowi jeden z najważniejszych czynników cenotwórczych i jednocześnie nie jest on uzależniony tylko od inflacji, a zatem posługując się wskaźnikiem inflacji, w jakiejś części Zamawiając już uwzględnia wzrost kosztu paliwa, dodanie więc kolejnego wskaźnika waloryzacji jest swego rodzaju dublowaniem pewnych okoliczności;
- szeroko opisana obecna sytuacja gospodarcza, w tym trwająca wojna w Ukrainie, są z całą pewnością okolicznościami, które znacząco wpłynęły na zmianę sytuacji gospodarczej w chwili obecnej; Zwracamy jednak uwagę, iż niniejsze postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia na okres trzech lat, w którym to okresie zarówno wskaźniki i prognozy publikowane przez Prezesa NBP, jak i przez Rząd (PROGRAM KONWERGENCJI AKTUALIZACJA 2022) wskazują, iż inflacja będzie spadać, a zatem nie można z obecnej wyjątkowej sytuacji tworzyć sytuacji stałej przez okres trzech lat;
- Odwołujący na stronie 43 uzasadnienia pkt 26 wskazuje, iż brak waloryzacji w oparciu o cenę paliwa będzie działaniem moralnie nagannym i nieetycznym; Zamawiający zwraca uwagę, iż odwołanie złożyły cztery podmioty, ale tylko Odwołujący Chemeko wnioskuje o dodanie dodatkowego wskaźnika waloryzacji w postaci cen paliw. Stanowisko takie nie

pojawia się w pozostałych odwołania, również w odwołaniu Wykonawcy ALBA kwestionującym klauzulę waloryzującą. Można więc przyjąć, że ocena postawy Zamawiającego przez Odwołującego ma charakter subiektywnego odczucia, a nie merytoryczny wymiar.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w zakresie odnoszącym się do wniosku o dodanie dodatkowego wskaźnika waloryzacji w postaci cen paliw.

{ad pkt 7. listy zarzutów}

W pierwszej kolejności wyjaśnić należy, że przedmiotowe zamówienie obejmuje odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Do odpadów komunalnych należy natomiast niczym nieograniczony strumień odpadów, zwłaszcza co do rodzajów odpadów, w szczególności nielimitowana katalogiem odpadów i grupą oznaczoną jako 20, o ile tylko odpady te spełniają kryteria ustawowej definicji (art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpadach). Zgodnie z nią odpady komunalne to odpady powstające w gospodarstwach domowych, a także odpady pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych. Z uwagi na taką ustawową konstrukcję pojęcia odpadów komunalnych, z którymi hipotetycznie zetknąć się może wykonawca, sformułowanie ostatecznego i zamkniętego katalogu jest po prostu niemożliwe („wszystkie odpady powstające w gospodarstwach domowych”). Z tego powodu Zamawiający wymienił w opisie przedmiotu zamówienia odpady, z którymi wykonawcy z pewnością będą mieli do czynienia, wskazując jednakże, że nie może wykluczyć (w szczególności w przypadku prac interwencyjnych), że wykonywanie zamówienia może objąć incydentalnie również postępowanie z innymi rodzajami odpadów. Tym samym Zamawiający dopełnił powinności możliwie jak najstaranniejszego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający kryteriom Pzp, a uwzględniający ustawową definicję odpadów komunalnych.

Podkreślić należy, że zasadniczą część przedmiotu zamówienia dotyczyć będzie w istocie kilku frakcji odpadów selektywnie zbieranych oraz frakcji nieselektywnej. Większa różnorodność odpadów może natomiast wystąpić w zakresie prac interwencyjnych, niemniej jednak wieloletnie doświadczenie Zamawiającego w tym zakresie, które wykorzystał opisując przedmiot zamówienia, wskazuje, że wyszczególniony katalog odpadów miarodajnie i adekwatnie opisuje przedmiot zamówienia, nie sprawiając wykonawcom trudności w jego realizacji.

Skądinąd taki właśnie sposób opisu przedmiotu zamówienia jest aprobowany przez KIO, w tym w sprawie wcześniejszych postępowań Zamawiającego i to nawet przy rozpoznawaniu odwołań przy udziale aktualnych uczestników niniejszego postępowania

(wyrok KIO z 29 marca 2013 r., sygn. akt 559/13, wyrok KIO 401/20, 403/20)

Opis przedmiotu zamówienia nie jest zatem, jak podnosi Odwołujący nieprecyzyjny, niejednoznaczny. Zakres odpadów wyznaczający przedmiot zamówienia wprost jest niezwykle szeroki. Obejmuje min. odpady z grupy 20, 17, 15, 16, 13. Zamawiający nie może wykluczyć i nie ma na to wpływu, że w toku wykonywania zamówienia mogą pojawić się incydentalne sytuacje, w których zakresem obowiązków wykonawcy zostaną objęte odpady wprost niewskazane przez Zamawiającego. Nie jest to jednak równoznaczne z „niemożliwością realnej oceny realizacji umowy przez wykonawcę”

Wobec powyższego zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie jako oczywiście bezzasadnego.

{KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22}

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 13 maja 2022 r. uwzględnił niektóre

zarzuty, a w pozostałym zakresie wniósł o ich oddalenie, wskazując w szczególności następującą argumentację.

{ad pkt 7. listy zarzutów}

Postawiony zarzut, jak i wywodzony na jego podstawie wniosek jest całkowicie bezzasadny. Nie można bowiem zaaprobować oczekiwania, aby Zamawiający wyodrębnił w „Zestawieniu kosztów zadania” pozycję, w której Wykonawca określi ryczałtową cenę

jednostkową za podstawienie 1 sztuki kontenera dla odbioru bioodpadów w systemie akcyjnym. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z zapisem art. 6f ust. 3 i 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

„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.”

Nie ma zatem podstaw dla kreowania innego sposobu rozliczenia za wykonane usługi niż rzeczywista masa odebranych i zagospodarowanych odpadów.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w zakresie tego zarzutu.

{ad pkt 8. listy zarzutów}

Zamawiający w zakresie tego zarzutu podtrzymuje stanowisko analogiczne jak w zarzucie nr 7.

{ad pkt 10. listy zarzutów}

Zarzutu i wywiedzionego na tej podstawie wniosku nie sposób podzielić. Zamawiający w SWU zobowiązał bowiem Wykonawcę jedynie do zakupu pojemników przeznaczonych do gromadzenia zużytych igieł i strzykawek oraz rozdysponowania ich do wskazanych aptek. Zamawiający nie przewidział odrębnej usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów zużytych igieł i strzykawek. Nie ma zatem żadnych podstaw do odrębnej wyceny takiej usługi.

Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie winno zostać oddalone jako oczywiście bezzasadne.

{ad pkt 12. listy zarzutów}

Zamawiający podniósł te same okoliczności prawne i faktyczne, co na potrzeby ustosunkowania się do zarzutu nr 1 odwołań Chemeko [patrz powyżej], a różnice sprowadzają się do poniżej zidentyfikowanych.

1) Uwagi zasadnicze

Odwołujący kwestionuje przyjęcie na siebie obowiązku osiągnięcia poziomów ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, uznając go za niemożliwy do realizacji. Niemniej alternatywnie żąda jego wykreślenia lub urealnienia „poprzez wprowadzenie wymagań obiektywnie możliwych do spełnienia”. W zakresie tego drugiego żądania nie wskazuje, na czym owo urealnienie miałoby polegać, zwłaszcza jeśli w świetle ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Zamawiający stawia wymagania możliwe do zrealizowania i obiektywnego zweryfikowania.

W świetle uzasadnienia zarzutów odwołania Zamawiający sformułuje w pierwszej kolejności trzy podstawowe wyjaśnienia.

a) SWZ opiera się na ustawowej konstrukcji odpowiedzialności za nieosiągnięcie określonych poziomów zagospodarowania

(...) [patrz powyżej lit. a) z analogicznym śródtytułem]

b) Przyjęta w ustawie konstrukcja i wysokość kar umownych odpowiada dokładnie konstrukcji i wysokości kar pieniężnych, którą ponoszą podmioty odbierające odpady komunalne na wolnym rynku, zawierając we własnym zakresie umowy z właścicielami nieruchomości

(.) [patrz powyżej lit. b) z identycznym śródtytułem]

c) Dopuszczalność przenoszenia odpowiedzialności za osiągnięcie określonych poziomów ponownego użycia i recyklingu oraz nakładania na wykonawcę odpowiedzialności tożsamej z odpowiedzialnością obciążającą z mocy ustawy Wykonawcę została już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, również na gruncie nowej ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz nowelizowanej ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jednoznacznie przesądzona

(.) [patrz powyżej lit. c) z identycznym śródtytułem]

2) Uwagi szczegółowe

a) Zarzuty naruszenia poszczególnych przepisów

W odwołaniu wskazano całą listę przepisów i pozaprawnych reguł, których naruszenia miał się dopuścić Zamawiający, przygotowując SWZ, w tym ogólne zasady Prawa zamówień publicznych, rozliczne przepisy Kodeksu cywilnego i przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W gruncie rzeczy Odwołujący nie poświęca wyjaśnieniu tych zarzutów i przyporządkowania ich do poszczególnych argumentów odwołania choćby jednego zdania, a co za tym idzie polemika z podstawami prawnymi zarzutów nie może zostać przeprowadzona.

b) motywacja gminy do działania

W ocenie Odwołującego wskutek nałożenia na wykonawcę przedmiotowych obowiązków Zamawiający utraci wszelką motywację do działań wspierających osiągnięcie poziomów zagospodarowania odpadów. Jest to twierdzenie całkowicie bezpodstawne. Otóż gmina wykonuje obowiązki ustawowe, których realizacja nie jest zależna od jej swobodnego uznania, poziomu emocjonalnego, społecznego, czy instytucjonalnego zmotywowania, a co za tym idzie nie może rezygnować z kontroli powierzonych obowiązków, ani z realizacji innych, które wykonuje we własnym zakresie. Nie jest bowiem celem gminy - jak zdaje się rozumować Odwołujący - uniknięcie finansowej odpowiedzialności za nieosiągnięcie przedmiotowych poziomów wskutek naliczenia odpowiednich kar umownych wykonawcy. Celem gminy jest uniknięcie finansowej odpowiedzialności za nieosiągnięcie tych poziomów właśnie poprzez ich osiągnięcie. Kary umowne mają w tym kontekście charakter subsydiarny, pełniąc funkcję nie tylko odszkodowawczą, ale i motywującą.

Zamawiający podkreśla przy tym, że odpowiedzialność Zamawiającego z tytułu nieosiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu to nie tylko odpowiedzialność finansowa, ale również odpowiedzialność, której na wykonawcę scedować nie sposób, a mianowicie jest to w szczególności odpowiedzialność społeczna, wizerunkowa, polityczna oraz odpowiedzialność przed organami nadzoru nad działalnością gminy (np. ze strony Najwyższej Izby Kontroli). Zamawiający posiadać będzie więc wystarczający stopień motywacji do współpracy, natomiast obniżenie wymogów stawianych wykonawcom mogłoby stanowić dla nich bodziec do działań ograniczających starania o osiągnięcie zakładanych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, pozbawiając jednocześnie gminę instrumentów niezbędnych do ich osiągnięcia. Udzielając zamówienia w sposób proponowany przez Odwołującego gmina musiałaby z góry zaakceptować fakt, że nie zrealizuje celu, dla którego udziela zamówienia. Czyniłoby to udzielanie zamówienia i wydatkowanie środków publicznych na jego wykonanie de facto bezprzedmiotowym.

c) Prognozy osiągnięcia poziomów

(...) [patrz powyżej lit. c) z identycznym śródtytułem]

d) Ograniczony wpływ wykonawców na jakość strumienia odpadów komunalnych

(...) [patrz powyżej lit. e) z identycznym śródtytułem]

e) Pozbycie się części zadań własnych i uwolnienie się od sankcji administracyjnych

Zadania własne gminy określone są ustawą, w tym przypadku ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, i z ustawy tej wynikają kary pieniężne obciążające gminę. Ta sama ustawa zobowiązuje do powierzenia zadań w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów wyłonionemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, któremu gmina będzie uiszczać wynagrodzenie za wykonywane powierzonych czynności i osiągnięcie określonych rezultatów. W tym kontekście oczekiwanie, że gmina zrezygnuje z instrumentów zabezpieczających wystąpienie negatywnych skutków niewykonania lub nieprawidłowego zobowiązań przez wykonawców i jednocześnie motywujących ich

do prawidłowego wykonania zobowiązań jest całkowicie bezpodstawne. Odwołujący zdaje się wręcz oczekiwać, że gmina powierzy mu za wynagrodzeniem zadanie z zakresu zagospodarowania odpadów, a ten zagospodaruje odpady w dowolny, wybrany przez siebie sposób, nie bacząc na realizację celów, które obciążają z mocy prawa Zamawiającego. Takie rozumowanie nie daje się wręcz pojąć.

Przywoływane w tym kontekście orzecznictwo sądów administracyjnych całkowicie nie przystaje do materii ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i materii Pzp. Dotyczy bowiem zadań, których gmina powierzać lub zastępować działania innych podmiotów nie może. W przedmiotowym przypadku ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wprost nakazuje gminie powierzyć te zadania, udzielając zamówienia publicznego (art. 6d). Argument Odwołującej jest w tym kontekście całkowicie niezrozumiały.

Wobec powyższego zarzuty te jako bezpodstawne winny zostać oddalone.

{KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22,

KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22}

Na posiedzeniu z udziałem Odwołujących i Przystępujących 16 maja 2022 r., po zapoznaniu się z odpowiedziami na odwołania i zmianami SWZ z 13 maja 2022 r., w szczególności zostały złożone do protokołu następujące oświadczenia:

- Odwołującego Chemeko o wycofaniu wniesionych odwołań w zakresie zarzutów nr 2, 3, 6, ograniczeniu zarzutu nr 4 w ten sposób, że do rozpatrzenia pozostaje kwestia waloryzacji w oparciu o zmiany cen paliw (w związku z czym podtrzymane zostało żądanie nr 6);
- Odwołującego Alba o wycofaniu wniesionych odwołań w zakresie zarzutów nr 4, 5, 6 i 13;

Jednocześnie niesporne było, że w zakresie niewycofanym przez Odwołujących

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty nr 5 i 8 odwołań Chemeko oraz zarzuty nr 1, 11, 14, 15 i 16 odwołań Alba, a Przystępujący Eneris i Przystępujący FB Serwis po stronie Zamawiającego nie zgłosili co do tej czynności sprzeciwu, oświadczając zgodnie, że nie leży to w ich interesie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania

odwoławczego w którejkolwiek ze spraw w całości, zostały one - w zakresie niewycofanym lub nieuwzględnionych zarzutów - skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący (dodatkowo popierając się wzajemnie jako przystępujący) i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowisko i argumentację [ewentualnie ze zmianami, które odnotowano poniżej przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów], Przystępujący FBSerwis poparł Zamawiającego w zakresie zarzutów odwołań Chemeko, który odpowiadał ich interesowi, wreszcie Przystępujący Eneris przed zamknięciem rozprawy oświadczył do protokołu, że wycofuje swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w zakresie podtrzymanych zarzutów odwołania Alba, gdyż przestało to odpowiadać jego interesowi [co uwzględniono w komparycji orzeczenia nie wymieniając Eneris w tym charakterze].

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Legitymacja Odwołujących - którzy zakwestionowali postanowienia specyfikacji jako naruszające przepisy ustawy pzp, gdyż są zainteresowani ubieganiem się o udzielenie tych zamówień na warunkach odpowiadających tym przepisom - spełnia powyższe przesłanki, co nie było też sporne.

{umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów nr:

2, 3, 4*, 5, 6, 8 i 13 odwołań Chemeko i 1, 2, 5, 6, 9, 11, 13, 14, 15 i 16 odwołań Alby}

Jak to już powyżej odnotowano:

Po pierwsze - w zakresie zarzutów z pkt 2., 3., 6. i 4. petitum odwołań Chemeko oraz pkt 4., 5., 6. i 13. petitum odwołań Alby, a tym samym w zakresie odpowiadających im okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w uzasadnieniu i zgłoszonych w związku z nimi żądań [*z wyjątkiem zarzutu nr 4, który został potrzymany co do pewnych okoliczności i związanej z nimi żądania], odwołania te zostały wycofane.

Po drugie - w zakresie zarzutów z pkt 5. i 8. petitum odwołań Chemeko oraz pkt 1., 11., 14., 15. i 16. petitum odwołań Alby Zamawiający uwzględnił te odwołania, a tym samym zobowiązał się do uczynienia zadość podtrzymanymi w związku z tymi zarzutami żdaniami, a jednocześnie Przystępujący Eneris i Przystępujący FB Serwis, którzy przystąpili po stronie Zamawiającego, nie zgłosili co do tej czynności procesowej sprzeciwu.

Po trzecie, Izba ustaliła dodatkowo, co następuje:

Zarzut nr 9 odwołań Alby sprowadza się do zaniechania podania przez Zamawiającego w SWZ wykazu lokalizacji, z których mają być odbierane odpady wielkogabarytowe w systemie objazdowej zbiórki, co miało negatywnie rzutować na możliwość rzetelnej kalkulacji w tym zakresie wynagrodzenia wykonawcy. W związku z tym zarzutem zgłoszone zostało żądanie wskazania przez Zamawiającego, co należy rozumieć przez miejsce gromadzenia odpadów wielkogabarytowych (MGOW) tzn., czy jest to pojęcie tożsame z miejscem gromadzenia odpadów (MGO) oraz określenia liczby i lokalizacji MGOW, a także ilości odpadów, jakie należy przyjąć do wyceny tego zakresu usługi.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania z 13 maja 2022 r. poinformował o wprowadzeniu do rozdziału VI Odbiór odpadów wielkogabarytowych w systemie objazdowej Szczegółowych warunków umów [stanowiących załączniki nr 1 do każdej z SWZ] w pkt 1 nowego zdania, odsyłającego w zakresie wskazania lokalizacji MGOW do dodanego do poszczególnych SWU załącznika, odpowiednio dla sektorów nr I, II, III i IV o nr odpowiednio 37, 35, 36 i ponownie 35, a każdy z tych załączników w postaci tabelarycznego wykazu z podaniem lp. i adresu miejsc gromadzenia tych odpadów został dołączony do pisma. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że szacunkowe ilości dla tych odpadów zostały wskazane w załączniku nr III do poszczególnych SWZ, czyli w „Zestawieniu kosztów zadania”, które dla każdego sektora w poprawionej wersji zostało dołączone do tej odpowiedzi na odwołania.

Jednocześnie ani Zamawiający, ani Odwołujący Alba jednoznacznie nie wypowiedzieli się co do tego, czy powyższe stanowi uwzględnienie w całości zarzutu nr 9 i uczynienie zadość zgłoszonemu żądaniu, a jednocześnie Odwołujący Alba do zamknięcia rozprawy ani formalnie nie wycofał tego zarzutu, ani nie nawiązywał do niego podczas przeprawy.

Art. 520 ustawy pzp stanowi, że: w ust 1 - odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 - cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Z kolei według art. 522 ust. 4 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wreszcie zgodnie z art. 568 ustawy pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522.

Reasumując, z przywołanych przepisów wynika w szczególności, że w zakresie zarzutów wniesionych odwołań, które następnie zostały wycofane przez odwołujących,

uwzględnione przez zamawiających, przy braku przystępujących po ich stronie lub co najmniej przy braku z ich strony sprzeciwu co do tej czynności, a także w przypadku, gdy rozpoznanie zarzutów stało się z innego powodu zbędne lub niedopuszczalne, Izba zobowiązana jest do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Stąd Izba w ustalonych powyżej okolicznościach, działając na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w rozpoznawanych sprawach, w tym przyjmując co do zarzutu nr 9 odwołań Chemeko, że postępowanie odwoławcze podlega w tym zakresie umorzeniu jako bezzasadne z innego powodu niż uwzględnienie lub wycofanie tego zarzutu w całości.

{rozważania wstępne - granice kognicji Izby}

Zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp; „popz”) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została potwierdzona również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Powyższa regulacja ma o tyle znaczenie dla zarzutów odwołań, które zostały się do merytorycznego rozstrzygnięcia, o ile dynamika postępowania odwoławczego w okresie kilku tygodni, które upłynęły od otwarcia rozprawy do jej zamknięcia, w tym zmiany i wyjaśnienia specyfikacji wprowadzone lub zapowiedziane przez Zamawiającego, dała Odwołującym asumpt do podnoszenia zupełnie nowych okoliczności pod pretekstem konieczności dostosowania zarzutów do nowego stanu rzeczy. Stąd przed przystąpieniem do omawiania poszczególnych zarzutów konieczne stało się zaznaczenie, że mogły one zostać rozpoznane w granicach przysługującej Izbie kognicji. Konkretnie przypadki wykroczenia przez Odwołujących poza te granice wyznaczone przez okoliczności zawarte we wniesionych odwołaniach zostaną poniżej zasygnalizowane, bez merytorycznego odnoszenia się do tych nowych zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego we wszystkich sprawach orzeczono - w pkt

3. i 4. sentencji - stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) - obciążając Odwołujących kosztami tego postępowania, na które złożyły się uiszczone przez nich wpisy oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożonymi do zamknięcia rozprawy fakturami VAT.

I. {rozpatrzenie zarzutów: nr 1 odwołań Chemeko i nr 12 odwołań Alby

- poziomy recyklingu i kary umowne za ich nieosiągnięcie}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zarówno odwołania wniesione przez Chemeko, jak i przez Albę zawierały parę powiązanych ze sobą zarzutów (odpowiednio nr 1 i 2 oraz nr 12 i 13) na tle sposobu określenia przez Zamawiającego w ramach warunków umów w sprawie tych zamówień obowiązku osiągania przez wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Przy czym wspólne dla drugiego z każdej pary zarzutów było zakwestionowanie określonego - w pppkt 2 pkt 1 rozdziału XX Osiąganie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa SWU - wzoru służącego do obliczania osiągniętego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, według którego łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi odniesiona została do łącznej masy wytworzonych [w domyśle na terenie danego sektora], zamiast - jak to wprost (Alba) lub pośrednio (Chemeko) domagali się Odwołujący - odebranych przez wykonawcę odpadów komunalnych na terenie obsługiwanego przez niego sektora.

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 13 maja 2022 r. poinformował, że w ramach trzeciego pakietu zmian SWZ z tej daty zmienił brzmienie wskazanego powyżej postanowienia rozdziału XX SWU na następujące:

1. W zakresie (...) osiągania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w Punktach Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych oraz usługi SZOP, w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów:

(.)

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w wysokości 35% wagowo za rok 2023, w wysokości 45% za rok 2024, w wysokości 55% wagowo za rok 2025, na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Osiągany w roku rozliczeniowym poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się:

a) zgodnie z zasadami określonymi w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

b) w stosunku do masy odpadów tych rodzajów odpadów uwzględnianych w obliczeniach poziomów zgodnie z przepisami powołanymi w lit. a, które w toku wykonywania przedmiotu zamówienia Wykonawca odebrał od właścicieli nieruchomości, zebrał lub zostały Wykonawcy przekazane przez Zamawiającego do zagospodarowania.

W reakcji na powyższą zmianę Odwołujący Chemeko wycofał zarzut nr 2, a Odwołujący Alba wycofał zarzut nr 13.

Z kolei podtrzymane zarzuty nr 1 odwołań Chemeko i nr 12 odwołań Alby łączyło wpięty głównie wskazanie jako zakwestionowanego § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r postanowienia umowy w następującym brzmieniu:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (...) 14) w zakresie innym niż ww. obowiązki: (...) r) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XX, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2020 r. poz. 1219 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XX pkt 8, ppkt 2)

- przy czym postanowienie rozdziału XX SWU wskazane w nawiasie, do którego odesłano w zakresie sposobu obliczenia tej kary umownej z kolei brzmi następująco:

8. Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów: (.) 2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

$$W_{k2} = M_{b1} \times S$$

gdzie:

W_{k2} - wysokość kary wyrażona w zł,

M_{b1} - brakująca masa odpadów komunalnych, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.).

Ostatecznie wspólne stało się również zgłoszone w związku z podtrzymanymi zarzutami żądanie, gdyż na rozprawie Odwołujący Alba zdecydował się na przyłączenie się w tym zakresie do Odwołującego Chemeko, który z kolei sprecyzował do protokołu, że domaga się takiej zmiany przywołanego powyżej § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r postanowień umowy, aby wynikało z niego, że jest to kara umowna w wysokości obliczonej jako % iloczynu tam wskazanego.

Ponieważ zmiana przepisów określających sposób obliczania poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia stanowi jedną z głównych okoliczności podnoszonych przez Odwołującego Chemeko dla uzasadnienia domagania się obniżenia kary umownej za nieosiągnięcie tych poziomów, celowe jest prześledzenie ewolucji regulacji prawnej w tym zakresie.

Art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w odniesieniu do wymaganych poziomów recyklingu w gminach, dodany ustawą z 1 lipca 2011 r. (Dz.U. Nr 152, poz. 897) i obowiązujący od 1 stycznia 2012 r. [przy czym zacytowane poniżej brzmienie uwzględnia doprecyzowanie ustawą z 28 listopada 2014 r. (Dz. U. poz. 87), obowiązujące od 1 lutego 2015 r., że w ust. 1 pkt 2 również chodzi o odpady komunalne]:

1. Gminy są obowiązane osiągnąć do dnia 31 grudnia 2020 r.:

1) poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości co najmniej 50%

wagowo;

2) poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo.

2. Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia:

1) poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, które gmina jest obowiązana osiągnąć w poszczególnych latach, uwzględniając potrzebę osiągnięcia poziomów określonych w ust. 1;

2) sposób obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania ich osiągnięcia przez każdą gminę.

Brzmienie art. 3b ucpw wprowadzone ustawą z 19 lipca 2019 r. (Dz. U. poz. 1579) i obowiązujące od 1 stycznia 2020 r. [przy czym poniżej uwzględniono również, że ustawą z 23 stycznia 2020 r. (Dz. U. poz. 284) zmieniono oznaczenie ministra właściwego do wydania rozporządzenia wykonawczego, o którym mowa w ust. 3, co weszło w życie 29 lutego 2020 r.]:

1. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej:

1) 50% wagowo - za każdy rok w latach 2020-2024;

2) 55% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029;

- 3) 60% wagowo - za każdy rok w latach 2030-2034;
 - 4) 65% wagowo - za 2035 r. i za każdy kolejny rok.
2. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo rocznie.
3. Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, o których mowa w ust. 1 i 2, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania ich osiągnięcia przez każdą gminę.

Przepisy wydane na podstawie powyższej delegacji rozporządzenia z dnia 14 grudnia 2016 r. Ministra Środowiska w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 2167), obowiązujące do 31 grudnia 2020 r. [celowo pominięto tutaj obowiązujące uprzednio, wydane na podstawie delegacji zawartej w pierwotnym brzmieniu art. 3b ust. 2 ucp, rozporządzenie 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. poz. 645), które zawierało analogiczne regulacje]:
(.)

§ 3

Poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła oblicza się na podstawie wzoru:
gdzie:

$$x \cdot 10Q\%$$

P_{pmts} - poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, wyrażony w %,

M_{rpmts} - łączna masa odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła poddanych recyklingowi i przygotowanych do ponownego użycia, pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych z gospodarstw domowych oraz od innych wytwórców odpadów komunalnych, wyrażona w Mg,

M_{wpmts} - łączna masa wytworzonych odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła, pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych z gospodarstw domowych oraz od innych wytwórców odpadów komunalnych, wyrażona w Mg, obliczana na podstawie wzoru:

1) w przypadku gmin:

$$L_m - X \cdot X \cdot U_i \cdot T_{ip} \cdot t_s$$

2) w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

$$L_m \cdot P_{pmts} \cdot A_i \cdot O \cdot X \cdot U_{ilp-f} \cdot t_s$$

gdzie:

L_m - liczba mieszkańców gminy,

M_{wgus} - masa wytworzonych odpadów komunalnych przez jednego mieszkańca na terenie województwa,

M_o - łączna masa odebranych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

U_{m_{pmts}} - udział łączny odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła i wielomateriałowych w składzie morfologicznym odpadów komunalnych.

2. Poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła oblicza się łącznie dla wszystkich podanych frakcji odpadów komunalnych.

3. Poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne oblicza się na podstawie wzoru:

$$X \cdot 100\%$$

gdzie:

P_{br} - poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, wyrażony w %,

M_{br} - łączna masa innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych poddanych recyklingowi, przygotowanych do ponownego użycia oraz poddanych odzyskowi innymi metodami, pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych z gospodarstw domowych oraz od innych wytwórców odpadów komunalnych, wyrażona w Mg,

M_{wbr} - łączna masa wytworzonych⁸⁾ innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych, pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych z gospodarstw domowych oraz od innych wytwórców odpadów komunalnych, wyrażona w Mg.

(.)

Brzmienie art. 3b upcg wprowadzone ustawą z 17 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2361) i obowiązujące od 31 grudnia 2020 r.:

1. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

- 1) 20% wagowo - za rok 2021;
- 2) 25% wagowo - za rok 2022;
- 3) 35% wagowo - za rok 2023;
- 4) 45% wagowo - za rok 2024;
- 5) 55% wagowo - za rok 2025;
- 6) 56% wagowo - za rok 2026;
- 7) 57% wagowo - za rok 2027;
- 8) 58% wagowo - za rok 2028;
- 9) 59% wagowo - za rok 2029;
- 10) 60% wagowo - za rok 2030;
- 11) 61% wagowo - za rok 2031;
- 12) 62% wagowo - za rok 2032;
- 13) 63% wagowo - za rok 2033;
- 14) 64% wagowo - za rok 2034;
- 15) 65% wagowo - za rok 2035 i za każdy kolejny rok.

la. Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

lb. Przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

2. (uchylony)

3. Minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania osiągnięcia tych poziomów przez każdą gminę oraz przepisami Unii Europejskiej określającymi sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi.

(.)

Przepisy wydanego na podstawie powyższej delegacji rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530) w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, które weszło w życie 4 września 2021 r.

(.)

§ 2

1. Poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych obliczają gminy oraz podmioty, o których mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

1) w punktach obliczeniowych w rozumieniu art. 1 lit. a decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2019/1004 z dnia 7 czerwca 2019 r. określającej zasady obliczania, weryfikacji i zgłaszania danych dotyczących odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE oraz uchylającej decyzję wykonawczą Komisji C(2012) 2384 (Dz.Urz. UE L 163 z 20.06.2019, str. 66), zwanej dalej „decyzją 2019/1004”, określonych w załączniku I do decyzji 2019/1004;

2) stosując metody obliczeń określone w załącznikach II i III do decyzji 2019/1004.

§ 3

1. Poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się zgodnie ze wzorem:

$$100\%$$

gdzie:

P - oznacza poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, wyrażony w %,

Mr - oznacza łączną masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażoną w Mg,

Mw - oznacza łączną masę wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażoną w Mg.

2. Do łącznej masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, oznaczonej symbolem „Mr”, zalicza się:

1) odpady komunalne z grupy 15 oraz z grupy 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06;

2) odpady powstałe z przetworzenia odpadów komunalnych, o których mowa w pkt 1.

3. Do łącznej masy wytworzonych odpadów komunalnych, oznaczonej symbolem „Mw”,

zalicza się odpady komunalne z grupy 15 oraz z grupy 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06.

4. Grupy oraz kody odpadów są określone zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art.

4 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

5. W przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne:

1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne.

6. W przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uwzględnia się odpady komunalne odebrane z terenu danej gminy.

7. Masę bioodpadów stanowiących odpady komunalne posegregowanych i poddanych

recyklingowi u źródła, obliczoną zgodnie z art. 4 ust. 3 decyzji 2019/1004, uwzględnia się

zarówno w łącznej masie odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia

i poddanych recyklingowi, oznaczonej symbolem „Mr”, jak i w łącznej masie wytworzonych odpadów komunalnych, oznaczonej symbolem „Mw”.

§ 4

1. Masę odpadów komunalnych wytworzonych, przygotowanych do ponownego użycia lub poddanych recyklingowi oraz poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oblicza się za dany rok kalendarzowy.

2. Masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia oblicza się jako masę produktów i składników produktów, które stały się odpadami komunalnymi oraz przeszły wszystkie niezbędne czynności sprawdzania, oczyszczania i naprawy umożliwiające ponowne użycie bez dalszego sortowania i przetwarzania wstępnego.

3. Masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami.

§ 5

1. Masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu.

2. Masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu

z procesu sortowania, jeżeli:

1) odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz

2) masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi.

§ 6

1. Masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji poddawanych obróbce tlenowej lub beztlenowej zalicza się do odpadów poddanych recyklingowi, jeżeli w wyniku tej obróbki powstaje kompost, materiał pofermentacyjny lub inny materiał, który będzie wykorzystany jako produkt, materiał lub substancja, które nie są odpadami.

2. Jeżeli uzyskany kompost, materiał pofermentacyjny lub inny materiał, który będzie wykorzystany jako produkt, materiał lub substancja, które nie są odpadami, jest wykorzystywany na powierzchni ziemi, można zaliczyć go jako poddany recyklingowi, gdy to wykorzystanie przynosi korzyści rolnictwu lub prowadzi do poprawy stanu środowiska.

3. Uzyskany kompost, materiał pofermentacyjny lub inny materiał, który będzie wykorzystany jako produkt, materiał lub substancja, które nie są odpadami, można zaliczyć jako poddany recyklingowi tylko wtedy, gdy może być wprowadzany do obrotu jako nawóz lub środek poprawiający właściwości gleby na podstawie pozwolenia ministra właściwego do spraw rolnictwa wydanego zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu (Dz.U. z 2021 r. poz. 76) lub gdy stanowi produkt nawozowy UE w rozumieniu art. 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1009 z dnia 5 czerwca 2019 r. ustanawiającego przepisy dotyczące udostępniania na rynku produktów nawozowych UE, zmieniającego rozporządzenia (WE) nr 1069/2009 i (WE) nr 1107/2009 oraz uchylającego rozporządzenie (WE) nr 2003/200 (Dz.Urz. UE L 170 z 25.06.2019, str. 1, z późn. zm.4)), lub gdy spełnia wymagania określone w przepisach wydanych na podstawie art. 30 ust. 4 lub ust. 5 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

4. Bioodpady stanowiące odpady komunalne poddane obróbce tlenowej lub beztlenowej zalicza się do odpadów poddanych recyklingowi, jeżeli zostały zebrane w sposób selektywny.

§ 7

1. W masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów.

2. W masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane.

§ 8 W masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę metali wydzielonych po termicznym przekształceniu odpadów komunalnych poddanych recyklingowi obliczoną zgodnie z art. 5 decyzji 2019/1004.

§ 9 W masie odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia lub poddanych recyklingowi można uwzględnić odpady przekazane poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, w celu przygotowania do ponownego użycia, recyklingu lub wypełniania wyrobisk.

§ 10 Do dnia 31 grudnia 2026 r. bioodpady stanowiące odpady komunalne, które nie zostały selektywnie zebrane, ale zostały poddane obróbce tlenowej lub beztlenowej, zalicza się do odpadów poddanych recyklingowi, o ile spełniają warunki dotyczące zaliczania masy odpadów komunalnych do odpadów poddanych recyklingowi określone w § 4 ust. 3, § 5, § 6 ust. 1-3, § 7 i § 9.

(.)

O ile poza wszelkim sporem jest, że przytoczone powyżej niemal w całości rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zmieniło dotychczasowy sposób obliczania poziomów recyklingu i odzysku, o tyle nie sposób uznać, że może to być kluczowa okoliczność uzasadniająca stawianie rozpoznawanych w niniejszych sprawach zarzutów i zgłoszone w związku z nimi żądanie. Co prawda rozporządzenie to weszło w życie 4 września 2021 r., ale - jak to wskazano w przypisach nr 2 i 3 do tekstu opublikowanego w Dzienniku Ustaw - stanowi wdrożenie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającą niektóre dyrektywy (Dz. Urz. UE L 312 z 22.11.2008, str. 3, Dz. Urz. UE L 365 z 19.12.2014, str. 89, Dz. Urz. UE L 21 z 28.01.2015, str. 22, Dz. Urz. UE L 184 z 11.07.2015, str. 13, Dz. Urz. UE L 297 z 13.11.2015, str. 9, Dz. Urz. UE L 42 z 18.02.2017, str. 43, Dz. Urz. UE L 150 z 14.06.2017, str. 1 oraz Dz. Urz. UE L 150 z 14.06.2018, str. 109) oraz - co istotniejsze w kontekście tej sprawy - wykonanie decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2019/1004 z dnia 7 czerwca 2019 r. określającej zasady obliczania, weryfikacji i zgłaszania danych dotyczących odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE oraz uchylającą decyzję wykonawczą Komisji C 2012) 2384 (Dz. Urz. UE L 163 z 20.06.2019, str. 66).

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że - jak trafnie to zidentyfikował Zamawiający - we wniesionych 11 maja 2020 r. odwołaniach wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w analogicznym postępowaniu o udzielenie

zamówienia, choć prowadzonym jeszcze na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp” lub „popzp”}, pn. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna Odwołujący Chemeko (sprawa prowadzona pod sygn. akt KIO 1015/20) i Odwołujący Alba (sprawa prowadzona pod sygn. akt KIO 1124/20) stawiali Zamawiającemu analogicznie skonstruowane zarzuty (odpowiednio nr 4 i 3) - zarówno co do wskazywanych jako naruszone przepisów, jak i przede wszystkim co do podnoszonych jako istotne okoliczności faktycznych - oraz formułowali zbliżone jak obecnie żądania. Podobnie w odwołaniu wniesionym 10 stycznia 2021 r. (w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 81/21) wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pn. Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 144 000 Mg Odwołujący Chemeko postawił analogiczny zarzut (ponownie zresztą nr 4) - zarówno co do wskazywanych jako naruszone przepisów, jak i przede wszystkim co do podnoszonych okoliczności faktycznych, przy czym - co należy podkreślić - wówczas obowiązywały już aktualne regulacje odnośnie poziomów recyklingu i sposobu obliczania ich osiągnięcia.

Reasumując, niezależnie od zachodzących zmian prawnych dla uzasadnienia zarzutów i żądań zmierzających do ograniczenia zakresu ponoszonej odpowiedzialności kontraktowej za osiągnięcie poziomów recyklingu Odwołujący od lat powołują się na konglomerat w przeważającej mierze tych samych okoliczności faktycznych. W szczególności dla profesjonalistów w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów, do jakich zaliczają się niewątpliwie Odwołujący, obiektywnie nie może stanowić okoliczności ani nowej, ani zaskakującej, że Zamawiający zmierza do odzwierciedlenia w warunkach niniejszych zamówień, przewidzianych do udzielenia w 2022 r. na okres do początku 2026 r., zasad obliczania poziomów recyklingu, których źródłem jest decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2019/1004 z 7 czerwca 2019 r. Przy czym biorąc pod uwagę, że podjęcie tej decyzji musiało być poprzedzone właściwym dla tej kategorii aktów prawnych procesem legislacyjnym, który powinien był budzić zainteresowanie podmiotów odpowiedzialnie działających na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów, wydaje się, że miały one jeszcze więcej czasu na przygotowanie się do tych nowych uwarunkowań prawnych.

Słaba w ocenie Odwołującego Chemeko - jak to konsekwentnie określał - jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych we Wrocławiu jest szczególnie eksponowana w odwołaniach dla uzasadnienia zarzucanych w ramach omawianego zarzutu naruszeń przepisów i zgłoszonego w związku z tym żądania obniżenia kary umownej za nieosiągnięcie wymaganych aktualnie obowiązującymi przepisami poziomów recyklingu.

W toku postępowania odwoławczego Odwołujący Chemeko wniósł w tym zakresie o dopuszczenie dowodu z treści - w zakresie wskazanym w piśmie procesowym z 25 maja 2022 r. - dokumentu pn. „Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2021 w celu weryfikacji możliwości technicznych i organizacyjnych Gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, zgodnie z wymogami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach” [autorzy: Emilia den Boer, Ryszard Szpadt, koordynacja ze strony Ekosystem sp. z o.o.: Magdalena Wrońska, Dominika Cybulska, Bartosz Bujarski, Wrocław, kwiecień 2022 r.]; {dalej również jako: „Analiza”}

oraz analogicznego opracowania za rok 2020 [w protokole rozprawy oznaczone odpowiednio jako OIII17 i OIII16] - jak to ujął - na okoliczność stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław, w szczególności w zakresie przyczyn nieosiągania przez Gminę Wrocław wymaganych prawem poziomów recyklingu (m.in. słaba jakość selektywnej zbiórki, morfologia odpadów zbieranych jako odpady zmieszane, duża ilość odpadów nie poddających się recyklingowi w strumieniu odpadów zmieszanych przeważających w całym strumieniu odpadów zbieranych na terenie Gminy Wrocław).

W pierwszej kolejności należy odnotować, że dokumenty te powstały jako dopełnienie przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 9tb ust. 1 ucpq, zgodnie z którym na podstawie sprawozdań złożonych przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, podmioty prowadzące punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmioty zbierające odpady komunalne, informacji przekazanych przez prowadzących instalacje komunalne oraz na podstawie rocznego sprawozdania z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi oraz innych dostępnych danych o czynnikach wpływających na koszty systemu gospodarowania odpadami prezydent miasta ma obowiązek sporządzenia analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi obejmującą w szczególności: 1) możliwości przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów stanowiących odpady komunalne oraz przeznaczonych do składowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych

(zmieszanych) odpadów komunalnych; 2) potrzeby inwestycyjne związane z gospodarowaniem odpadami komunalnymi; 3) koszty poniesione w związku z odbieraniem, odzyskiem, recyklingiem i unieszkodliwianiem odpadów komunalnych w podziale na wpływy, wydatki i nadwyżki z opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi; 4) liczbę mieszkańców; 5) liczbę właścicieli nieruchomości, którzy nie zawarli umowy, o której mowa w art. 6 ust. 1, w imieniu których gmina powinna podjąć działania, o których mowa w art. 6 ust. 6-12; 6) ilość odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy; 7) ilość niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i bioodpadów stanowiących odpady komunalne, odbieranych z terenu gminy oraz przeznaczonych do składowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych; 8) uzyskane poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych; 9) masę odpadów komunalnych wytworzonych na terenie gminy przekazanych do termicznego przekształcania oraz stosunek masy odpadów komunalnych przekazanych do termicznego przekształcania do masy odpadów komunalnych wytworzonych na terenie gminy. Jak stanowi art. 9tb ust. 3 ucp, analiza podlega publicznemu udostępnieniu na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej urzędu gminy.

Co istotne - tym bardziej, że zostało przemilczane przez Odwołujących - w pkt 11.1. Analizy z 2022 r., dotyczącym osiągniętych przez Zamawiającego poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, zamieszczono następująco brzmiące podsumowanie: W 2021 roku Gmina Wrocław przekroczyła wymagany poziom recyklingu wynoszący 20% masy wytworzonych odpadów komunalnych. Dla porównania w 2020 roku osiągnięto poziom recyklingu 52,16%, przy wymaganym poziomie 50%, który odnosił się jednak do zawartych w odpadach komunalnych podstawowych surowców (papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła), w 2019 roku osiągnięto poziom recyklingu 51% (przy wymaganym 40%), a w 2018 roku osiągnięto poziom recyklingu 35% (przy wymaganym 30%), a w 2017 roku wartość tego wskaźnika wynosiła 30% (przy wymaganym 20%). Co więcej - jak wynika pierwszego tiret na str. 92. z pkt 16. Wniosków i końcowych zaleceń - w 2021 r. uzyskano poziom recyklingu wynoszący 30,28%, czyli rezultat o 10 punktów procentowych lepszy niż był wymagany w 2021 r. a jednocześnie o 5 punktów procentowych lepszy niż jest wymagany w 2022 r.

Ponieważ takie podsumowanie wprost przeczy zgłoszonej [przywołanej już powyżej] jako główna teza dowodowej, która zmierzała przeciw do wykazania czegoś przeciwnego, nie mają większego znaczenia strony Analizy, na które dodatkowo powołał się w swoim piśmie Odwołujący Chemeko. Oczywiście o ile fakt osiągania dotychczas przez Wrocław wymaganych przepisami poziomów recyklingu nie może stanowić dowodu, że uda się również osiągnąć poziomy obowiązujące w okresie realizacji niniejszych zamówień (zwłaszcza że będą one co roku wzrastać o 5 punktów procentowych), o tyle tym bardziej urzędowa analiza stanu gospodarki odpadami we Wrocławiu w 2021 r. nie może stanowić dowodu potwierdzającego tezę przeciwną (tym bardziej, że po zmianie sposobu liczenia powrócił trend przekraczania z dużym zapasem wymaganego poziomu).

Co więcej - okazało się, że dodatkowo sformułowane przez Odwołującego Chemeko we wspomnianym piśmie szczegółowe tezy (jako wynikające, ze wskazanych przez niego stron Analizy z 2022 r.) w istocie nie znajdują oparcia nie we wskazanych, skądinąd nieprecyzyjnie, miejscach Analizy, względnie co prawda odzwierciedlają treść pojedynczych zdań, które jednak w szerszym kontekście treściowym nabierają innego znaczenia, niż chciałby Odwołujący:

1) w strumieniu odpadów komunalnych zbieranych na terenie Gminy Wrocław przeważają zmieszane odpady komunalne, których skład morfologiczny i skład materiałowy jest niekorzystny z punktu widzenia recyklingu (vide str. 20 i nast., str. 28 i nast.)

- nie sposób stwierdzić, w jaki sposób z danych podanych w tabelach i wykresach na str. 20-23 jako charakterystyka odpadów powstających na terenie Wrocławia ustalona w oparciu o badania morfologiczne przeprowadzone w okresie od października 2017 r. do września 2018 r. Odwołujący wysnuł taki wniosek, zwłaszcza że nie jest to ani zacytowanie, ani nawet parafraza żadnego ze sformułowanych na str. 24-26 w 17. punktach wniosków, określonych tam mianem ogólnych, ale w istocie mających charakter szczegółowych i kazuistycznie opisanych okoliczności;

2) przy obecnych wielkościach strumieni zebranych odpadów komunalnych nie jest możliwe spełnienie wymogu recyklingu (vide str. 25);

- w rzeczywistości to urwany cytat z pierwszego zdania wniosku z pkt 15. na str. 26 [które dalej brzmi: „(50% frakcji surowcowych w roku 2020) wyłącznie wykorzystując tylko odpady selektywnie zebrane.”], który nabiera zupełnie innego wydźwięku w sytuacji, gdy już wiadomo, że udało się osiągnąć wymagane poziomy recyklingu nie tylko

za 2020 r., ale i za 2021 r.;

3) odpady komunalne zebrane w punktach skupu (dostarczone tam przez mieszkańców) istotnie wpływają na osiągnięcie poziomu recyklingu odpadów surowcowych (str. 46)

- parafraza podsumowania danych zamieszczonych w tabeli 14. Porównanie ilości odpadów zebranych w punktach skupu w latach 2018-2021 na str. 47., przy czym ma ono wydźwięk pozytywny, skoro z ostatniego wiersza tej tabeli wynika, że w stosunku do 2020 r. w 2021 r. nastąpił ponad 4,5-krotny wzrost masy odpadów zebranych w tych punktach;

4) wymaga poprawy: efektywność selektywnego zbierania odpadów przez właścicieli nieruchomości (str. 76, 79, 88, 92)

- nie jest to ani cytata, ani nawet parafraza z żadnej z podanych stron ani nawet ze str. 78., gdzie znajduje się pkt 14.2. dotyczący identyfikacji kwestii wymagających poprawy;

5) stale wzrasta ilość odbieranych odpadów zmieszanych, mimo podejmowanych działań mających na celu ograniczenie ilości odpadów (str. 77, 92)

- o ile takie stwierdzenie pada na str. 78. w przedostatnim tiret pkt 14.2. dotyczącego kwestii wymagających poprawy, o tyle - jak to już zaznaczono powyżej - w jeszcze większym stopniu rosła efektywność recyklingu, w tym dzięki zwiększeniu w latach 2017-2021 efektywności selektywnego zbierania odpadów - o tym ostatnim mowa jest w trzecim tiret pkt 14.1. dotyczącego mocnych stron funkcjonującego systemu gospodarowania odpadami na str. 77.;

6) brak jest wystarczającej liczby recyklerów odpadów surowcowych, w tym m.in. przetwarzających odpady tworzyw sztucznych (str. 77, 79, 87, 90)

- o ile takie stwierdzenie pada w pkt 7) na str. 79 jako ostatni z problemów zidentyfikowanych w Krajowym Planie Gospodarki Odpadami 2022 [KPGO], przyjętym 1 lipca 2016 r. jako uchwała nr 88 Rady Ministrów (M.P. poz. 784), aktualnych również dla lokalnej gospodarki odpadami (i zostało powtórzone na str. 88. jako trzecie tiret w odniesieniu do problemu zidentyfikowanego w pierwszym tiret poprzedzającego wyliczania), o tyle jest to potrzeba sygnalizowana i niezaspokojona od lat, co nie stało dotychczas na przeszkodzie w osiągnięciu wymaganych poziomów recyklingu;

7) efektem przyjęcia nowych przepisów dot. obliczania poziomów recyklingu będzie obniżanie raportowanych dotychczas poziomów recyklingu; przykładowo podczas sortowania selektywnie zebranych odpadów tworzyw sztucznych w instalacji komunalnej wydziela się z nich ok. 50% frakcji nieprzydatnych do recyklingu, a dalsze sortowanie i oczyszczanie w zakładzie recyklingu powoduje wydzielenie następnych ok. 30% zanieczyszczeń; w stosunku do masy odpadów zebranych selektywnie właściwemu procesowi recyklingu poddaje się tylko ok. 40% odpadów (str. 83)

- o ile powyższe stwierdzenie jest niemal dokładnym cytatem zdania ze str. 84., zamieszczonego w ramach pkt 15.2. dotyczącego możliwości spełnienia przepisów UE, o tyle - jak to już powyżej ustalono - ta zmiana nie stała na przeszkodzie osiągnięciu wymaganego za 2021 r. poziomu recyklingu, a wręcz został on osiągnięty z większym zapasem niż poziom liczony według starych zasad za 2020 r.;

8) wymagane bardzo wysokie poziomy recyklingu odpadów komunalnych będą trudne, wręcz niemożliwe bez daleko idących zmian procesów produkcyjnych i wymuszenia na producentach stosowania coraz wyższych udziałów surowców wtórnych z recyklingu w nowych produktach (str. 87)

- o ile zdanie w dokładnie takim brzmieniu jest przedostatnim akapitem na str. 88., również zamieszczonym w ramach pkt 15.2. dotyczącym możliwości spełnienia przepisów UE, o tyle jest to generalizacja, która odnosi się do całego okresu dochodzenia do docelowego rezultatu, jakim jest osiągnięcie w 2035 r. poziomu 65%;

9) jednym z działań, jakie powinna podjąć Gmina Wrocław, jest optymalizacja systemu poboru opłat oraz zwiększenie efektywności egzekucji należności pieniężnych z tytułu opłat za gospodarowanie odpadami (str. 89)

- powyższe stwierdzenie pada na str. 90 jako szósty z siedmiu wypunktowanych w tabeli 26. najważniejszych kierunków rozwoju systemu gospodarki odpadami na terenie Wrocławia w latach 2022-2025 i dalszych do roku 2030.

Odwolujący Alba, co prawda już uprzednio wniósł na rozprawie o przeprowadzenie

dowodu z treści Analizy [OIV2], ale w zakresie węższym i w pełni pokrytym przez późniejszy wniosek Odwołującego Chemeko, więc nie wymaga to odrębnego omówienia.

Z nieco innych powodów negatywnie zweryfikować wartość dowodową zgłoszonego uprzednio na rozprawie 8 czerwca 2022 r. - tym razem na dowód trudności w osiągnięciu poziomów recyklingu, jak to wówczas podał do protokołu Odwołujący Chemeko - wyciągu z raportu pt. „Gospodarka odpadami komunalnymi w Polsce. Analiza możliwości i barier zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych, pochodzących z selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a kwestie GOZ”, ponownie autorstwa dr inż. Emilii den Boer z Instytutu Ochrony Środowiska - Państwowego Instytutu Badawczego, datowanego na 27 stycznia 2022 r. [w protokole rozprawy oznaczony jako OIII2A]. Przy czym - jak sam zreflektował się następnie Odwołujący Chemeko w swoim piśmie z 25 maja 2022 r. [do którego złożenia - jako tzw. załącznika do protokołu zastępującego dyktowanie słowo w słowo wypowiedzi pełnomocnika - został zobowiązany przez Izbę], przedstawił w istocie prezentację. Siłą rzeczy jest ona co najwyżej konspektem raportu, z którym Izba nie miała możliwości się zapoznać, co już rzutuje negatywnie na wartość dowodową tak zgłoszonego wniosku. Stąd nie już zatem większego znaczenia, że został on w tym piśmie doprecyzowany jako dotyczący slajdów o następujących tytułach: „Najważniejsze wyzwania w kontekście GOZ - zapobieganie powstawaniu OTS”, „Szacunkowy bilans ilości OTS w poszczególnych frakcjach w 2018 roku (Mg)”, „OTS zawarte w odpadach komunalnych zebrane i odebrane w 2021 roku (Mg)”, „Efektywność selektywnego zbierania OTS (%) w 2018 roku”, „Możliwości wysortowania czystych OTS z odpadów selektywnie zbieranych i zmieszanych (Mg/rok)”, „Obecna skuteczność recyklingu OTS w Polsce, straty materiału podczas recyklingu” (dwa slajdy), „Wymagane dla odpadów komunalnych. Przepisy krajowe, wdrażające wymagania Dyrektywy (2018/852)”, „Rozszerzona Odpowiedzialność

Producenta ROP”, „ROP i systemy kaucyjne”, „Wyzwania związane z wdrożeniem wymagań dotyczących OTS” (dwa slajdy), „Branża recyklingu OTS w Polsce (4). Rodzaje przetwarzanych OTS”, „Zestawienie odpadów, których recykling jest trudny lub nie jest prowadzony”, „Niezbędne kierunki działań dla intensyfikacji recyklingu OTS” (dwa slajdy), „Podsumowanie (2)”. Odwołujący być może bazował na pełnym tekście raportu, który jednak nie został złożony jako dowód, więc Izba nie jest w stanie zweryfikować choćby adekwatności treści tych slajdów w kontekście treści tych części raportu, które miały być na nich skrótowo zaprezentowane.

Niezależnie od wątpliwej wartości dowodowej oferowania Izbie prezentacji zamiast raportu (i nie abstrahując od faktu, że zawarte w nich ustalenia, wnioski i oceny mają wymiar uogólnień ogólnokrajowych, a nie odnoszących się stricte do Wrocławia), treść żadnego z wnioskowanych slajdów prezentacji, w tym - co szczególnie istotne - jej podsumowanie [cztery tiret w brzmieniu: 1. Niskie poziomy recyklingu, wynikają nie tylko z niskiego poziomu i jakości selektywnego zbierania odpadów, lecz także z braku instalacji dla niektórych polimerów. 2. W wyniku dwukrotnego sortowania - faktyczna masa OTS poddanych recyklingowi zmniejsza się o około 30-40% masy tych odpadów zebranych selektywnie. 3. Ogromnym wyzwaniem: recykling 55% masy opakowań z TS w 2030 roku, oraz 65% przygotowania do ponownego użycia i recyklingu masy wszystkich odpadów komunalnych w latach do 2035 r. 4. Wdrożenie nowego sposobu obliczania poziomów recyklingu spowoduje znaczną redukcję osiąganych dotychczas poziomów recyklingu (o ok. 30%)], nie odpowiada podkreśloną w wstępie pisma ostatniej części zdania sugerującego, że owa prezentacja dotyczy również wskazania okoliczności uniemożliwiających osiągnięcie wymaganych prawem poziomów recyklingu, gdyż żaden z tych slajdów nie zawiera wprost takiego stwierdzenia, a podsumowanie odnosi się do prognozowania trudności w osiągnięciu poziomów wymaganych w 2030 r. i później, podczas gdy umowy w sprawie niniejszych zamówień mają być zawarte w 2022 r. na okres do 28 lutego 2026 r. [patrz pkt III.4 SWZ i § 4 ust. 1 projektu umowy].

Uprzednio na rozprawie 16 maja 2022 r. Odwołujący Chemeko wniósł o przeprowadzenie dowodu z uchwały nr 57 Rady Ministrów z dnia 6 maja 2021 r. zmieniającej uchwałę w sprawie Krajowego planu gospodarki odpadami 2022 r. (M.P. poz. 509), która to zmiana polegała na wprowadzeniu do uchwały nr 88 Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2016 r. (M.P. poz. 784) nowego załącznika pn. „Ocena luki inwestycyjnej (potrzeb inwestycyjnych) w kraju w zakresie zapobiegania powstawaniu odpadów oraz gospodarowania odpadami w związku z nową unijną perspektywą finansową 2021-2027 oraz informacje o źródłach dochodów dostępnych w celu pokrycia kosztów eksploatacji i utrzymania infrastruktury do zagospodarowania odpadów”, na okoliczność istnienia luki inwestycyjnej w zakresie instalacji komunalnych, w szczególności instalacji służących do recyklingu odpadów materiałowych [OIII4].

Pomimo ogólnikowego sformułowania powyższego wniosku Izba uznała za celowe ustalenie w poniższym zakresie treści tego dokumentu:

(...)

6. Potrzeby inwestycyjne instalacji przetwarzania, w tym recyklingu, poszczególnych frakcji materiałowych

W rozdziałach 6.1-6.6 przedstawiono prognozy zapotrzebowania na wydajności instalacji do recyklingu poszczególnych frakcji surowcowych odpadów komunalnych.

6.1 Uzdatnianie i recykling szkła

Wydajność instalacji jest wystarczająca dla pokrycia obecnego zapotrzebowania, wynikającego z ilości selektywnie zbieranych odpadów szkła. Jest jednak zbyt mała dla przetworzenia prognozowanych ilości odpadów szklanych zbieranych selektywnie w ilości 1,59 mln Mg w roku 2028 i 1,74 mln Mg w roku 2034.

(...)

6.2 recykling papieru

(...)

Tabela 3. Potrzebna wydajność instalacji do recyklingu odpadów papieru i tektury:

Lp.	Wyszczególnienie (parametr)	J.m	Wartość parametru w roku		
			2018	2028	2034
(...)	U	(u)	(u)	(u)	(...)
5	Różnica między konieczną i istniejącą wydajnością instalacji do przetwarzania odpadów papieru i tektury w celu odzyskania surowca do produkcji papieru (w przypadku wartości ujemnej oznacza to lukę inwestycyjną)	tys. Mg/rok	563	-369	-980

(...)

6.3. Recykling tworzyw sztucznych

(...)

Sumaryczna ilość odpadów przetworzonych w instalacjach recyklingu odpadów tworzyw sztucznych w Polsce jest szacowana na poziomie ponad 600 tysięcy Mg w 2018 r. Przy czym należy mieć na uwadze, że odpady tworzyw sztucznych pochodzą z różnych źródeł, nie tylko ze strumienia odpadów komunalnych. Przetworzonych jest tylko część odpadów tworzyw sztucznych, wydajność instalacji recyklingu tworzyw sztucznych nie jest wystarczająca dla pokrycia obecnego zapotrzebowania, wynikającego z ilości selektywnie zbieranych odpadów tworzyw sztucznych. Jest również zbyt mała dla przetworzenia prognozowanych ilości odpadów tworzyw sztucznych zbieranych selektywnie w ilości 1,25 mln Mg w roku 2028 i 1,45 mln Mg w roku 2034.

Istnieje zatem potrzeba budowy nowych instalacji recyklingu odpadów tworzyw sztucznych (różnych rodzajów). W szczególności są to instalacje, których brakuje nie tylko w Polsce, ale i w Europie, tj. zakłady przetwarzające odpady PS, a także zakłady, które poddawałyby recyklingowi PET - tacka (opakowanie do sprzedaży owoców), PET - barwiony w masie (po produktach chemii gospodarczej), folię PP, folię HDPE. Brak jest wystarczających mocy przerobowych w zakresie recyklingu tworzyw sztucznych przy zwiększonej nadpodaży surowca i zwiększeniu jego przemieszczania wewnątrz Unii Europejskiej.

Zapotrzebowanie na inwestycje z zakresu recyklingu tworzyw sztucznych może kształtować się na poziomie ok. 0,8-1 mln Mg w latach 2028-2034, czyli 20-25 instalacji o przepustowości 40 000 Mg/rok przeznaczonych dla różnych frakcji, w tym w szczególności ok. 8-10 instalacji do recyklingu folii PE tylko ze strumienia odpadów komunalnych.

(...)

6.4 recykling metali

(...)

Obecnie jedynie około 50-60% sortowni jest wyposażonych w jakikolwiek system

automatycznego wydzielania frakcji nieżelaznej. Szacuje się, że łącznie brakuje obecnie

w krajowych instalacjach przetwarzania odpadów komunalnych ok. 250-300 separatorów metali nieżelaznych (do wydzielania metali z frakcji podsitowej i nadsitowej).

(...)

Ok. 90% odpadów aluminium opakowaniowego pozyskiwanego w Polsce przetwarza się w instalacjach hutniczych zlokalizowanych na terenie Europy, poza Polską. W celu wykorzystania surowca odzyskanego w kraju może być konieczne podjęcie działań w kierunku zainteresowania branży hutniczej tym surowcem. Dla wzmocnienia procesów

automatycznego wydzielania aluminium opakowaniowego są niezbędne inwestycje

w zakresie doposażenia instalacji w systemy automatycznego wydzielania.

(...)

Infrastruktura w zakresie wydzielania i zagospodarowania metali żelaznych z odpadów

komunalnych jest wystarczająca pod względem technicznym, technologicznym,

jak i surowcowym. Każda instalacja sortowania odpadów komunalnych zawiera przynajmniej jeden separator elektromagnetyczny, a wydzielony złom metali jest kierowany do przetworzenia w hutach żelaza i stali w kraju i za granicą. Aktualnie nie diagnozuje się potrzeb w zakresie zwiększania mocy przerobowych instalacji do przetwarzania metali

żelaznych, niemniej jednak nie wyklucza się możliwości modernizacji istniejących zakładów, w celu zapewnienia wysokiej jakości recyklingu.

6.5 Recykling odpadów wielomateriałowych

Łączne moce przerobowe instalacji do przetwarzania odpadów wielomateriałowych wynoszą obecnie ok. 26 tys. Mg, a braki mocy oceniane są na 50 tys. Mg rocznie.

Niezbędna wydajność instalacji do sortowania odpadów wielomateriałowych w 2028 r. powinna wynosić ok. 424 tys. Mg/rok, a w 2034 r. ok. 456 tys. Mg/rok. Sortowanie odpadów opakowaniowych wielomateriałowych będzie realizowane w ramach sortowni odpadów zmieszanych i selektywnie zbieranych (w tym odpadów z tzw. żółtego worka: tworzywa sztuczne, metale, odpady wielomateriałowe), stanowiących część instalacji komunalnych, które zostaną poddane rozbudowie.

(...)

Reasumując, spośród pięciu przeanalizowanych frakcji materiałowych w okresie realizacji niniejszych zamówień prognozowana w skali kraju luka inwestycyjna dotyczy: tworzyw sztucznych (w bliżej niesprecyzowanym wymiarze), odpadów wielomateriałowych i metali nieżelaznych. Natomiast w odniesieniu do szkła, papieru i tektury oraz metali żelaznych w okresie do 2026 r. wydajność istniejących instalacji oceniona została jako wystarczająca dla prognozowanej wielkości strumienia odpadów tych frakcji. Sytuacja nie przedstawia się zatem tak źle, jak to sugerował Odwołujący Chemeko.

Nic nie wnoszą dla rozpoznawanych spraw: datowany na 21 marca 2022 r. artykuł z Gazety Prawnej pt. „Projekt o rozszerzonej odpowiedzialności producenta może pójść do kosza” [OIII3] oraz datowany na 4 czerwca 2022 r. artykuł z serwisu internetowego forsal.pl pt. „Branża krytykuje kaucję na puszki. To 600 mln zł strat dla sortowni odpadów.” [OIV22]. Skoro sami Odwołujący podnoszą, że wobec zarzucania przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska prac na kolejnych wersjach projektów, nie wiadomo, w jakim ostatecznie kształcie zostaną przyjęte te przepisy, tym bardziej nie wiadomo, jaki będzie miało to wpływ na realizację niniejszych zamówień.

Rygorystyczne wymagania funkcjonujących na rynku przedsiębiorców zajmujących się recyklingiem odpadów (tzw. recyklerów) stanowią kolejną okoliczność podnoszoną jako istotna przez Odwołującego Chemeko dla uzasadnienia domagania się obniżenia kary umownej za nieosiągnięcie tych poziomów. Obszerne wywody zawarte w odwołaniach odnośnie szczegółowych parametrów odpadów poszczególnych frakcji zostały dodatkowo poparte złożeniem na rozprawie pism lub warunków umów pochodzących od następujących przedsiębiorców zajmujących się recyklingiem: 1) Krynicki Recykling S.A. z siedzibą w Olsztynie - stłuczki szklanej [OIII7], 2) Stena Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - odpadów opakowaniowych [OIII8], 3) Stora Enso Poland S.A. z siedzibą w Ostrołęce - makulatury [OIII9], 4) Remondis Glass Recykling Polska sp. z o.o. z siedzibą w Pile (zakłady w Pile i Gliwicach) - opakowań szklanych [OIII10], 5) Konkret - folie [OIII11], 6) Pfeleiderer

Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - drewna poużytkowego [OIII12], 7) Silva Recykling - trocin, wiór, ścinek, płyt wiórowych, forniru, drewnianych opakowań, sklejk, płyt OSB, drewna porożbiorkowego, mebli z drewna litego oraz płyta wiórowych [OIII13], 8) Hamburger Recykling - Polska sp. z o.o. z siedzibą w Opolu - makulatury [OIII14]. W tym samym celu została złożona również prezentacja zdjęciowa przygotowana przez PRT

sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku [OIII18] oraz korespondencja mailowa z pracownikiem tego przedsiębiorcy [OIII19], dotyczące niepożądanych przez tego recyklera przykładów odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych.

Ponadto dla wykazania trudności w osiągnięciu poziomów recyklingu Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

- zawartości reprezentatywnego według jego doświadczenia żółtego worka na odpady plastikowe i metalowe w postaci jej spisu [OIII5A] i dokumentacji zdjęciowej [OIII5B], a także uproszczonego schematu zagospodarowania tych odpadów [OIII5C] - podkreślając, że wiele spośród nawet selektywnie zbieranych odpadów faktycznie nie jest poddawane recyklingowi (patrz wyszczególnienie we wspomnianym spisie zawartości żółtego worka).
- dokumentacji zdjęciowej dotyczącej zawartości reprezentatywnego według jego doświadczenia zielonego worka na odpady szklane [OIII6A] oraz uproszczonego schematu zagospodarowania tych odpadów [OIII6B].

Wbrew temu, co twierdził Odwołujący Chemeko - zarówno zgłaszając te wnioski dowodowe na rozprawie, jak i w piśmie procesowym z 25 maja 2022 r. - powyższe środki dowodowe nie mogą być uznane za przydatne nie tylko dla wykazania, ale nawet do prognozowania, czy i w jakim konkretnie stopniu możliwe będzie osiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu obowiązujących w okresie realizacji niniejszych zamówień. Przy czym nie buduje wiarygodności Odwołującego sytuacja, w której na rozprawie imputuje jakoby butelki po popularnym napoju „Kubuś” były trudne do recyklingu z uwagi na trudną do usunięcia termokurczliwą etykietę, w dodatku wykonaną z tworzywa, które nie dość, że nie nadaje się do przetworzenia, to może jeszcze zanieczyścić tworzywo PET, z którego wykonana jest sama butelka - podczas gdy doświadczenie życiowe wskazuje, że aktualnie etykiety z butelek tego napoju nie tylko są łatwe do usunięcia (wystarczy je naciąć i zerwać), ale wykonane są z polipropylenu, dzięki czemu do recyklingu nadaje się zarówno sama butelka, jak i jej etykieta.

Nie wzmocniła również w oczach Izby wiarygodności Odwołującego Chemeko jego taktyka procesowa, polegająca na objęciu w całości tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych na rozprawie: wydruku korespondencji mailowej w sprawie podstawienia pojemników na jednej z tzw. nieruchomości niezamieszkałych [OIII21A], wydruku danych zadeklarowanych przez tego przedsiębiorcę co do potrzebnych mu pojemników i częstotliwości ich opróżniania [OIII21B] oraz tabeli obrazującej udział poszczególnych frakcji odpadów po zapełnieniu tych pojemników [OIII21C] - bez przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia, które choćby uwiarygodniałoby taki charakter zawartych tam informacji, korzystając z tego, że na tym etapie postępowań w sprawie niniejszych zamówień konkurenci nie są zainteresowani kwestionowaniem tak zgłoszonych wniosków dowodowych.

W intencji Odwołującego powyższy wniosek dowodowy zmierzał do wykazania, że nie najlepsze praktyki właścicieli lub mieszkańców nieruchomości w zakresie selektywnej zbiórki odpadów (w tym przypadku wagowo stosunek odpadów zebranych selektywnie do odpadów zamieszanych miał się jak 80 do 20) również staną na przeszkodzie osiągnięciu wymaganych przepisami w okresie wykonywania niniejszych zamówień poziomów recyklingu.

W podobnym kierunku zmierzały wnioski Odwołującego Alby o przeprowadzenie dowodów z:

- dwóch przykładowych zgłoszeń dotyczących nieruchomości niezamieszkałych z obsługiwanego aktualnie sektora: szkoły [OIV3] i lokalu placówki InPostu [OIV4], z których wynika przekroczenie określonego w § 5 regulaminu określonego na 45% objętościowo udziału odpadów zmieszanych;
- tabelarycznego zestawienia dotyczącego wybranych domów studenckich Uniwersytetu Wrocławskiego, z którego wynika, że udział odpadów zmieszanych waha się od 72 do 78% objętości całego strumienia odpadów z tych nieruchomości [OIV5]

Powyższe przykłady - abstrahując od tego, że zostały zakwestionowane przez Zamawiającego jako tendencyjne i niewskazujące na naruszenie regulaminu - choć dla zwiększenia siły ich perswazji prezentowane przez Odwołujących jako reprezentatywne dla obrazu całości, mogą co najwyżej odzwierciedlać pewien wycinek o wiele bardziej złożonej i zróżnicowanej rzeczywistości gminnej gospodarki odpadami, stąd jako dobre pod założoną tezę nie wnoszą nic istotnego dla rozpatrywanych zarzutów. Tym bardziej nieprzekonująca jest próba powiązania z tymi środkami dowodowymi kolejnego uogólnienia, które nie tylko bezpośrednio, ale nawet pośrednio nie może być z nich wyprowadzone, a sprowadzającego się do tezy, że Zamawiający nie jest zainteresowany egzekwowaniem

obowiązującego na terenie Gminy Wrocław regulaminu co do spełnienia obowiązku selektywnej zbiórki przez właścicieli lub zarządców nieruchomości niezamieszkałych.

Odwołujący Chemeko w ramach uzasadnienia zarzutu zawartego w odwołaniach wiele miejsca poświęcił na deprecjonowanie faktycznych możliwości osiągnięcia przez wykonawców niniejszych zamówień wymaganych poziomów recyklingu z uwagi na zbyt duży, jego zdaniem, udział w strumieniu odpadów wytwarzanych na terenie Wrocławia odpadów zmieszanych. Odwołujący postawił wręcz tezę, że wysortowanie z tych ostatnich materiałów nadających się do recyklingu może mieć znikomy wpływ na podwyższenie osiąganych poziomów recyklingu. Argumentacja odwołania nie jest jednak w tym zakresie spójna i logiczna, a tam, gdzie dyktuje to taktyka procesowa - niekonkretna. O ile w jednym miejscu Odwołujący podał, że średnio szacuje zdolność instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania (MBP) do wysortowania surowców wtórnych z odpadów zmieszanych na 12-14%, o tyle dalej de facto pośrednio potwierdził możliwość znaczącej (choć bliżej niesprecyzowanej) poprawy w tym zakresie.

Z kolei Odwołujący Alba wniósł na rozprawie o przeprowadzenie dowodu z opracowanej przez niego, odrębnie dla każdego z czterech sektorów, tabeli, w której podane w ramach opisu przedmiotu zamówienia, łączna i w podziale na frakcje waga odpadów i procentowy udział poszczególnych frakcji w całości strumienia posłużyły jako dane wejściowe do symulacji, z której wynika, że efektywność recyklingu materiałów wysortowanych z odpadów zmieszanych - aby udało się osiągnąć wymagany w 2025 r. 55% poziom recyklingu, przy założeniu dla frakcji selektywnie zebranych 100% efektywności recyklingu - musiałaby się wahać w przedziale od 9% dla sektora IV, przez 21% dla sektora II i 22% dla sektora III, aż do 25% dla sektora [OIV1]. Jednocześnie Odwołujący Alba zgłosił dowody dla wykazania, że nawet w przypadku selektywnie zbieranych odpadów, pomimo wstępnego ich doczyszczania przez wykonawcę odbierającego odpady we własnej sortowni odpadów, po przekazaniu ich do właściwej specjalistycznej instalacji maksymalnie osiągnane jest w przypadku: 1) opakowań z tworzyw sztucznych - 80% (tzn. 20% zostało uznane za zanieczyszczenia) [OIV6], 2) szkła, które spośród frakcji odpadów zbieranych selektywnie jest najłatwiejsze do recyklingu - 85% (tzn. 15% zostało uznane przez recyklera za zanieczyszczenia) [OIV7].

O ile tak wykazywane okoliczności nie były przedmiotem sporu, o tyle niewiele wnoszą one w odniesieniu do ustalenia obiektywnie możliwej do osiągnięcia efektywności przetwarzania odpadów zmieszanych. Przy czym przyjmowanie przez Albę, w pierw-
w założenia 100% efektywności recyklingu frakcji odpadów zebranych selektywnie, a następnie dowodzenie, że nie jest to możliwe, czyni stanowisko jego stanowisko niespójnym i nieczytelnym. Nic nie stało przeciw na przeszkodzie temu, aby Odwołujący uwzględnił w ramach symulacji taki poziom efektywności recyklingu frakcji odpadów zebranych selektywnie, jaki uważa za realny w oparciu o posiadane wiedzę i doświadczenie.

Skoro Odwołujący nie byli zainteresowani sprecyzowaniem możliwej do osiągnięcia według najlepszych dostępnych na rynku technologii efektywności recyklingu materiałów wysortowanych z odpadów zmieszanych, nie mogą oczekiwać, aby Izba dała wiarę nieudowodnionemu, ogólnikowemu i nielogicznemu twierdzeniu, jakoby nawet znaczne zwiększenie tej efektywności nie będzie istotne dla osiągnięcia wymaganych w okresie realizacji niniejszych zamówień poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia.

Natomiast Odwołujący dużo uwagi w toku rozprawy, na kanwie okoliczności podnoszonych obszernie w odwołaniach Chemeko, poświęcili na zgłaszanie szeregu zastrzeżeń w stosunku do działań (a właściwie ich zaniechania) Zamawiającego jako organizatora gospodarki odpadami komunalnymi wytwarzanymi na jego terenie - począwszy od nieobjęcia w uchwalonym regulaminie utrzymania czystości i porządku obowiązkiem selektywnego zbierania i odbierania większej liczby frakcji niż jest to minimalnie wymagane przepisami, przez nieegzekwowanie przestrzegania obowiązujących uregulowań regulaminu w drodze nakładania na właścicieli lub zarządców nieruchomości kar administracyjnych, aż do ograniczenia działań edukacyjnych odnośnie znaczenia selektywnej zbiórki odpadów.

Jednocześnie Odwołujący jako przedsiębiorcy od lat zawodowo trudniący się prowadzeniem działalności gospodarczej w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym na rzecz Zamawiającego, czyli - jak należy zakładać - osiągający zysk z tej działalności, nie byli zainteresowani na etapie wnoszenia odwołań wskazywaniem przedsięwzięć, w tym inwestycyjnych, które zrealizowali lub mogli zrealizować przy dołożeniu należytej staranności, mając świadomość co do obowiązujących dotychczas warunków umów w sprawie zamówień publicznych, w celu podwyższenia osiąganych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych. Wątek ten został podjęty dopiero na rozprawie, w reakcji na treść odpowiedzi na odwołania i zgłoszone przez Zamawiającego wnioski dowodowe.

Zamawiający, broniąc się przez takimi zarzutami Odwołujących, wniósł bowiem

w toku rozprawy o przeprowadzenie dowodów z:

- 1) wyciągu z załącznika nr 1 do „Wojewódzkiego planu gospodarki odpadami dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2016-2022” - Planu inwestycyjnego” w zakresie inwestycji planowanych przez Chemeko i Albę - stwierdzając, że choć przewidywany okres realizacji w większości przypadków już upłynął, żadna z tych inwestycji nie została zrealizowana [Z1];
- 2) wyciągu z „Analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2014...” (str. 67.-74. z podkreśleniami własnymi istotnych kwestii) - na dowód, że Zamawiający już wtedy wskazywał, jakie będą konieczne działania w związku z sukcesywnie ostrzejszymi wymaganiami co do poziomów recyklingu [Z2];
- 3) tabeli obrazującej liczbę formalnych zgłoszeń wykonawców niedopełnienia przez mieszkańców obowiązku selektywnej zbiórki obowiązku w każdym z sektorów - na dowód niewielkiej skali tych nieprawidłowości [Z3];
- 4) danych z raportów dotyczących analizy morfologicznej odpadów zmieszanych odebranych pod kodem 20 03 01 w marcu i kwietniu 2022 r. - na dowód, że wysortowane z nich główne frakcje odpadów, które powinny być zbierane w pojemnikach do selektywnej zbiórki (tj. odpady kuchenne, odpady zielone, papier i tektura, opakowania wielomateriałowe, tworzywa sztuczne, szkło oraz metale (żelazne i nieżelazne) stanowiły aż 74,9% (w marcu) i 84,1% (w kwietniu) składu morfologicznego tych odpadów [Z4].
- 5) informacji o przeprowadzonych przez Ekosystem w latach 2019-2021 warsztatach edukacyjnych dla łącznie niespełna 30 tys. dzieci w wieku szkolnym [Z5]
- 6) informacji o planowanych na lata 2023-2026 działaniach edukacyjnych w zakresie edukacji ekologicznej, zarówno przez wykonawców umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów, jak i przez Ekosystem [Z6];
- 7) wyciągu z „Analizy gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Wrocław za rok 2020...” (str. 75.-79., 84.-85., rys. nr 11 z podkreśleniami własnymi istotnych kwestii) w kontekście konsekwentnego zwracania w nim uwagi na działania konieczne dla zapewnienia odpowiedniego poziomu recyklingu, a także (patrz rys. nr 11) rosnącego udziału odpadów selektywnie zbieranych, przy jednoczesnym spadającym udziale odpadów zmieszanych.

Na rozprawie rozgorzała pomiędzy stronami polemika co do tego, czy dotychczas przeprowadzane i planowane w okresie realizacji niniejszych zamówień działania edukacyjne były i są wystarczające, a także co do tego, czy Zamawiający w wystarczającym stopniu korzysta z administracyjnoprawnych możliwości dyscyplinowania wytwórców odpadów, o tyle ma drugorzędne znaczenie dla rozpoznawanych spraw, o ile przedmiotem zarzutów i żądań zawartych w odwołaniach nie jest wprowadzenie do warunków umowy zwiększenia skali tych działań w ramach współdziałania stron umów przy wykonywaniu niniejszych zamówień. Ponieważ odwołania nie zawierają takich zarzutów i żądań, nie ma potrzeby czynienia w tym zakresie ustaleń, które rozstrzygnęły tę polemikę.

Ponieważ ani Zamawiający, ani Odwołujący nie przedstawili odrębnych dowodów na poparcie swoich częściowo sprzecznych twierdzeń co do tego, czy i które z planowanych przez Chemeko i Albę inwestycji zgłoszonych przez nich do wspomnianego powyżej planu inwestycyjnego, kwestię tę należało rozstrzygnąć w oparciu o inne zgłoszone środki dowodowe.

I tak Analiza za 2014 r. w pkt 12. Kierunki rozwoju na najbliższe lata oraz potrzeby inwestycyjne związane z gospodarowaniem odpadami komunalnymi zawiera na str. 67. następujące stwierdzenia:

(....)

Regionalne instalacje działające obecnie w regionie, do których dostarczane są odpady zmieszane z Wrocławia, nie zapewniają odzysku surowców do recyklingu z odpadów zmieszanych. Działania takie są prowadzone, jednak ich skala, tzn. ilość surowców wydzielonych ze zmieszanych odpadów, nie przekracza 3% początkowej masy odpadów zmieszanych. Istniejące instalacje wymagają doposażenia w urządzenia w urządzenia automatycznego i manualnego sortowania, aby w przyszłości móc uzyskać lepsze wyniki. To działanie należy traktować jako uzupełniające w stosunku do poprawy efektów selektywnego zbierania, jednak prawdopodobnie niezbędne już w 2018 roku, od którego wymagane poziomy recyklingu dla Gminy gwałtownie wzrastają.

W związku z tym:

(...)

- w kolejnych latach konieczna będzie intensyfikacja procesów sortowania i wydzielania surowców z odpadów zmieszanych,

(.)

- nie wszystkie odpady selektywnie zebrane trafiły do recyklingu. Zwłaszcza w przypadku tworzyw sztucznych konieczna jest poprawa w tym zakresie,
- dla osiągnięcia celów na lata 2018-2020 konieczne będzie zobowiązanie operatorów RIPOK do osiągnięcia konkretnych celów ilościowych w zakresie wydzielania surowców z odpadów zmieszanych, (.)

Powyższe należy skonfrontować z następującymi fragmentami Analizy za 2020 r.:
Biorąc pod uwagę kolejne wyzwania, a zwłaszcza osiągnięcie do 2025 roku 55% recyklingu całej masy odpadów komunalnych, niezbędne jest podejmowanie dalszych działań, w tym zakresie, m.in.:

(...)

- w kolejnych latach konieczna będzie intensyfikacja procesów sortowania odpadów selektywnie zbieranych i wydzielania surowców z odpadów zmieszanych (plany modernizacji instalacji komunalnych przez ich zarządców nie zostały dotychczas zrealizowane),

(...)

Dla zapewnienia dalszego wzrostu osiągniętego w 2020 roku wysokiego poziomu recyklingu konieczne jest łączenie selektywnego zbierania i sortowania odpadów surowcowych i bioodpadów z efektywnym sortowaniem zmieszanych odpadów komunalnych w instalacjach komunalnych, tak, aby łącznie mógł zostać spełniony wymagany poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia. Instalacje MBP odbierające odpady z Gminy Wrocław w dalszym ciągu nie posiadają zaawansowanych linii wydzielania surowców do recyklingu, gdyż ich głównym celem w części mechanicznej było dotychczas wydzielenie frakcji palnych do produkcji paliwa z odpadów. Zwracano na to uwagę już w poprzednich analizach stanu gospodarki odpadami komunalnymi we Wrocławiu. Instalacje te wymagają doposażenia w dodatkowe urządzenia służące wydzielaniu surowców (zautomatyzowane sortowanie frakcji grubej nadsitowej w połączeniu z ręcznym doczyszczaniem wydzielonych frakcji). Tym niemniej jednak, z uwagi na wyższą jakość selektywnie zbieranych surowców w stosunku do surowców mechanicznie wydzielanych ze zmieszanych odpadów, należy dążyć do osiągnięcia jak najwyższego poziomu selektywnego zbierania. Konieczna jest także budowa nowych instalacji do automatycznego sortowania odpadów zbieranych selektywnie, zwłaszcza zmieszanych odpadów opakowaniowych i papieru, gdyż dotychczasowe są niewystarczające do tego celu. [str. 77.]

(...)

Wśród planowanych przedsięwzięć inwestycyjnych na terenie byłego Regionu Północno-Centralnego, znalazły się m.in. poniższe zadania przewidziane na terenie Gminy Wrocław:

- 7 PSZOKów,
- rozbudowa/modernizacja 3 sortowni odpadów zbieranych selektywnie (oraz 3 poza obszarem Gminy),
- budowa 4 nowych sortowni do doczyszczania odpadów zbieranych selektywnie (oraz 2 poza obszarem Gminy),
- modernizacja kompostowni odpadów zielonych (i jednej poza obszarem Gminy),
- modernizacja trzech instalacji MBP poza obszarem Gminy,
- budowa instalacji do recyklingu odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych,
- budowa 5 instalacji do przetwarzania odpadów wielkogabarytowych,
- budowa 2 instalacji depolimeryzacji odpadów tworzyw sztucznych,

- budowa 2 instalacji termicznego przetwarzania odpadów,
- modernizacja/rozbudowa 2 składowisk odpadów,
- budowa, rozbudowa/modernizacja 7 instalacji do odzysku, w tym recyklingu odpadów z budowy i rozbiórki (oraz 4 poza obszarem Gminy).

Spośród wszystkich planowanych przedsięwzięć, zrealizowano tylko budowę nowej kwatery

składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, zlokalizowanego na terenie ZZO w Rudnej Wielkiej. [str. 78.-79.]

Ponadto Analiza za 2021 r. zawiera analogiczne ustalenia i wnioski, z tą różnicą, że poczynione w kontekście zaktualizowanego adekwatnie do zmiany przepisów wyzwania, jakim jest osiągnięcie do 2025 r. 55% wskaźnika recyklingu całej masy odpadów komunalnych.

Z powyższych dowodów wynika zatem, że każdy wykonawca zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówień na obiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w ramach systemu gospodarowania organizowanego przez Zamawiającego co najmniej od 2014 r. mógł i powinien wiedzieć, jakie przedsięwzięcia inwestycyjne należy podjąć, aby zapewnić osiągnięcie kolejnych, coraz bardziej wyśrubowanych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia. W szczególności Odwołujący, którzy zgłosili w tym zakresie szereg przedsięwzięć do planu inwestycyjnego, a następnie w przeważającej mierze ich nie zrealizowali, nie mogą oczekiwać, że zostanie to poczytane jako argument na ich korzyść w rozpoznawanych sprawach.

Reasumując, nie zostało wykazane przez Odwołujących, że z uwagi na ustalone powyżej uwarunkowania faktyczne (w szczególności dotyczące skali i jakości selektywnej zbiórki przez mieszkańców, przepustowości, technologii i wymagań stosowanych przez istniejące instalacje przetwarzania odpadów) i prawne (w szczególności dotyczące sposobu określenia poziomów recyklingu, braku uregulowania odpowiedzialności za produkt i systemu kaucyjnego) na terenie sektorów objętych niniejszymi zamówieniami obiektywnie niemożliwe jest osiągnięcie przez wykonawców wynikających z obowiązujących przepisów i odzwierciedlonych w warunkach umów w sprawie tych zamówień poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu.

Odwołujący, którzy doskonale są zorientowani w powyższych uwarunkowaniach, adekwatnie do posiadanej wiedzy, doświadczenia oraz potencjału mogą i powinni na podstawie tych informacji zdecydować zarówno o tym, czy gotowi są ubiegać się o udzielenie tych zamówień na warunkach określonych przez Zamawiającego, a jeżeli tak, w jakiej wysokości określić cenę oferty.

Niezależnie od powyższego należy podzielić stanowisko Zamawiającego co do nieadekwatności podnoszenia tych samych okoliczności, które w poprzednich postępowaniach odwoławczych miały służyć wykazaniu zasadności domagania się nieobarczenia w ogóle wykonawcy zamówienia odpowiedzialnością cywilnoprawną za osiągnięcie określonych poziomów recyklingu, w kontekście zgłoszonego w niniejszych sprawach żądania obniżenia o połowę kar umownych zastrzeżonych na wypadek nieosiągnięcia tego rezultatu, za który odpowiedzialność wykonawcy co do zasady nie jest już kwestionowana.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołań są niezasadne.

Zarzuty wypunktowane w petitum odwołań wskazują nie tylko na naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, ale także Kodeksu cywilnego i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przy czym z każdego z tych aktów prawnych wymieniono większą liczbę przepisów, a kolejno wymienione przepisy zostały określone jako pozostające w związku, co tworzy - szczególnie w przypadku odwołań Chemeko - zawiły i nieprzejrzysty konstrukt, gdyż z wyjątkiem przepisów wymienionych obok siebie nie do końca jest jasne, czy dany przepis pozostaje też w związku z innymi przepisami, a jeżeli tak - z którymi i dlaczego, oraz jak te zależności przebiegają pomiędzy przepisami różnych aktów prawnych. Sytuacji nie ułatwia językowe sformułowanie zarzutu, nie tylko ze względu na liczne powtórzenia, niespójność stylistyczną i błędy gramatyczne. O ile bardzo łatwo jest wymienić dowolną liczbę przepisów z różnych aktów prawnych i wstawić pomiędzy sąsiadujące przepisy zwrot „w zw.”, o tyle skonstruowanie na ich podstawie spójnej

i logicznej normy prawnej, z jednoznacznym wyodrębnieniem hipotezy i dyspozycji, okazało się w tym przypadku niewykonalne. Zaznaczyć przy tym należy, że sposób zaprezentowania tych zarzutów na wstępie niniejszego uzasadnienia nie jest prostym powieleniem treści listy zarzutów, która została poddana takiemu przeredagowaniu, aby zwiększyć jej przejrzystość i uczynić wypowiedź bardziej zrozumiałą, ale bez znaczącej ingerencji w jej sens. Pomimo przeprowadzenia tych zabiegów celowe jest wymienienie i przytoczenie treści przepisów składających się na dany zarzut, z zachowaniem ich kolejności wynikającej z odwołań. Skoro nie wszystkie przepisy wskazywane jako naruszone w ramach danego zarzutu pozostają ze sobą w takim związku, jak chcieliby Odwołujący, konieczne jest odniesienie się do poszczególnych przepisów, ewentualnie takich ich powiązań, które były możliwe do zrekonstruowania na podstawie treści odwołań. Pozwoli to na zachowanie przejrzystości wyводу, a jednocześnie - dzięki uwzględnieniu okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniach odwołań [w tym celu przytoczono je powyżej praktycznie w całości] - nie powinno wpłynąć negatywnie na kompleksowość rozpoznania zarzutów.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Chemeko przepisami ustawy pzp:

1. Art. 433 pkt 2 - projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania

kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

2. Art. 431 - zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

3. Art. 16 pkt 1 i 3 - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie; proporcjonalny.

4. Art. 17 ust. 1 - zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Chemeko przepisami kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp na zasadzie jej art. 8 ust. 1 (który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

1. Art. 58 § 1 - czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

2. Art. 58 § 2 - nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

3. Art. 58 § 3 - jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

4. Art. 353¹ - 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.

5. Art. 471 - dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

6. Art. 483 § 1 - można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

7. Art. 484 § 1 - w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara

umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

8. Art. 484 § 2 - jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

9. Art. 473 § 1 - dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

10. Art. 473 § 2 - nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Chemeko przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp i Kodeksu cywilnego:

1. Art. 3b ust. 1 - gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej: 1) 20% wagowo -

za rok 2021; 2) 25% wagowo - za rok 2022; 3) 35% wagowo - za rok 2023; 4) 45% wagowo - za rok 2024; 5) 55% wagowo - za rok 2025; 6) 56% wagowo - za rok 2026; 7) 57% wagowo - za rok 2027; 8) 58% wagowo - za rok 2028; 9) 59% wagowo - za rok 2029; 10) 60% wagowo - za rok 2030; 11) 61% wagowo - za rok 2031; 12) 62% wagowo - za rok 2032; 13) 63% wagowo - za rok 2033; 14) 64% wagowo - za rok 2034; 15) 65% wagowo - za rok 2035 i za każdy kolejny rok.

2. Art. 3b ust. 1a - poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

3. Art. 3b ust. 1b - przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

4. Art. 3b ust. 3 - minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania osiągnięcia tych poziomów przez każdą gminę oraz przepisami Unii Europejskiej określającymi sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi.

5. Art. 9z ust. 2a pkt 1 - gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b - podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Alby przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 1 - przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Art. 99 ust. 4 - przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

3. Art. 16 - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Alby przepisami kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp na zasadzie jej art. 8 ust. 1 (który stanowi, że do czynności podejmowanych przez

zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

1. Art. 5 - nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
2. Art. 353¹ - strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.
3. Art. 487 § 2 - umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.
4. Art. 483 § 2 - dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Alby przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp i Kodeksu cywilnego:

1. Art. 3b ust. 1 - gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej: 1) 20% wagowo - za rok 2021; 2) 25% wagowo - za rok 2022; 3) 35% wagowo - za rok 2023; 4) 45% wagowo - za rok 2024; 5) 55% wagowo - za rok 2025; 6) 56% wagowo - za rok 2026; 7) 57% wagowo - za rok 2027; 8) 58% wagowo - za rok 2028; 9) 59% wagowo - za rok 2029; 10) 60% wagowo - za rok 2030; 11) 61% wagowo - za rok 2031; 12) 62% wagowo - za rok 2032; 13) 63% wagowo - za rok 2033; 14) 64% wagowo - za rok 2034; 15) 65% wagowo - za rok 2035 i za każdy kolejny rok.
2. Art. 3b ust. 1a - poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.
3. Art. 3b ust. 1b - przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpady budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.
4. Art. 3b ust. 3 - minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania osiągnięcia tych poziomów przez każdą gminę oraz przepisami Unii Europejskiej określającymi sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi.

W pierwszej kolejności wypada ocenić wskazanie na wstępie odwołań Alby na naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 pzp, czyli przepisów określających zasady opisu przedmiotu zamówienia, jako nieadekwatne w kontekście kwestionowania obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością za osiągnięcie określonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, w tym oderwane od okoliczności wskazanych następnie w ramach uzasadnienia tego zarzutu. Art. 99 ust. 1 pzp pojawia się również na zasadzie deus ex machina pod koniec uzasadnienia zarzutu odwołań Chemeko.

Odwołujący Chemeko w uzasadnieniach odwołań wskazał dodatkowo na art. 750 kc, jako przepis kształtujący naturę umowy o świadczenie usług w taki sposób, że obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za osiągnięcie poziomów recyklingu jest z nią sprzeczne, a w konsekwencji wykracza poza tę granicę swobody umów, o której mowa w art. 353¹ kc. Jednakże Odwołujący nie pokusił się o objaśnienie, na czym miałyby polegać taka natura tego stosunku prawnego, a treść art. 750 kc ogranicza się do ustanowienia odestania, według którego do umów o świadczenie usług nieuregulowanych innymi przepisami stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Nawet jeżeli można domyślić się, że tak zarysowana argumentacja nawiązuje do jednego z klasycznych cywilistycznych podziałów umów na zobowiązania rezultatu i zobowiązania starannego działania, umknęło uwadze Odwołującego, że ustawa pzp zawiera szereg przepisów regulujących umowy w sprawie

zamówień publicznych w sposób odrębny niż umowy stypizowane w Kodeksie cywilnym (tzw. umowy nazwane).

I tak w art. 7 ustawy pzp zdefiniowano w szczególności: w pkt 32 zamówienie - jako umowę odpłatną zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług; w pkt 21 roboty budowlane - jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, (.), lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego z pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego; w pkt 4) dostawy - jako nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy, leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację; w pkt 2 usługi - jako wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami.

W konsekwencji o ile zobowiązanie wykonawcy umowy w sprawie zamówienia na roboty budowlane czy dostawy rzeczywiście należałoby zaklasyfikować jako zobowiązanie do osiągnięcia określonego w danej umowie rezultatu, o tyle - choćby z uwagi na dopełniający charakter ostatniej z przywołanych definicji - również z umowy w sprawie zamówienia na usługi może wynikać zobowiązanie o takim charakterze. Według innego tradycyjnego cywilistycznego podziału świadczenie dłużnika może bowiem polegać na czynieniu czegoś - co jest domeną zobowiązań starannego działania, ale także na nieczynieniu (w tym zaprzestaniu) czegoś, znoszeniu czegoś, a przede wszystkim na daniu czegoś - co z kolei jest właściwe dla zobowiązań rezultatu.

Reasumując, skoro już na poziomie definicyjnym umowa w sprawie zamówienia na usługę może dotyczyć każdego rodzaju świadczenia, w zależności od ukształtowania jej warunków przez zamawiającego może ona przybrać postać każdego z tych rodzajów zobowiązań, a także może mieć mieszany charakter. W konsekwencji natura prawna umowy w sprawie zamówienia na usługi per se nie stoi na przeszkodzie, aby wynikało z niej zobowiązanie wykonawcy do osiągnięcia określonego przepisami ustawy ucpg rezultatu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Z kolei pomimo wskazania w petitum odwołań Alby na naruszenie art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego, z uzasadnienia odwołania nie wynika, czy i z jakiego powodu kwestionowany jest wzajemny charakter umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego w SWZ. Zarzut naruszenia tego przepisu nie został zatem de facto postawiony.

Natomiast Odwołujący Chemeko usilnie stara się wpleść w sformułowany przez siebie zarzut naruszenia zarówno art. 431 ustawy pzp, jak i art. 354 Kodeksu cywilnego, nie dostrzegając, że o ile przepisy te można uznać za wzajemnie uzupełniające się (choć należałoby zastanowić się, czy ten pierwszy nie jest zbędny), o tyle oba zawierają regulację dotyczącą współdziałania stron umowy na etapie jej wykonywania, a nie kształtowania postanowień umowy, która dopiero ma być zawarta. Stąd wskazywanie na te przepisy w niniejszych sprawach, dotyczących odwołań wobec warunków, na których mają być zawarte umowy w sprawie tych zamówień, jest bezprzedmiotowe i ma charakter wyłącznie perswazyjny.

Izba zważyła następnie, że zgodnie z art. 6c ust. 1 ucpg gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Dodatkowo - jak stanowi art. 6c ust. 2 ucpg - rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których mieszkańcy zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Z kolei z art. 6d ust. 1 ucpg wynika, że realizacja powyższego obowiązku musi polegać na udzieleniu zamówienia publicznego albo na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, albo zarówno na odbieranie, jak i zagospodarowanie tych odpadów. Przy czym z art. 6c ust. 2a ucpg wynika dodatkowo, że dla zorganizowania odbierania takich odpadów od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych obligatoryjny jest tryb przetargu zorganizowanego na podstawie przepisów ustawy pzp. Jednocześnie treść przywołanego powyżej art. 3b ust.

1 ucpg prowadzi do wniosku, że wymaganym rezultatem zorganizowanego w ten sposób przez gminę gospodarowania odpadami komunalnymi ma być osiągnięcie w kolejnych latach kalendarzowych wskazanych w tym przepisie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu tych odpadów, pod rygorem nałożenia na gminę kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2a pkt 1 ucpg, w wysokości obliczonej w sposób określony w art. 9x ust. 3 ucpg, tj. w uproszczeniu adekwatnie do stopnia nieosiągnięcia obowiązującego w danym roku poziomu. Przy czym w przypadku nieruchomości niezamieszkałych nieobjętych systemem odbierania odpadów komunalnych zorganizowanego przez gminę analogicznie wyliczane kary pieniężne obciążają już z mocy prawa bezpośrednio przedsiębiorcę, z którym

właściciel takiej nieruchomości zawarł umowę na odbieranie odpadów komunalnych (art. 9g pkt 1 w zw. z art. 9x ust. 2 pkt 1 i ust. 2 ucpg).

Z uwagi na powyższe uwarunkowania prawne wydaje się, że niezadbanie przez gminę o zastrzeżenie w umowie w sprawie zamówienia publicznego dotyczącego gospodarowania odpadami komunalnymi wytwarzanymi na jej obszarze kar umownych odpowiadających administracyjnoprawnym karom pieniężnym, które sama poniesie w razie nieosiągnięcia wymaganych przepisami poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, należałoby poczytać za udzielenie takiego zamówienia w sposób niezapewniający odpowiednio: po pierwsze - najlepszej jakości usługi, pomimo że jest to uzasadnione charakterem tego zamówienia, w ramach środków, które może przeznaczyć na jej realizację, po drugie - uzyskania najlepszych efektów, w tym społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, pomimo że są one możliwe do osiągnięcia, w stosunku do poniesionych nakładów, co byłoby wprost sprzeczne z art. 17 ust. 1 odpowiednio pkt 1 i 2 ustawy pzp. Na czym miałyby polegać naruszenie tych przepisów przez Zamawiającego nie zostało zresztą w odwołaniach sprecyzowane, co oznacza, że de facto zarzut w tym zakresie nie został postawiony.

Jak to trafnie wywiedziono w uzasadnieniu wyroku z 22 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 1015/20, 1016/20, 1018/20, 1023/20, 1024/20 - w odniesieniu do analogicznych zarzutów odwołań Chemeko, FBSerwis i Alby - biorąc pod uwagę przepisu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie może dziwić, że gmina organizując odbieranie odpadów komunalnych przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciąża wykonawcę takiego zamówienia obowiązkiem, którym sama została przez ustawodawcę obciążona. W tym kontekście przeniesienie do opisu przedmiotu zamówienia wskaźnika w wysokości określonej w ucpg nie stanowi per se naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa. Ponadto uwolnienie od tego obowiązku wykonawców odbierających odpady komunalne w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu byłoby wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g ucpg obowiązku osiągnięcia określonego w art. 3b ust. 1 ucpg poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Można zatem wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągnięcia wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu.

Za chybione należy uznać wskazywanie w odwołaniach Chemeko na naruszenie przez Zamawiającego art. 433 pkt 2 ustawy pzp, niezależnie od tego, czy rozpatrywanego odrębnie, czy jako przepisu pozostającego w związku z art. 483 § 1 i art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego. Osiągnięcie wymaganych przepisami poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu wchodzi w zakres przedmiotu niniejszych zamówień, co nie pozwala uznać, że Zamawiający - który na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania tego zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę zastrzegł karę umowną jako substytut odszkodowania za poniesioną szkodę majątkową wynikłą z konieczności uiszczenia kary pieniężnej przewidzianej w 9z ust. 2a pkt 1 ucpg - naruszył normę prawną, którą da się wyprowadzić z art. 433 pkt 2 pzp w zw. z art. 483 § 1 kc. Innymi słowy zastrzeżona w ten sposób kara umowna z jednej strony spełnia pozytywne przesłanki wynikające z definicji kary umownej zawartej w art. 483 § 1 kc, a z drugiej strony nie została wypełniona żadna z dwóch przesłanek negatywnych wynikających z art. 433 pkt 2 pzp. Natomiast nie sposób na podstawie odwołań Chemeko zrekonstruować, na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 484 § 1 kc, gdyż w 1. zdaniu uregulowana została istota kary umownej, polegająca na oderwaniu jej wysokości od wysokości szkody faktycznie poniesionej przez wierzyciela szkody, a w drugim zdaniu uregulowano instytucję kumulatywnej kary umownej. Podobnie w odwołaniach Alby naruszenie wymienionego w ramach zarzutu art. 483 § 2 kc nigdzie nie zostało rozwinięte i objaśnione. W konsekwencji zarzuty naruszenia tych przepisów należy uznać za oczywiście bezzasadne.

Nie zasługuje również na uwzględnienie dodatkowo wskazywane w odwołaniach Alby naruszenie art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego, regulującego instytucję miarkowania kary umownej, ani ostatecznie zgodnie popierane przez Odwołujących żądanie de facto nakazania Zamawiającemu takiego miarkowania. Abstrahując od tego, że miarkowanie kary umownej wchodzi w grę dopiero na etapie wykonywania umowy i może być dochodzone przed sądem powszechnym, jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie, przykładowo w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 21 września 2007 r. sygn. akt V CSK 139/07, dla dokonania oceny rażącego wygórowania kary umownej bierze się pod uwagę przede wszystkim stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela, a także relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej.

W konsekwencji za nieuzasadnione należało uznać domaganie przez Odwołujących obniżenia o połowę kary umownej zastrzeżonej przez Zamawiającego w takiej samej wysokości, jak kara pieniężna obciążająca go z mocy art. 9z ust. 2a pkt 1 w zw. z art. 9x ust.

3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Tak określona kara umowna pozostaje bowiem w odpowiedniej proporcji zarówno do szkody, jakiej doznałby Zamawiający w wyniku niewykonania przez wykonawcę zobowiązania, gdyż jest jej równa. Nie ma również podstaw, aby uznać, że wysokość tej kary umownej za nieproporcjonalną w stosunku do wysokości wynagrodzenia wykonawcy, zwłaszcza że określenie jego wysokości leży w pełni w gestii wykonawców, którzy zdecydują się złożyć ofertę. Kwestionowana kara spełnia zatem przypisywaną jej funkcję odszkodowawczą i ma na celu motywowanie wykonawców do wypełnienia obowiązków z zakresu osiągania odpowiedniego poziomu recyklingu. Tym samym Izba podzieliła stanowisko uprzednio zajęte w podobnej sprawie w uzasadnieniu wyroku z 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 81/22, na który trafnie zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie.

Z kolei wskazywanie dodatkowo w petitum odwołań Chemeko na naruszenie art. 471 i art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego pozostaje po części w oderwaniu od okoliczności faktycznych i prawnych podnoszonych w ramach uzasadnienia formalnie stawianego zarzutu, a przede wszystkim pozostaje w sprzeczności ze zgłoszonym i konsekwentnie podtrzymanym do zamknięcia rozprawy żądaniem. Skoro Odwołujący domaga się jedynie obniżenia kary za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, nie może jednocześnie twierdzić, że jej zastrzeżenie nie odpowiada co do zasady definicji wynikającej z art. 483 § 1 kc, a tym bardziej, że wbrew art. 471 kc nie jest ona związana z odpowiedzialnością kontraktową na zasadzie winy, a zamiast tego jest przejawem ustanowienia odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, o której mowa w art. 473 § 1 kc. Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że art. 433 pkt 3 pzp zakazuje wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, co nie wyklucza wprowadzenia odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka, o której mowa w art. 473 § 1 kc, a jedynie wyznacza granicę takiego rozszerzenia odpowiedzialności kontraktowej.

O ile co do zasady dzięki odesłaniu zawartemu w art. 8 ustawy pzp czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą podlegać ocenie przez pryzmat zasad współżycia społecznego, o których mowa w niektórych przepisach Kodeksu cywilnego, o tyle zarzucanie naruszenia takich przepisów, jak art. 5 czy art. 58 § 2 kc, w kontekście tych bliżej niesprecyzowanych klauzul generalnych, co wymaga każdorazowo dokonania adekwatnej w danym stanie faktycznym wykładni, należy traktować jako przysłowiową ostatnią deskę ratunku w sytuacji, gdy nie ma możliwości sformułowania zarzutu w oparciu o konkretne przepisy ustawy pzp, ewentualnie w związku z przepisami innych aktów prawnych o takim charakterze.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 22 listopada 2000 r. sygn. akt II CKN 1354/00 [opubl. baza prawna LEX Nr 51966]: Działanie zgodne z prawem korzysta

z domniemania zgodności z zasadami współżycia społecznego, chyba że wykazane zostaną szczególne, konkretne okoliczności obalające to domniemanie. Ponadto z uzasadnień wyroków Sądu Najwyższego wydanych: 22 listopada 1994 r. sygn. akt II CRN 127/94 [opubl. baza prawna LEX Nr 82293] i 24 kwietnia 1997 r. sygn. akt II CKN 118/97 [opubl. OSP nr 1/1998 poz. 3] wynika, że nakaz ostrożności i umiaru w stosowaniu art. 5 kc, jako instytucji o charakterze wyjątkowym, jest najbardziej uniwersalną wskazówką o znaczeniu kluczowym z punktu widzenia stosowania norm prawa cywilnego, którego istotą jest przecież strzeżenie praw podmiotowych, a zatem wszelkie rozstrzygnięcia prowadzące do redukcji bądź unicestwienia tych praw wymagają szczególnej ostrożności i bardzo wnikliwego rozważenia wszystkich aspektów rozpoznawanego wypadku. Wyjątkowy charakter art. 5 kc wynika więc z tego, że przełamuje on zasadę, wedle której wszystkie prawa podmiotowe korzystają z ochrony prawnej i wobec tego odmowa udzielenia poszukiwanej ochrony musi być uzasadniona zajęciem okoliczności rażących i nieakceptowanych ze względów aksjologicznych czy celowościowych. Oprócz tego należy mieć również na uwadze ugruntowane w judykaturze zapatrywanie, że skorzystanie z dobrodziejstwa art. 5 kc jest możliwe jedynie wówczas, gdy strona wskaże, jakie zasady współżycia społecznego doznałyby naruszenia w konkretnej sytuacji [por. wyroki Sądu Najwyższego z 14 października 1998 r. sygn. akt II CKN 928/97, opubl. OSN Nr 4/1999 poz. 75, oraz z 7 maja 2003 r. sygn. akt IV CKN 120/01]. Nie wystarczy zatem ogólne i lakoniczne powołanie się na naruszenie powyższej normy.

W rozpoznawanych sprawach żaden z Odwołujących nie sprostą temu zadaniu. Uzasadnienie zawarte w odwołaniach Chemeko, choć nader obszerne, sprowadza się do akademickiego wykładu o teoretycznoprawnej poprawności jednoczesnego wskazywania na naruszenie zarówno art. 5, jak i art. 58 § 2 kc, tudzież przytoczenia wypowiedzi orzecznictwa o charakterze generalnym, dotyczącym zidentyfikowania i zdefiniowania zasady uczciwości kupieckiej jako jednej z zasad współżycia społecznego, a także - co paradoksalne - zaprezentowania wywodu analogicznego, jak w poprzednim akapicie.

Natomiast jako wręcz za wprowadzające błąd trzeba ocenić powołanie się

przez Odwołującego Albe - w kontekście sformułowanego przez niego zarzutu, jakoby zastrzeżenie kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu miało być nieważne z mocy art. 58 § 1 i 3 kc jako stanowiące przejaw niezgodnego z prawem przerzucania realizacji zadań własnych gminy na wykonawcę - na wymienione w końcowej części uzasadnienia dwa wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego i jeden wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu. Jak trafnie to zidentyfikował Zamawiający w odpowiedzi na te odwołania, orzeczenia te zupełnie nie przystają do materii ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gdyż dotyczą zadań własnych w zakresie czynności takich jak np. wystawianie tytułów wykonawczych, czyli niedopuszczalności rezygnacji z kompetencji, która może być wykonywana wyłącznie bezpośrednio przez organ administracji. Natomiast w tym przypadku - jak to już powyżej zostało szczegółowo omówione - ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wprost nakazuje gminie powierzyć te zadania i to w drodze udzielenia zamówienia publicznego. Przy czym Zamawiający nie może przekazać wykonawcy kompetencji administracyjnoprawnych, w szczególności dotyczących poboru opłat, gdzie działa jako organ podatkowy w trybie Ordynacji podatkowej.

Izba podziela również zapatrywanie Zamawiającego, że biorąc pod uwagę uregulowania zawarte w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, domaganie się, aby Gmina Wrocław zrezygnowała z zabezpieczenia się przed poniesieniem negatywnych skutków finansowych nieosiągnięcia wymaganych w tej ustawie rezultatów gospodarowania odpadami komunalnymi, a jednocześnie była gotowa zapłacić przedsiębiorcom, którym udzieli dla realizacji tego zadania zamówień, wynagrodzenie w określonej przez nich na zasadach rynkowych wysokości, budzi wręcz sprzeciw. Innymi słowy według Odwołujących zgodna z zasadami współżycia społecznego, w tym zasadą uczciwości kupieckiej, byłaby sytuacja, w której przedsiębiorcy, z którym zostaną zawarte umowy w sprawie niniejszych zamówień, będą zarabiali na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Gminy Wrocław, a ta, czyli finalnie de facto i de iure mieszkańcy gminy, którzy z mocy art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 559 ze zm.) tworzą tę wspólnotę samorządową, poniosą skutki finansowe, jeżeli nie uda się osiągnąć wymaganych przez przepisy rezultatów gospodarowania tymi odpadami.

II. {rozpatrzenie zarzutu nr 4 w zakresie niewycofanym odwołań Chemeko

(pkt 111.21.-27. uzasadnienia) - waloryzacja względem ceny paliw}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zarzut sprecyzowany w petitum odwołania odnośnie § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e projektów umów w sprawie tych zamówień sprowadzał się do kwestionowania przewidzianej tam klauzuli waloryzacyjnej (wymienionej uprzednio w § 18 ust. 3 pkt 5 projektu umowy jako jedna z okoliczności uzasadniającej zmianę umowy), umożliwiającej podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy według średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, pod względem: a) wielkości zmiany tego wskaźnika uruchamiającej możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy - jako zbyt wysokiej, b) maksymalnej wielkości zmiany wynagrodzenia - jako zbyt małej, c) okresu karencji od zawarcia umowy i pomiędzy kolejnymi waloryzacjami - jako zbyt długiego, zarzucając w szczególności, że w związku z drastycznymi zmianami ceny paliwa warunki określone w zakwestionowanym postanowieniu czynią waloryzację iluzoryczną. Z tak postawionym zarzutem skorelowane zostało żądanie nr 5, w którym Odwołujący sprecyzował, jakiej konkretnie zmiany w każdym z powyższych aspektów oczekuje.

Przy czym odnotować należy, że § 18 ust. 4 pkt 1 lit. f projektów umów, czyli ta sama klauzula waloryzacyjna w zakresie, w jakim umożliwiała obniżenie wynagrodzenia wykonawcy, nie został zaskarżony.

Zamawiający 13 maja 2021 r., w ramach trzeciego pakietu zmian SWZ z tej daty, zmienił brzmienie zakwestionowanych postanowień § 18 projektów umów na następujące:

(...)

3. Strony mają możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 ust. 1 i ust. 10, w przypadku zmiany:

(...)

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS o wartość większą niż 1,0% powyżej wartości tego wskaźnika cen towarów i usług z dnia zawarcia umowy (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 7 Umowy),

(.).

4. W przypadku zmian, o których mowa w ust. 3, Strony ustalają następujący tok postępowania:

1) w przypadku zmiany:

(...)

e) zmiany (zwiększenia) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS o wartość większą niż 1,0% powyżej wartości tego

wskaźnika cen towarów i usług z dnia zawarcia umowy - Wykonawca składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie cen jednostkowych, przy czym wartość zmiany wynagrodzenia będzie zależna od wartości średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS, według wzoru:

$$= C_x(l + \frac{W_w - W_u}{100})$$

100%

q - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

C_{ni} - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie 12 miesięcy),

W_w - średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z dnia złożenia wniosku (po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy), wyrażony w %,

W_u - średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z dnia zawarcia umowy, wyrażony w %.

Zmiana wynagrodzenia polegająca na jego zwiększeniu możliwa będzie po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Kolejne zmiany możliwe będą po upływie następnych 6 miesięcy.

Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości 3% całkowitej wartości przedmiotu umowy. Wykonawca składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz odpowiednio dotyczących usług wykonanych po upływie następnych 6 miesięcy w przypadku gdy wystąpiła zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o wartość większą niż 1,0% w stosunku do powołanego wyżej komunikatu Prezesa GUS. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności Wykonawca będzie zobowiązany wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te dodatkowe koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

(...) [odpowiedniej zmianie uległo również brzmienie § 18 ust. 4 pkt 1 lit. f)]

Ponieważ w reakcji na dokonanie powyższych zmian Odwołujący Chemeko 16 maja 2022 r. oświadczył do protokołu, że w tym zakresie wycofuje zarzut nr 4 odwołań, nie ma znaczenia dla niniejszych spraw, że również zmienione brzmienie § 18 ust. 3 pkt 5 i ust. 4 pkt 1 lit. e projektów umów stało się przedmiotem kolejnych odwołań, a Zamawiający

23 maja 2022 r. dokonał kolejnej zmiany brzmienia tych postanowień. Zachowanie Zamawiającego wskazuje jednak na to, że podejmuje starania, aby wyjść naprzeciw zastrzeżeniom zgłaszanym przez wykonawców w odniesieniu do kolejnych wersji uregulowania klauzuli umożliwiającej waloryzację wynagrodzenia wykonawców niniejszych zamówień na etapie ich realizacji.

Oprócz zarzutu skierowanego pod adresem klauzuli waloryzującej wynagrodzenie względem wskaźnika inflacji, w związku z żądaniem nr 5 petitem odwołań uzasadnienie odwołań zawierało dodatkowy zarzut braku przewidzenia w § 18 ust. 4 projektów umów możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy uwarunkowanej wyłącznie zmianą przez PKN Orlen S.A. o co najmniej 30% hurtowej ceny oleju napędowego Ekodiesel. Właśnie w tym zakresie zarzut nr 4 został podtrzymany.

Doświadczenie życiowe wskazuje, że zakresy zastosowania waloryzacji według wskaźnika inflacji i według zmiany ceny paliwa mogą krzyżować się, gdyż co do zasady wzrost jego ceny w przewidzianym okresie realizacji umów sprawi niniejszych zamówień odwrotnie - jak to zasugerowano w uzasadnieniu odwołań - gdzie pada stwierdzenie, że cena paliw uzależniona jest tylko pośrednio od inflacji.

Odwołujący Chemeko, choć twierdził, że nie domaga się uprawnienia do podwójnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, czyli zarówno według wskaźnika inflacji, jak i ceny paliwa, do zamknięcia rozprawy nie sprecyzował żądania w taki sposób, aby zapobiec wystąpieniu takiej kolizji, zamiast tego twierdząc (w piśmie procesowym z 7 czerwca 2022 r.) z jednej strony, że .nie istnieje żadna kolizja pomiędzy klauzulą waloryzacyjną opartą o wskaźnik inflacyjny a klauzulą waloryzacyjną opartą o zmiany paliw, a jednocześnie, że .nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający jako gospodarz postępowania (.) w jakikolwiek inny sposób opisał w dokumentacji postępowania zasady dotyczące stosowania poszczególnych klauzul.

Niezależnie od powyższego nie zostało dowiedzione ani przez Odwołującego

Chemeko, ani przez Przystępującego Albę, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy według ceny paliwa lepiej odpowiada specyfice tego typu zamówień, czyli że paliwo stanowi tu zasadniczy czynnik kosztotwórczy, a jednocześnie istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że wzrost jego ceny w przewidzianym okresie realizacji umów sprawi niniejszych zamówień o 30% lub więcej może nie przełożyć się na odpowiednie zwiększenie wskaźnika inflacji. Abstrahując od tego, że takie twierdzenie, jako element uzasadnienia faktycznego zarzutu, pojawiło się dopiero w ostatnim piśmie procesowym pod koniec rozprawy, gdyż uprzednio - jak to już powyżej zacytowano za uzasadnieniem odwołania - Odwołujący uważał, że wzrost inflacji co prawda wpływa na wzrost ceny paliwa, ale jedynie pośrednio, co miało stanowić wystarczające uzasadnienie dla wprowadzenia tej dodatkowej klauzuli waloryzacyjnej.

Odwołujący Chemeko co prawda przedstawił na rozprawie wnioski o waloryzację wynagrodzenia z 23 marca 2022 r., które złożył w ramach aktualnie realizowanych przez siebie analogicznych zamówień, wraz z tabelarycznym zestawieniem wysokości oczekiwanych zmian [w związku z objęciem ich tajemnicą przedsiębiorstwa odpisy złożył wyłącznie dla Zamawiającego, co jednak nie zostało zakwestionowane przez pozostałych uczestników postępowania odwoławczego], ale wykazują one co najwyżej, że ponad dwukrotny wzrost ceny oleju napędowego przekłada się na wzrost stawki za odbiór, zbieranie i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych o zaledwie 7-10%. Taka zależność nie potwierdza więc, że zmiana ceny paliwa ma przemożny i dominujący wpływ na wysokość tej stawki. Natomiast złożony również wydruk z powszechnie dostępnej strony internetowej o tematyce gospodarczej [abstrahując od faktu, że oczywiście niezasadnie utajniony przed innymi uczestnikami sporu niż Zamawiający] obrazuje wyłącznie, jak kształtowała się cena paliwa na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat, w tym, że w ostatnim czasie nastąpił, wspomniany już powyżej, największy i najszybszy jej wzrost, więc siłą rzeczy w żaden sposób nie dowodzi, że jest to adekwatniejszy punkt odniesienia dla waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jakiegokolwiek zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych niż wskaźnik inflacji (brak choćby jego wykresu dla porównania). Wreszcie nic nie wnosi w tym zakresie powołanie się przez Odwołującego w ostatnim piśmie procesowym na to, że w 2012 r. pomimo wzrostu ceny paliwa o 11-13% inflacja nie tylko nie wzrosła, ale była nieco niższa niż w 2011 r. Ta szczególna sytuacja wystąpiła w okresie stabilności gospodarczej, a co jeszcze istotniejsze - nie uprawniałaby do zmiany wynagrodzenia według żadnej z dwóch klauzul, których wprowadzenia domagał się Odwołujący.

Reasumując, de facto Odwołujący Chemeko domagał się ustanowienia dwóch umownych klauzul waloryzacyjnych związanych ze zmianą kosztów realizacji niniejszych zamówień. Po tym, jak Zamawiający poprawił istniejącą dotychczas klauzulę, opartą o wskaźnik inflacji, w każdym z trzech aspektów podnoszonych w odwołaniu, Odwołujący wycofał w jej zakresie zarzut, jednocześnie podtrzymując zarzut zaniechania wprowadzenia

drugiej klauzuli, która miałaby być oparta o zmianę ceny paliwa. Tym samym poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający przewidział w projektach umowy dotyczących niniejszych zamówień postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją niniejszych zamówień, określając: 1) poziom zmian ceny tych materiałów lub kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalania zmiany wynagrodzenia, 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia z użyciem wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS, 3) sposób określenia wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że podtrzymany częściowo zarzut jest niezasadny.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Chemeko przepisami ustawy pzp:

1. Art. 439 ust. 1 - umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usług zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. Art. 439 ust. 2 - w umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalania zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.
3. Art. 134 ust. 1 pkt 20 - SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.
4. Art. 16 pkt 1 i 3 - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie; proporcjonalny.
5. Art. 17 ust. 1 - zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Chemeko przepisami Kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp na zasadzie jej art. 8 ust. 1 (który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

1. Art. 353¹ - 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.
2. Art. 5 - 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.

Skoro projekty umowy w sprawie niniejszych zamówień od początku przewidywały klauzulę waloryzacyjną, która na skutek wniesionych odwołań została poprawiona w taki sposób, że w tym zakresie zarzut został wycofany, nie sposób stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 439 ust. 1-2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp. W szczególności dyspozycja normy wynikającej z art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2 lit. a oraz b pzp zostaje wypełniona już w sytuacji, gdy umowa na roboty budowlane lub usługi zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera klauzulę waloryzacyjną przewidującą zmianę wynagrodzenia wykonawcy z użyciem odesłania do wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS, czyli przez odesłanie do jednej z dwóch dopuszczonych punktów odniesienia. W konsekwencji nie mogło również dojść do naruszenia zasad, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 ustawy pzp.

Wobec takiego uregulowania tej kwestii w ustawie pzp w ustalonych powyżej okolicznościach tych spraw za bezprzedmiotowe należy uznać odsyłanie przez art. 8 pzp do art. 353¹ czy art. 5 kodeksu cywilnego. Nie sposób twierdzić bowiem, że zaniechanie wprowadzenia kolejnej klauzuli waloryzacyjnej wynagrodzenia wykonawcy, według innego wskaźnika niż ten, który został zaakceptowany jako prawidłowy, sprzeciwia się naturze umowy w sprawie tych zamówień publicznych, ustawie pzp czy zasadom współżycia społecznego, a tym bardziej, że jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem przewidzianego w ustawie pzp prawa Zamawiającego do wprowadzenia tylko jednej klauzuli w tym zakresie.

III. {rozpatrzenie zarzutu nr 7 odwołań Chemeko
- inne niż wprost wskazane w opisie frakcje odpadów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Wniesione odwołania zawierały w pkt 6. i 7. petitum powiązane ze sobą zarzuty naruszenia takich samych przepisów ustawy pzp, uszczegółowione w pkt V uzasadnienia, gdzie oba zbiorczo zostały nazwane zarzutem dotyczącym nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Przy czym zarzut nr 6 sprowadzał się do wymagania w ramach warunku udziału dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, opisanego w rozdziale IV pkt 1.2.1.3 SWZ, zezwolenia na zbieranie na terenie bazy magazynowo-transportowej odpadów w zakresie węższym niż katalog odpadów wymieniony w rozdziale IV pkt 1 i 2 SWU. Z kolei przedmiotem zarzutu nr 7 jest postanowienie rozdziału IV pkt 3 SWU jako przejaw niejednoznaczności i nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, który miałby powodować niemożność oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Związane z tym ostatnim zarzutem żądanie dotyczy wprowadzenia regulacji, która uprawniałaby wykonawcę do odmowy realizacji usługi w sytuacji, o której mowa w rozdziale IV pkt 3 SWU, jeżeli nie posiada w tym zakresie wymaganych przepisami uprawnień.

Po tym, jak Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 13 maja 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie obu powiązanych ze sobą zarzutów, Odwołujący Chemeko zdecydował się na wycofanie zarzutu nr 6 i podtrzymanie zarzutu nr 7.

Art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpadach definiuje odpady komunalne jako odpady powstające w gospodarstwach domowych oraz odpady pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter i skład są podobne do odpadów z gospodarstw domowych, w szczególności niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i odpady selektywnie zebrane:

- a) z gospodarstw domowych, w tym papier i tektura, szkło, metale, tworzywa sztuczne, bioodpady, drewno, tekstylia, opakowania, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte baterie i akumulatory oraz odpady wielkogabarytowe, w tym materace i meble, oraz
 - b) ze źródeł innych niż gospodarstwa domowe, jeżeli odpady te są podobne pod względem charakteru i składu do odpadów z gospodarstw domowych
- przy czym odpady komunalne nie obejmują odpadów z produkcji, rolnictwa, leśnictwa, rybołówstwa, zbiorników bezodpływowych, sieci kanalizacyjnej oraz z oczyszczalni ścieków, w tym osadów ściekowych, pojazdów wycofanych z eksploatacji oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych; niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pozostają

niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi, nawet jeżeli zostały poddane przetwarzaniu odpadów, ale przetwarzanie to nie zmieniło w sposób znaczący ich właściwości.

Z kolei zgodnie z art. 4. ust. 1 ustawy o odpadach odpady klasyfikuje się przez ich zaliczenie do odpowiedniej grupy, podgrupy i rodzaju odpadów, uwzględniając: 1) źródło ich powstawania; 2) właściwości powodujące, że odpady są odpadami niebezpiecznymi, określone w rozporządzeniu (UE) nr 1357/2014 i w rozporządzeniu (UE) 2017/997, oraz przepisy wydane na podstawie art. 3 ust. 5; 3) składniki odpadów, dla których przekroczenie wartości granicznych stężeń substancji niebezpiecznych może powodować, że odpady są odpadami niebezpiecznymi.

Przy czym art. 4 ust. 3 ustawy o odpadach zawiera delegację dla ministra właściwego do spraw klimatu do określenia w drodze rozporządzenia katalogu odpadów z podziałem na grupy, podgrupy i rodzaje ze wskazaniem odpadów niebezpiecznych, kierując się źródłem powstawania odpadów oraz właściwościami odpadów.

W rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia SWZ zawarto w szczególności postanowienia, z których wynika, że:

- pkt 1 - przedmiotem zamówienia jest odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu danego sektora Gminy Wrocław;
- pkt 2 - szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawierają Szczegółowe warunki umowy („SWU”), stanowiące załącznik nr 1 do SWZ;
- pkt 3 - wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych w SWU oraz w projekcie umowy stanowiącym załącznik A do SWZ.

W rozdziale I Zakres przedmiotu zamówienia SWU został on następująco uszczegółowiony [poniżej przytoczono za załącznikiem nr 1 do SWZ dotyczącej sektora I]:

1. Odpady wymagające odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia określonego w pkt 5 ppkt od 1) do 9), zaklasyfikowane zostały zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. z 2020 r. poz. 10) do:

1) grupy „20” - odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, takie jak:

niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne o kodzie 20 03 01, papier i tektura o kodzie 20 01 01, szkło o kodzie 20 01 02, odpady kuchenne ulegające biodegradacji 20 01 08, tworzywa sztuczne o kodzie 20 01 39, metale o kodzie 20 01 40, odpady wielkogabarytowe o kodzie 20 03 07, leki inne niż wymienione w 20 01 31 o kodzie 20 01 32, odpady ulegające biodegradacji o kodzie 20 02 01, gleba i ziemia w tym kamienie o kodzie 20 02 02, inne odpady nieulegające biodegradacji o kodzie 20 02 03, odpady z targowisk o kodzie 20 03 02, odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach o kodzie 20 03 99,

2) grupy „17” - odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (włączając glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych), takie jak: odpady betonu oraz gruz betonowy, z rozbiórek i remontów o kodzie 17 01 01, gruz ceglany o kodzie 17 01 02, odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia o kodzie 17 01 03, zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06 o kodzie 17 01 07, drewno o kodzie 17 02 01, szkło o kodzie 17 02 02, tworzywa sztuczne o kodzie 17 02 03, kable inne niż wymienione w 17 04 10 o kodzie 17 04 11, materiały izolacyjne inne niż wymienione w 17 06 01 i 17 06 03 o kodzie 17 06 04, materiały budowlane zawierające gips inne niż wymienione w 17 08 01 o kodzie 17 08 02, zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02, 17 09 03 o kodzie 17 09 04, odpadowa papa o kodzie 17 03 80,

3) grupy „15” - odpady opakowaniowe; sorbenty, tkaniny do wycierania, materiały filtracyjne i ubrania ochronne nieujęte w innych grupach, takie jak: opakowania z papieru i tektury o kodzie 15 01 01, opakowania z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02, opakowania z drewna o kodzie 15 01 03, opakowania z metali o kodzie 15 01 04, opakowania wielomateriałowe o kodzie 15 01 05, zmieszane odpady opakowaniowe o kodzie 15 01 06,

opakowania ze szkła o kodzie 15 01 07, opakowania z tekstyliów o kodzie 15 01 09,

4) grupy „16” - odpady nieujęte w innych grupach, takie jak: zużyte opony o kodzie 16 01 03, filtry olejowe o kodzie 16 01 07*, płyny hamulcowe o kodzie 16 01 13*, elementy usunięte ze zużytych urządzeń inne niż wymienione w 16 02 15 o kodzie 16 02 16, magnetyczne i optyczne nośniki informacji o kodzie 16 80 01.

2. Odpady wymagające odbioru, transportu i zagospodarowania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia określonego w pkt 5 ppkt 10) i ppkt 11), zaklasyfikowane zostały zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. z 2020 r. poz. 10) do:

1) grupy „13” - oleje odpadowe i odpady ciekłych paliw (z wyłączeniem olejów jadalnych oraz grup 05, 12 i 19), takie jak: inne oleje silnikowe, przekładniowe i smarowe o kodzie 13

02 08*,

2) grupy „15” - odpady opakowaniowe; sorbenty, tkaniny do wycierania, materiały filtracyjne i ubrania ochronne nieujęte w innych grupach, takie jak: opakowania z papieru i tektury

o kodzie 15 01 01, opakowania z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02, opakowania z drewna o kodzie 15 01 03, opakowania z metali o kodzie 15 01 04, opakowania

wielomateriałowe o kodzie 15 01 05, opakowania ze szkła o kodzie 15 01 07, opakowania z tekstyliów o kodzie 15 01 09, sorbenty, materiały filtracyjne (w tym filtry olejowe nieujęte w innych grupach), tkaniny do wycierania (np. szmaty, ścierki) i ubrania ochronne zanieczyszczone substancjami niebezpiecznymi (np. PCB) o kodzie 15 02 02*,

3) grupy „16” - odpady nieujęte w innych grupach, takie jak: zużyte opony o kodzie 16 01 03, filtry olejowe o kodzie 16 01 07*, płyny hamulcowe o kodzie 16 01 13*, elementy usunięte ze zużytych urządzeń inne niż wymienione w 16 02 15 o kodzie 16 02 16, magnetyczne i optyczne nośniki informacji o kodzie 16 80 01,

4) grupy „17” - odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (włączając glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych), takie jak: zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06, o kodzie 17 01 07, odpadowa papa o kodzie 17 03 80, materiały izolacyjne inne niż wymienione w 17 06 01 i 17 06 03, o kodzie 17 06 04,

5) grupy „20” - odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, takie jak: papier i tektura o kodzie 20 01 01, odzież o kodzie 20 01 10, tekstylia o kodzie 20 01 11, rozpuszczalniki o kodzie 20 01 13*, środki ochrony roślin o kodzie 20 01 19*, farby, tłuszcze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice zawierające substancje niebezpieczne o kodzie 20 01 27*, lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć o kodzie 20 01 21*, urządzenia zawierające freony o kodzie 20 01 23*, farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice inne niż wymienione w 20 01 27* o kodzie 20 01 28, leki i inne niż

wymienione w 20 01 31 o kodzie 20 01 32, baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33* o kodzie 20 01 34, zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21* i 20 01 23* zawierające niebezpieczne składniki o kodzie 20 01 35*, zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21*, 20 01 23* i 20 01 35* o kodzie 20 01 36, tworzywa sztuczne o kodzie 20 01 39, metale o kodzie 20 01 40, środki ochrony roślin inne niż wymienione w 20 01 19 o kodzie 20 01 80, inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny o kodzie 20 01 99, odpady ulegające biodegradacji o kodzie 20 02 01, odpady wielkogabarytowe o kodzie 20 03 07.

3. Oprócz wskazanych wyżej kodów odpadów Zamawiający nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania. Wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania usługi również w stosunku do tych odpadów, przy czym postanowienia umowy w stosunku do innych frakcji odpadów stosuje się odpowiednio.

(...)

5. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do:

1) wyposażenia nieruchomości obsługiwanych w pojemniki wraz z utrzymaniem ich w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym oraz dostarczania worków przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych w liczbie niezbędnej

do zapewnienia prawidłowej realizacji usługi,

2) odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych odbieranych bezpośrednio z terenu nieruchomości obsługiwanych,

3) realizacji zgłoszeń przesyłanych przez Zamawiającego dotyczących wymiany/ podstawienia/zabrania pojemników z obsługiwanych nieruchomości,

4) odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach ogólnodostępnych,

5) odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów wielkogabarytowych zbieranych w systemie objazdowym,

6) odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki bioodpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy, zbieranych w sposób akcyjny,

7) odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki przeterminowanych leków,

8) usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych,

9) wykonywania prac interwencyjnych,

10) odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów wskazanych przez Zamawiającego, zebranych w PSZOK funkcjonującym na terenie Sektora,

11) odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów zebranych przy pomocy SZOP funkcjonującym na terenie Sektora,

(...)

14) wydzierżawienia pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi.

Z rozdziału VIII Usuwanie odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych SWU wynika w szczególności, że w tym zakresie usługa wykonawcy jest świadczona w razie wystąpienia takiej potrzeby, każdorazowo na wezwanie (zlecenie) Zamawiającego [zob. pkt 4 ppkt 3] i polega przede wszystkim na wykonaniu wszelkich czynności związanych z odbieraniem, zbieraniem i zagospodarowaniem wszystkich odpadów zgromadzonych na terenie wskazanej przez Zamawiającego w zleceniu nieruchomości, tj. odpadów zgromadzonych w hałdach lub skupiskach, jak również odpadów luźno rozrzuconych wokół tych hałd lub skupisk odpadów [zob. pkt 4 ppkt 1 lit. a)]

Z kolei z rozdziału IX Prace interwencyjne SWU wynika w szczególności, że w tym zakresie usługa wykonawcy również jest świadczona w razie wystąpienia takiej konieczności, każdorazowo na zlecenie Zamawiającego [zob. pkt 1 i pkt 2 ppkt 3] i polega na wykonaniu wszelkich czynności związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie nieruchomości oraz zleconych prac interwencyjnych, w przypadku gdy występuje zagrożenie bezpieczeństwa mieszkańców i zagrożenie bezpieczeństwa ruchu kołowego, drogowego lub pieszego [zob. pkt 2 ppkt 1].

Rozdział XIV SWZ Opis sposobu obliczania ceny oferty zawiera w szczególności następujące postanowienia:

1. Wykonawca w Formularzu oferty podaje cenę ofertową brutto, za wykonanie wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia, obliczoną na podstawie załącznika nr III „Zestawienie kosztów zadania”.

2. Cena ofertowa brutto - całkowite wynagrodzenie netto za wykonanie przedmiotu zamówienia, powiększone o wartość podatku VAT, wyliczone w oparciu o określone w Zestawieniu kosztów zadania: 1) podane przez Wykonawcę ryczałtowe ceny jednostkowe netto, 2) ilości odebranych, zebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów, podane w Mg, 3) ilości usuniętych, zebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych, podane w m³, 4) kwotę z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace

interwencyjne.

3. Wynagrodzenie za prace interwencyjne rozliczane będzie na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o czynniki cenotwórcze, przyjęte jako średnie ceny z „Sekocenbudu” dla województwa dolnośląskiego z kwartału poprzedzającego kwartał wykonania prac, z wyłączeniem kosztów niewystępujących w „Sekocenbud” np. kosztów zagospodarowania odpadów powstałych w wyniku wykonania prac interwencyjnych. Koszty te rozliczane będą na podstawie faktur wystawianych przez odpowiednie podmioty lub na podstawie kalkulacji własnej Wykonawcy, sporządzonych na podstawie obowiązujących przepisów prawa.

(...)

7. Ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, muszą uwzględniać wszystkie elementy - czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SWZ.

(...)

9. Cena wyliczona przez Wykonawcę posłuży do wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast do rozliczeń miesięcznych za realizację przedmiotu zamówienia stosowane będą ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w „Zestawieniu kosztów zadania”, zgodnie

z warunkami zawartymi w projekcie umowy. Cena oferty oznacza maksymalne

wynagrodzenie Wykonawcy za cały okres obowiązywania umowy za wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia.

Załącznik nr III do SWZ pn. „Zestawienie kosztów zadania” w wersji załączonej do odpowiedzi na odwołania z 13 maja 2022 r. zawiera na potrzeby wyceny tabelaryczne wyszczególnienie zakresów usługi objętej przedmiotem niniejszych zamówień, w tym wspólne dla wszystkich sektorów poz. 1.-12., które można następująco pogrupować, adekwatnie do przytoczonych powyżej postanowień:

- po pierwsze - odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, odrębnie wyceniane dla kolejno [poz. 1.-9.]: odpadów zmieszanych, odpadów z papieru i tektury, odpadów ze szkła, odpadów z metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych, bioodpadów odbieranych bezpośrednio z terenu nieruchomości, bioodpadów odbieranych w systemie akcyjnym, odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach ogólnodostępnych, odpadów wielkogabarytowych zbieranych w systemie objazdowej zbiórki oraz przeterminowanych leków;

- po drugie - usuwanie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych [poz. 10.];

- po trzecie - wykonywanie prac interwencyjnych [poz. 11], przy czym w tym przypadku,

odmiennie niż we wszystkich pozostałych pozycjach - zamiast podania ilości (wagi, jak dla poz. 1.-9 i 12. albo objętości, jak dla poz. 10) odpadów podlegających wycenie, w celu umożliwienia określenia przez wykonawcę adekwatnej stawki ryczałtowej - wpisano na sztywno kwotę 1 mln zł, na jaką maksymalnie mogą łącznie opiewać prace interwencyjne w całym okresie realizacji zamówienia,

- po czwarte - zbieranie, transport i zagospodarowania odpadów zebranych przez tzw. samochód zbierający odpady problemowe (SZOP) [poz. 12];

Reasumując, z powyższych postanowień nie wynika, aby sposób określenia zakresu przedmiotu zamówienia - który dotyczy odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania wszelkich odpadów komunalnych w rozumieniu ustawy o odpadach z terenu nieruchomości położonych na obszarze danej dzielnicy Wrocławia - nie był na tyle szczegółowy, na ile to obiektywnie możliwe w odniesieniu do określenia rodzaju i ilości poszczególnych frakcji odpadów. Z kolei w ramach uzasadnienia zarzutu zawartego w odwołaniach przemilczano kwestię uregulowań dotyczących usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego nieprzeznaczonych oraz prac interwencyjnych, w tym, że rozliczenie tych ostatnich następuje na odrębnych zasadach w ramach z góry określonego limitu 1 mln zł, w szczególności koszty zagospodarowania odpadów będą w tym przypadku rozliczane na podstawie faktur wystawionych przez podmioty trzecie lub na podstawie kalkulacji własnej wykonawcy.

Natomiast ani Odwołujący Chemeko, ani Przystępujący Alba nie byli w stanie w toku postępowania odwoławczego wykazać, że powyższy sposób określenia zakresu przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, dokonany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wreszcie należy zauważyć, że zgłoszone w odwołaniu żądanie - sprowadzające się do wprowadzenia swoistej instytucji odmowy realizacji usługi w zakresie odpadów komunalnych, które mogą być przedmiotem awaryjnego usuwania lub prac interwencyjnych, a nie do domagania się sprecyzowania frakcji tych odpadów - pośrednio potwierdza, że obiektywnie rzecz biorąc, opis przedmiotu zamówienia jest w tym zakresie na tyle szczegółowy, na ile to faktycznie jest możliwe.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołań jest niezasadny.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Chemeko przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 1 - przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Art. 16 - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.
3. Art. 17 ust. 1 - zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

O ile zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 pzp okazał się niezasadny, gdyż oparty li tylko na wybiórczo zaprezentowanych w odwołaniu okolicznościach co do treści SWZ, o tyle niezasadność naruszenia pozostałych przepisów wynika już z faktu niezawarcia w odwołaniu okoliczności, które choćby potencjalnie mieściły się w zakresie hipotez tych norm prawnych.

IV. {rozpatrzenie zarzutów nr 2 i 3 odwołań Alby (str. 9-11 uzasadnienia)

- warunki udziału w postępowaniu}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Brzmienie warunków z rozdziału IV pkt 1.2.1.1. {dalej: „pierwszy warunek”} i pkt 1.2.1.2. {dalej: „drugi warunek”} SWZ [z pominięciem wskazania okresu przed upływem terminu składania ofert, którego może dotyczyć wykazywane doświadczenie]:

- wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych wykonuje (...) zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 55 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu przez okres maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych;

- wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje (...) zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy, w której obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

Wniesione odwołania zawierały, odpowiednio w pkt 2. i 3. petitum, zbliżone zarzuty,

odpowiednio względem pierwszego i drugiego spośród trzech warunków udziału odnoszących się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy (zdolności zawodowej wykonawcy), polegające na wskazywaniu, na czym polega niepożądana wieloznaczność tych warunków, która miałaby uniemożliwić przeprowadzenie jednoznacznej oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Z kolei zgłoszone w uzasadnieniu żądania zmierzały do takiego doprecyzowania tych warunków, który pozwalałby na ich jednoznaczną interpretację, przy czym w obu przypadkach podano również proponowane nowe brzmienie odnośnych postanowień SWZ.

I tak z uzasadnienia odwołań wynikają następujące wątpliwości do wyjaśnienia, a ściślej rzecz biorąc łącznie sześć alternatyw do ujednoznacznienia:

1. W odniesieniu do obu warunków - 1) a) czy chodzi wyłącznie o wykonawcę, który zawarł umowę z gminą, b) czy też może to być również jego podwykonawca;
- 2) a) czy chodzi wyłącznie o odpady odebrane bezpośrednio od właścicieli nieruchomości, (b) czy też mogą to być również odpady z PSZOK.
2. W odniesieniu do pierwszego warunku - 3) a) czy obsługa obszaru zamieszkałego przez co najmniej 100 tys. mieszkańców musi wynikać z jednego zamówienia, b) czy też może być przedmiotem sumowania dwóch lub większej liczby zamówień; 4) a) czy okres dwunastu miesięcy musi dotyczyć każdego z wykazywanych zamówień, b) czy też wystarczające jest, aby w sumie zamówienia obejmowały taki okres.
3. W odniesieniu do drugiego warunku: 5) a) czy obsługa obszaru zamieszkałego przez co najmniej 100 tys. mieszkańców musi wynikać wyłącznie z usługi realizowanej na rzecz gminy, b) czy też może wynikać również z obsługi nieruchomości niezamieszkałych na podstawie umów zawartych z ich właścicielami.

Z odpowiedzi na odwołania z 13 maja 2021 r. wynika w szczególności, że gdyby Alba zgłosiła w powyższym zakresie wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, uzyskałaby w odpowiedzi wyjaśnienie, że w przypadku z każdej z powyższych alternatyw chodzi o drugą możliwość, czyli w każdym przypadku właściwa jest taka interpretacja, która pozwala na rozszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienia.

Reasumując, Izba ustaliła, że zarzuty sformułowane w odwołaniach Alby stanowią de facto wnioski o wyjaśnienie treści przywołanych powyżej postanowień. W szczególności sposób zaprezentowania w uzasadnieniu odwołania okoliczności faktycznych i prawnych wykazuje co najwyżej, że poszczególne wymagania warunków mogą być odczytane na dwa różne sposoby.

Natomiast nie podlegały rozpoznaniu w niniejszych sprawach zarzuty, które zostały sformułowane dopiero po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie, gdy okazało się, że zawarte tam wyjaśnienia nie odpowiadają preferencjom Odwołującego, a ponadto jego zdaniem nie są spójne w odniesieniu do obu warunków. Stąd nie mają znaczenia dla sprawy okoliczności, które obszernie zostały wywiedzione w toku rozprawy (w tym w piśmie procesowym z 8 czerwca 2022 r.), a nawet już po jej zamknięciu (w piśmie procesowym z 9 czerwca 2022 r.).

W konsekwencji nie miały znaczenia zgłoszone jako dowody na poparcie na nowo sformułowanych zarzutów [oznaczenia w protokole rozprawy]:

- [OIV8] wyciąg ze strony BIP UM Wrocław co do podmiotów odbierających aktualnie odpady komunalne na terenie gminy Wrocław, [OIV9] wzór karty przekazania opadów komunalnych (stanowiące załącznik do stosownych przepisów), [OIV10-11] dwie wypełnione karty BDO, pierwsza przez wykonawcę, druga przez podwykonawcę - celem wykazania faktu, że podmiotem odbierającym odpady jest podmiot, który posiada podpisaną umowę na odbiór i zagospodarowanie odpadów z gminą, a nie podwykonawca realizujący faktycznie usługę opróżniania pojemników, który jest podmiotem wyłącznie transportującym odpady;
- [OIV12] zestawienie tabelaryczne pn. „Specyfika wykonania umowy”, gdzie kolorem niebieskim zostały zaznaczone czynności, które bezpośrednio musi wykonać wykonawca, z którym zawarto umowę - celem wykazania zakresu prac, które wykonawca mający podpisaną umowę z gminą musi zrealizować osobiście, a zatem wskazania zakresu wykonywanej przez wykonawcę usługi i tym samym niezbędnego doświadczenia w zakresie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów;
- [OIV13] grafika obrazująca wątpliwości co do rozumienia warunku pierwszego w zestawieniu z warunkiem drugim dla wykazania, że ten ostatni po uwzględnieniu stanowiska Zamawiającego uwzględniającego odwołania Eneris de facto nie weryfikuje zdolności wykonawcy do zagospodarowania odpadów (patrz tekst wydrukowany na czerwono), gdyż wystarczy faktycznie jedna usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych załączona na rzecz gminy, na której obszarze zamieszkuje co najmniej 100

tys. mieszkańców przy faktycznej obsłudze choćby jednej nieruchomości zamieszkałej lub niezamieszkałej;

- [OIV14] tabelaryczne zestawienie pn. „Proporcjonalność warunku doświadczenia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia” obrazujące, że wymagane, aby wykonawca ubiegający się o te zamówienia dla każdego sektora legitymował się doświadczeniem w faktycznej obsłudze 100 tys. mieszkańców, de facto oznacza proporcję poniżej 50% w stosunku do przedmiotu zamówienia, po uwzględnieniu, że obejmuje on również nieruchomości niezamieszkałe (patrz konkluzja wydrukowana na czerwono);
- [OIV15] zestawienie opracowane na podstawie powszechnie dostępnych danych obrazujące większościowy udział zagospodarowania w koszcie wykonania zamówienia na odbiór i zagospodarowanie w odniesieniu do 5 miast powyżej 100 tys. mieszkańców (patrz pola zaznaczone na żółto) - dla uwidocznienia wagi właściwego określenia warunku udziału dla dopuszczenia wykonawców zdolnych do faktycznego wykonania tych zamówienia w aspekcie zagospodarowania odpadów;
- [OIV16] umowy zawartej z Albą na odbiór i zagospodarowanie odpadów z cmentarzy komunalnych na terenie gminy Wrocław oraz przykładowe wzory umów z miastami również zamieszkałymi przez co najmniej 100 tys. mieszkańców: [OIV17] Chorzowem i [OIV18] Radomiem, dotyczących usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od konkretnych jednostek organizacyjnych tych gmin - dla wykazania, że przy obecnej interpretacji warunku przez Zamawiającego wystarczy doświadczenie w realizacji takich zamówień, pomimo tego, że faktyczne dotyczą one niewielkiego wolumenu odpadów z niewielkiej liczby pojemników, co wiąże się z brakiem w treści warunku drugiego wymagania co do wolumenu zagospodarowanych odpadów obrazującego skalę zamówienia adekwatną do zamówień, które mają być udzielone w wyniku tych przetargów;
- [OIV19] 10 pism oraz dwa wydruki artykułów ze stron internetowych dotyczące realizacji zamówienia przez P.H.U. Komunalnik, co zakończyło się wykonaniem zastępczym przez spółkę miejską, a ostatecznie odstąpieniem przez gminę Bydgoszcz od umowy połączonym z nałożeniem wielomilionowych kar umownych - na okoliczność problemów, jakie wynikają z zawarcia umowy z wykonawcą bez należytego zweryfikowania jego zdolności do wykonania zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołań są niezasadne.

Co prawda w petitum odwołania wskazano na naruszenie art.112 pzp - zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności - ale okoliczności zawarte w uzasadnieniu odwołania wskazują jedynie na powzięcie przez Odwołującego na tle opisu warunków udziału wątpliwości, które mogą i powinny być zgłoszone Zamawiającemu w trybie art. 135 ust. 1 pzp jako wnioski o wyjaśnienie treści przywołanych powyżej postanowień SWZ. Samo zasugerowanie w uzasadnieniu odwołania, że - jak się okazało przeciwnie niż Zamawiający - Odwołujący uważa za właściwe takie doprecyzowanie warunków, aby stały się one bardziej rygorystyczne, nie mogło odnieść takiego skutku.

Należy zauważyć, że nic nie stało na przeszkodzie, aby Alba równolegle zarówno zgłosił w trybie art. 135 ust. 1 pzp Zamawiającemu wątpliwości odnośnie rozumienia warunków, jak i jednocześnie lub po otrzymaniu wyjaśnień wniósł odwołanie (w zależności od prezentowanej oceny prawnej co do upływu zawitego terminu na tę czynność) na takie ich zinterpretowanie, które uznałaby za naruszające zasady wyrażone w art. 112 pzp.

V. {rozpatrzenie zarzutów nr 7, 8 i 10 odwołań Alby (str. 17-19 uzasadnienia)}

- uszczegółowienie ilości dla niektórych frakcji odpadów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Wniesione odwołania zawierały, odpowiednio w pkt 7. i 8. petitum, analogiczne zarzuty braku wyodrębnienia, odpowiednio dla bioodpadów i dla odpadów wielkogabarytowych, spośród łącznej ich masy objętej odbiorem, zbieraniem, transportem

i zagospodarowaniem osobnych pozycji i ilości dla odpadów odbieranych bezpośrednio z obsługiwanych nieruchomości i dla odpadów odbieranych w tzw. systemie akcyjnym, aby była możliwa ich odrębna wycena. W ramach skorelowanych z tymi zarzutami żądań Odwołujący domagał się również, ponownie zarówno dla bioodpadów, jak i odpadów wielkogabarytowych, dodania trzeciej pozycji, w której wycenie miałyby podlegać

podstawienie jednej sztuki kontenera dla odbioru w tzw. systemie akcyjnym.

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 13 maja 2022 r. uwzględnił zarzuty i żądania w takim zakresie, że wyodrębnił w „Zestawieniu kosztów zadania” dla bioodpadów i odpadów wielkogabarytowych odrębne pozycje i ilości służące określeniu stawki za 1 Mg dla każdego z dwóch przewidzianych sposobów realizacji usługi, jednocześnie odmawiając uczynienia zadość żądaniu dodania trzeciej pozycji podlegającej wycenie stawką za podstawienie 1 szt. kontenera.

Z kolei przedmiotem zarzutu nr 10 był brak wyodrębnienia osobnej pozycji dla wyceny odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów w postaci igieł i strzykawek, na tej samej zasadzie jak została wyodrębniona pozycja dotycząca przeterminowanych leków.

W odpowiedzi na odwołania z 13 maja 2022 r. Zamawiający wyjaśnił, że wbrew temu, jak uzasadniono ten zarzut, według SWZ w odniesieniu do zużytych igieł i strzykawek obowiązki wykonawcy ograniczają się do zapewnienia i rozdysponowania do wskazanych aptek pojemników przeznaczonych do ich gromadzenia.

Pomimo takiego stanowiska Zamawiającego Odwołujący Alba formalnie podtrzymał w całości zarzuty zawarte w odwołaniu, ale de facto podjął próbę ich zmiany w toku rozprawy, co ze względu na omówione już powyżej granice kognicji Izby nie mogło być przedmiotem rozpoznania. W szczególności Odwołujący podniósł, że wskazane przez Zamawiającego w zmienionym po wniesieniu odwołania formularzu oferty odrębnie ilości w odniesieniu do różnych sposobów realizacji odbioru i zagospodarowania odpadów objętych tymi zarzutami, tj. taki sam wolumen dla odbioru bezpośrednio od właścicieli nieruchomości w trybie objazdu i dla systemu akcyjnego, czyli podstawienia na wezwanie kontenera, nie odpowiadają faktycznym realiom, które w 2021 r. prezentowały się tak, jak to wskazano w dwóch zestawieniach, które złożył [oznaczonych odpowiednio jako OIV20 i OIV21 w protokole rozprawy].

Tymczasem w zakresie zarzutów nr 7 i 8 sporna pozostała jedynie kwestia wyodrębnienia - zarówno w odniesieniu do bioodpadów, jak i odpadów wielkogabarytowych - pozycji, w której wycenie miałyby podlegać dodatkowo czynność podstawienia kontenera przeznaczonego na któryś z tych rodzajów odpadów.

W przeciwieństwie do uwzględnionej części zarzutu, uzasadnienie tego dodatkowego zarzutu-żądania sprowadza się w odwołaniach do konstatacji, że wynagrodzenie za odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie w przypadku niezapełnienia kontenerów odpadami może być zbyt niskie, aby pokryć koszt wykonania usługi.

Jednakże Odwołujący Alba przeszedł do porządku dziennego nad tym, że - jak trafnie podniósł to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - z przepisów art. 6f ust. 3 i 4 ucpg wprost wynika, podstawę ustalenia wynagrodzenia, odpowiednio za odbiór lub zagospodarowanie odpadów komunalnych, stanowi stawka za 1 Mg, odpowiednio odebranych lub zagospodarowanych odpadów komunalnych.

Z kolei zarzut nr 10 jako oparty na błędnie ustalonych okolicznościach faktycznych, jest bezprzedmiotowy, podobnie jak związane z nim żądanie, gdyż nie sposób domagać się przewidzenia dodatkowej pozycji na wycenę usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania zużytych igieł i strzykawek w zakresie, który nie jest objęty tymi zamówieniami.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach Alby przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 1 - przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Art. 16 - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Ponieważ odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego nie zawierały żadnych okoliczności wskazujących na naruszenie któregośkolwiek z powyższych przepisów, tak podtrzymane zarzuty należało uznać za oczywiście bezzasadne.