Sygn. akt: KIO 2468/22

WYROK

z dnia 5 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 października 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5 w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kąty Wrocławskie reprezentowaną przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej z siedzibą w Kątach Wrocławskich, ul. 1 Maja 85

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu I i III odwołania, w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania

ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5 na rzecz Gminy Kąty Wrocławskie reprezentowanej przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej z siedzibą w Kątach Wrocławskich, ul. 1 Maja 85 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2468/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Kąty Wrocław-

skie zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2022 r. pod numerem 2022/S 174-492275.

W dniu 19 września 2022 r. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 września 2022 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 19 września 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 433 pkt 4 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym możliwości jednostronnego zmniejszenia lub zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia określonego w SWZ tj. w dziale II rozdział 1 pkt 2 i 3 SWU, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia;

2. art. 439 ust. 1 ustawy w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1, 3 i 4 ustawy w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 5 k.c. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy i art. 17 ust. 1 ustawy 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 zakresie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w ten sposób, że:

a) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji została ograniczona do ±13% całkowitej wartości przedmiotu umowy, gdy tymczasem (z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą, trudną do przewidzenia dynamikę wzrostu cen) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że znacznie przewyższy zakładany przez zamawiającego próg 13%, a tym samym Wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia do rzeczywistego wzrostu kosztów, co czyni postanowienia SWZ w tym zakresie pozornymi i nierealizującymi obowiązku z art. 439 ustawy ,

b) wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia dopiero po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy i kolejnej waloryzacji po upływie następnych 6 miesięcy od uprzedniej waloryzacji, natomiast, aby waloryzacja realnie spełniała swoją funkcję, konieczne jest jej zagwarantowanie w postanowieniach umownych, w taki sposób, aby była dopuszczalna kwartalnie - co 3 miesiące, a jej przeprowadzenie uwarunkowane było sytuacją, w której wartość wzrostu kosztów realizacji umowy przekroczy 1% kosztów przyjętych w celu ustalenia dotychczasowego wynagrodzenia umownego należnego Wykonawcy. Tymczasem, w obecnej sytuacji gospodarczej i politycznej, konieczna jest pewna elastyczność po stronie zamawiającego i wprowadzenie kwartalnych przedziałów czasowych, po których przeprowadzona będzie waloryzacja. W konsekwencji powyższego zawarty w SWZ model waloryzacji tylko iluzorycznie realizuje obowiązek wynikający z art. 439 ustawy , w szczególności w związku z drastycznymi wahaniami cen, wysokim poziomem inflacji, brakiem możliwości ustalenia wiarygodnych prognoz gospodarczych na najbliższe miesiące i lata, ustalone przez zamawiającego parametry waloryzacji w rzeczywistości nie gwarantują zgodnego z przepisami urealnienia wysokości wynagrodzenia;

3. art. 95 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy przez określenie w § 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr A do SWZ, wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności związane z prowadzonym we własnym zakresie przetwarzaniem odpadów na podstawie stosunku pracy w sytuacji, gdy wykonanie tych czynności nie musi polegać na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy;

4. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy oraz art. 16 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie w rozdziale II rozdział 6 pkt 1 ppkt 7) oraz pkt 2 SWU wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie wymogów odbioru odpadów w workach zamiast w tylko w pojemnikach ;

5. art. 433 pkt 2 i art. 431 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy, w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 354 k.c. w

zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 j.t. ze zm.), dalej jako „u.c.p.g.", przez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu przewyższającego ustawowy obowiązek nałożony na Gminy (art. 3b ust 1 ucpg) oraz zastrzeżenie na rzecz zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „poziomu recyklingu") w sytuacji, gdy stanowi to ustalenie kary umownej za zachowanie wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem umowy. Powyższe polega na tym, że wykonawca może zrealizować umowę prawidłowo, a mimo to, nie osiągnąć ustalonego poziomu recyklingu. Ponadto przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie tzw. poziomu recyklingu w sytuacji, gdy oczywistym jest, że wykonawca nie ma całościowego wpływu na osiągnięcie tego poziomu (m.in. realizowania przez zamawiającego czynności mających na celu osiągnięcie tego poziomu niezależnie od wykonawcy a wynikających z przepisów prawa - wykonawca nie ma wpływu na działania zamawiającego w tym zakresie, słabej jakości i niskich ilości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła" i 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)), jest niezgodne z obowiązkiem współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy wykonaniu umowy. W konsekwencji - ponieważ odpowiedzialność wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił zamawiający w § 14 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy, jest nieadekwatne do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i co za tym idzie rażąco wygórowana;

6. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy, art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 k.c. art. 353(1) k.c., art. 487 § 2 k.c. i art. art. 483 § 2 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. przez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia umownych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz wobec przewidywanych kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów w sytuacji, gdy ich osiągnięcie przy ustalonym braku narzędzi po stronie wykonawcy do wyegzekwowania „u źródła" selektywnej zbiórki, na poziomie oczekiwanym przez zamawiającego 35% w roku 2023 i 45 % w roku 2024, co jest wysoce utrudnione. Ponadto zamawiający uzyskuje z innych źródeł niż realizacja umowy przez wykonawcę odpady, które może zaliczyć do poziomów recyklingu (punkty skupu, kompostowniki, nieruchomości niezamieszkałe), zatem skoro zamawiający w ramach własnych uprawnień uzyskuje pewien procent poziomu recyklingu, to wymagać powinien od wykonawcy realizacji poziomu w zakresie odpowiadającym pozostałym do sumarycznego osiągnięcia 35 % poziomu recyklingu w 2023 r. oraz 45 % w roku 2024. W innym wypadku należy uznać, że skoro zamawiający sam w określonym procencie np. 10 %, jest w stanie uzyskać jakąś część ustalonego do realizacji poziomu recyklingu, to przeniesienie na wykonawcę obowiązku zrealizowania poziomu w wysokości 35% i 45%, stanowi przeniesienie na wykonawcę obowiązku wykraczającego poza przepisy ustawy nakładające na gminę obowiązek osiągnięcia rocznego poziomu, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem a priori obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych. Jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy , gdyż pozostaje nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w tym odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1. wprowadzeniu do SWZ postanowień, które ustalą minimalną wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy na poziomie 80% wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 wzoru umowy; 2. zmiany postanowień §17 ust. 4 pkt 5 w taki sposób, aby uzyskał brzmienie:

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

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz odpowiednio dotyczących usług wykonanych po upływie następnych minimum 3 miesięcy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS

odpowiednio z 3 ostatnich miesięcy będzie różna od ± 1 %.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór: $CN1 = Cjo \times Z\ (Wa - 100\%)\ 100\%$
gdzie:

- Cjo - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),
- CN1 - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 3 miesięcy),
- Wa - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 3 zakończonych Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie 3 od dnia złożenia wniosku, wyrażone w%,
- a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 3 zakończonych miesięcy do dnia złożenia

wniosku, gdzie a= 1, 2, 3.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 3 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku zastosowany będzie wzór:

$CNn = Cjm \times C\ (Wb - 100\%)100\%$

gdzie:

- Cjm - cena jednostkowa przed następną zmianą,
- CNn - cena jednostkowa po następną zmianie,
- Wb - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc= 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 3 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w%,
- N - numer zmiany, gdzie n= 2, 3, 4,
- m - numer ceny jednostkowej przed kolejną zmianą, m =1, 2, 3,
- b - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 3 zakończonych miesięcy do dnia złożenia

wniosku, gdzie b = 1, 2, 3.

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 3 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 minimum 3 miesięcy. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±30 % całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto. 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 strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W przypadku gdyby koszty realizacji kontraktu wzrosły powyżej 30% wartości umowy, wykonawca ma prawo wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia umowy".

Ewentualnie:

zmiany postanowień § 17 ust. 4 pkt 5 w taki sposób, aby uzyskał brzmienie: „W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia strony ustalają, że zmiana taka zachodzi w przypadku, gdy poziom zmiany:

1. kosztów zagospodarowania odpadów rozumiane jako zmianę ceny jednostkowej przyjęcia jednego Mg odpadów przekroczy 10% w stosunku do wartości ceny z dnia składania oferty;

2. ceny paliwa przekroczy 10% w stosunku do wartości ceny z dnia składania oferty;

3. średniej ceny sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym ogłaszanej przez prezesa urzędu regulacji energetyki przekroczy 10% wartości ceny z dnia składania oferty; z zastrzeżeniem, że zmiana może nastąpić najwcześniej po upływie 3 miesięcy od zawarcia umowy oraz nie częściej niż co 3 miesiące i dotyczy jedynie wynagrodzenia za usługi wykonane przez wykonawcę po dacie złożenia prawidłowego wniosku w zakresie dokonania waloryzacji.

Zmiana będzie następowała na podstawie wyliczeń opartych na podstawie komunikatu o wskaźniku cen towarów i usług konsumpcyjnych za ostatni miesiąc sprzed daty złożenia wniosku, opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w odniesieniu do wskaźnika z dnia składania oferty, a przy kolejnych zmianach wynagrodzenia w stosunku do wskaźnika uwzględnionego przy dokonaniu poprzedniej waloryzacji. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania wyżej wymienionych postanowień wynosi maksymalnie łącznie do 30% wartości umowy. W przypadku gdyby koszty realizacji kontraktu wzrosły powyżej 30% wartości umowy, wykonawca ma prawo wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia umowy".

3. zmianę treści §5 ust. 1 projektu umowy w taki sposób, aby uzyskał brzmienie: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem i transportem odpadów".

4. wykreślenie postanowień Działu II rozdział 6 pkt 1 ppkt 7 i pkt 2 SWU oraz Działu VI pkt 2 ppkt 5 w zakresie obowiązku skanowania kodów kreskowych przez wykonawcę;

5. (wniosek do zarzutu nr 5 i nr 6):

1) zmiany §14 ust. 3 pkt 3 Projektu umowy w taki sposób, by obowiązki wykonawcy w zakresie pkt VIII SWU i co za tym idzie kara umowna była ustalona w wysokości adekwatnej do obiektywnych możliwości wykonawcy zapewnienia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych określonej dla każdej frakcji odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości oddzielnie. Powyższe przy założeniu, że poziom jaki ma osiągnąć wykonawca dla każdej z frakcji, to:

a) 3 % dla odpadów zmieszanych;

b) 90% dla odpadów papieru oraz szkła,

c) 30% dla odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych,

d) 50 % dla bioodpadów,

e) 10 % dla gabarytów,

f) 50 % dla odpadów z drzewek i ozdób bożonarodzeniowych stanowiących części roślin, Poziomy te są realne do spełnienia przez wykonawcę i odzwierciedlają średni poziom recyklingu dla danej frakcji uzyskiwany przez przedsiębiorców działających w branży odpadów

komunalnych, dopiero w przypadku ich nieosiągnięcia przez wykonawcę zamawiający miałby prawo nakładać ewentualną karę zgodnie z przepisami prawa.

Ewentualnie:

2) Zmiany postanowień Rozdziału VIII SWU i § 14 ust. 3 pkt 3 Projektu umowy, w sposób, który dostosuje odpowiedzialność wykonawcy za nieosiągnięcie poziomu recyklingu do jego realnego wpływu na ten poziom, wynikający z tego, jaki procent realizacji poziomu samodzielnie, niezależnie od wykonawcy osiąga gmina - zamawiający - 10 - 20% (wartość 10 - 20% to założenie własne odwołującego). Następnie pozostawienie wykonawcy do realizacji poziomu odpowiadającego pozostałemu będącym różnicą pomiędzy poziomem recyklingu jaki Gmina obowiązana jest osiągnąć w danym roku a poziomem uzyskiwanym przez zamawiającego. Dla przykładu, jeżeli w 2023 r. ustalony poziom to 35 %, więc przy założeniu, że zamawiający samodzielnie uzyska 10%, wykonawca może ponosić odpowiedzialność tylko w przypadku nieosiągnięcia poziomu 25%.

Ewentualnie:

3) wykreślenia § 14 ust. 3 pkt 3 Projektu umowy;

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu tego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowa-

nia w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia. Tymczasem odwołujący, jako podmiot działający w branży odbioru odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia zwłaszcza, że w ostatnich latach świadczył na rzecz zamawiającego usługi z zakresu odbioru odpadów i zagospodarowania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy , co wypełnia materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy . Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert czy też formułowania obowiązków umownych, w tym kar umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, czym godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto takie postanowienia SWZ prowadzą do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia (tak np. KIO 1987/21).

Zamówienie będzie realizowane przez 24 m-ce, od dnia zawarcia umowy.

Zamawiający w ocenie odwołującego przygotował dokumentację postępowania w sposób sprzeczny z przepisami ustawy , co doprowadziło do uniemożliwienia odwołującemu złożenia oferty, która możliwa będzie do porównania z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, ponadto postanowienia dokumentacji postępowania jako nieprawidłowe, nieprecyzyjne - uniemożliwiają prawidłowe skalkulowanie i sporządzenie oferty przez wykonawców.

W świetle powyższego wniesienie tego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

I. AD Zarzut 1

Zamawiający w Dziale II rozdział 1 pkt 2 SWU przewidział możliwość dowolnej zmiany zakresu przedmiotu zamówienia podając, że:

„Nieruchomości objęte usługą określa Załącznik nr 2 do SWU „Wykaz Nieruchomości", wskazujący ilość i pojemność oraz rodzaje pojemników, w jakie wyposażona jest nieruchomość oraz rodzaje odpadów, które zbierane są w workach. Zamawiający w każdym czasie ma prawo zmienić lub uzupełnić dane objęte Wykazem Nieruchomości, a Wykonawca obowiązany jest uwzględnić zmianę, poczynając od drugiego dnia roboczego następującego po dniu powiadomienia.

Zmiana Wykazu Nieruchomości nie stanowi zmiany umowy ani podstawy do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy."

Zgodnie z § 17 ust. 1 pkt 3 Projektu umowy „Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie: zmiany zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany".

Jednocześnie w postanowieniach SWZ zamawiający nie wskazał minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy .: "Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać (...) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron".

Powołał komentarz M. Wolskiego, oraz komentarz E. Wiktorowska [w:] "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", A. Gawrońska-Baran i in. , LEX, oraz orzecznictwo z 7.05.2014 r., sygn. akt KIO 809/14, LEX nr 1463507, z 11.01.2008 r., KIO/UZP 22/07a także wyrok z 7.09.2016 r., sygn. akt C-549/14, Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation , EU : C : 2016:634.

Skoro zamawiający w dokumentacji postępowania przewiduje możliwość jednostronnego ograniczenia, zmiany zakresu zamówienia, to jest zobowiązany określić minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron umowy - a mimo to, tego nie uczynił. W ten sposób zamawiający naruszył realizację zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy . Ponadto, takie działanie zamawiającego stanowi niewypełnienie obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy i umożliwia wykonawcom prawidłowe sporządzenie ofert. Zgodnie bowiem z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. Powołał wyrok KIO z 6.06.2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18, LEX nr 2528926; wyrok KIO z 13.12.2019 r., KIO 2416/19, LEX nr 2770734). W

II. AD. ZARZUT 2

Zamawiający zobowiązany jest do uregulowania w umowie mechanizmu zmiany wynagrodzenia zgodnie z art. 439 ustawy ponieważ przewidział umowa na wykonanie przedmiotu zamówienia realizowana ma być przez 24 m-ce od daty jej zawarcia.

Zgodnie z postanowieniami §17 ust. 3 pkt 5) i ust. 4 pkt 5) Projektu umowy zamawiający w sposób następujący uregulował kwestię zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

„3. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11, w przypadku zmiany: (...)

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - zgodnie z komunikatem Prezesa GUS w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych. mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonych negocjacjach, 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 negocjacji.(..)

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

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz odpowiednio dotyczących usług wykonanych po upływie następnych minimum 6 miesięcy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS odpowiednio za 12 lub 6 ostatnich miesięcy będzie różna od ± 3,5 %.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy

zastosowany będzie wzór: $CN1 = Cjo \times Z\ (Wa - 100\%)\ 100\%$

gdzie:

- Cjo - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),
- CN1 - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 12 miesięcy),
- Wa - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 12 zakończonych Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie 21 miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w%,
- a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 12 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie a= 1, 2, ..., 12.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku zastosowany będzie wzór:

$CNn = Cjm\ xC\ (Wb - 100\%)100\%$

gdzie:

- Cjm - cena jednostkowa przed następną zmianą,
- CNn - cena jednostkowa po następną zmianie,
- Wb - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc= 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w%,
- N - numer zmiany, gdzie n= 2, 3, 4,

- m - numer ceny jednostkowej przed kolejną zmianą, m =1, 2, 3,
- b - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie b = 1, 2, ..., 6.

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływieminimum12 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 minimum 6 miesięcy. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±13 % całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto. 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 strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia."

Odwołujący podniósł, że tak ustalone zasady waloryzacji wynagrodzenia, jak tego dokonał zamawiający w SWZ, nie zapewniają realizacji celu ustawowego jakiemu służyć ma waloryzacja, powodują, że postanowienia te mają charakter pozorny wobec braku możliwości ich rzeczywistego zastosowania w sytuacji wzrostu cen realizacji usługi na przestrzeni pierwszych 12 miesięcy trwania umowy i wobec przyjętego w SWZ modelu waloryzacji. Działanie to ma wpływ na brak możliwości prawidłowego oszacowana ceny oferty, bowiem wykonawcy, każdy indywidualnie - bez ustalonych w tym zakresie reguł w OPZ, jest zmuszony sztucznie podnieść cenę oferty w taki sposób, aby w przypadku wystąpienia istotnego wzrostu kosztu wykonania umowy kontrakt pozostał rentowny - w zasadzie, na skutek wadliwego z uwagi na swą pozorność modelu waloryzacji - przez cały czas trwania umowy. Oczywiście podjęcie takich działań przez wykonawców i tak nie zapewnia usunięcia ryzyka realizacji umowy bez pokrycia jej realnych kosztów wykonania, a przecież właśnie po to, by tego ryzyka nie było ustawodawca nakazał zamawiającym wprowadzenie do umowy klauzuli waloryzacyjnej. W konsekwencji zamawiający otrzyma ofertę zawierającą wyższe ceny - bowiem, na skutek braku uregulowania kwestii waloryzacji wynagrodzenia umownego w sposób umożliwiający jego zastosowanie po pierwszych 3 miesiącach realizacji usługi, wykonawcy do aktualnych cen realizacji usługi zmuszeni będą doliczyć trudne do przewidzenia w czasie składania ofert koszty wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dlatego każdy z wykonawców zrobi to wg własnego uznania, w obliczu braku zapewnienia przez zamawiającego możliwych do zastosowania zasad waloryzacji już po pierwszych 3 miesiącach trwania umowy. Tak złożone oferty - każda oszacowana wg innych założeń, będzie trudno porównać. Gdyby zamawiający przewidział w umowie mechanizmy waloryzacji pozwalające na urealnienie wysokości wynagrodzenia o aktualnie istniejące czynniki cenotwórcze, zaoszczędziłby, bowiem wykonawcy nie musieli by w cenę oferty wliczać bardzo wysokiego ryzyka związanego z niepewnością co do kształtowania się cen w najbliższych miesiącach i latach, a niepewność ta jest niestety faktem notoryjnym. W konsekwencji powyższego, aby zastosowana przez zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie była pozorna i realizowała cel równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych, konieczne jest jej zmodyfikowanie w taki sposób, aby:

1) waloryzacja ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - możliwa była po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz odpowiednio dotyczących usług wykonanych po upływie następnych minimum 3 miesięcy w przypadku, gdy wystąpił zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a podstawą dla wykonawcy o wystąpienie z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia;

2) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w związku z waloryzacją wynosiła ±30 % całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto z zastrzeżeniem, że w przypadku zwiększenia kosztów wykonawcy ponad ten poziom, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do wypowiedzenia umowy z 1-miesiecznym okresem wypowiedzenia.

„Wprowadzenie do obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawie zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowę może mieć różne podłoże, to w ar. 439 ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Intencją ustawodawcy było zatem nałożenia na zamawiających obowiązku wprowadzenia do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i

zachodzących w toku jego realizacji. Odwołujący zaskarżając postanowienia dot. klauzuli waloryzacyjnej podkreśla, że zmiana wynagrodzenia obowiązywać będzie w obie strony - zatem, w przypadku obniżenia kosztów Zamawiający także kwartalnie będzie miał prawo do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia, w przypadku zaistnienia zmiany na poziomie ponad 1%, w skali kwartału jak proponuje wykonawca. Podkreślenia wymaga także fakt, że oczywistym jest, że waloryzacja wynagrodzenia służy dostosowaniu ceny za wykonywaną usługę do rzeczywistych kosztów w czasie trwania kontraktu bez faworyzowania żadnej ze stron umowy.

Przedmiot umowy jest usługą „nisko marżową". Uzależnienie zmiany wynagrodzenia dopiero po upływie 12 miesięcy doprowadzić może do sytuacji, gdy wykonawca pozbawiony narzędzia do dostosowania realnych kosztów, albo wykonywał będzie usługę poniżej rentowności kontraktu, albo będzie zmuszony do jego wypowiedzenia w obliczu rażącej straty. Jeżeli bowiem wzrost kosztów będzie istotny i np. przekroczy 25 % w stosunku do ceny oferty z dnia składania ofert, co w dzisiejszych realiach gospodarczych jest jednym z możliwych scenariuszy, to obecne parametry zastosowane w klauzuli waloryzacyjnej przez zamawiającego skazują Wykonawcę na realizacje kontaktu bez zapewnienia możliwości w trakcie jego trwania dostosowania warunków wynagrodzenia do rzeczywistych kosztów.

Odwołujący zwrócił uwagę na niestabilność w zakresie ceny energii, paliwa, rekordowo wysoki i wciąż rosnący poziom inflacji, podwyższanie stóp procentowych, ustalenie rekordowo wysokiego minimalnego wynagrodzenia za pracę itp. Publikowane dane wskazują, że aktualnie polska gospodarka zmaga się z najwyższym poziomem inflacji od blisko 22 lat, a skutków tego zjawiska nie sposób przewidzieć, zwłaszcza w odniesieniu do kontraktu, który może trwać 2 lata.

Tymczasem, w obecnej sytuacji gospodarczej i politycznej, konieczna jest pewna elastyczność po stronie zamawiającego i wprowadzenie kwartalnych przedziałów czasowych, po których przeprowadzona będzie waloryzacja umowy.

Oczywistym jest dla odwołującego przy tym, że rosnąca inflacja oznacza, wzrost cen produktów np. paliwa, energii itp. przy czym skala zjawiska jest na ten moment nieznana. W tych warunkach gospodarczych, przy tak niskich marżach wykonawców, wzrosty kosztów na poziomie 1% w skali 3 m-cy bardzo silnie przekładają się opłacalność całego kontraktu. W związku z powyższym za zasadny należy uznać postulat odwołującego co do obniżenia (w §17 ust. 4 pkt 5) poziomu zmiany kosztów związanych z realizacją umowy względem kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy (w sposób proporcjonalny dla żądanego okresu waloryzacji 3 m-ce zamiast 12 m-cy i proporcjonalnie 1% zamiast 3,5 %), tak aby strona była uprawniona do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, gdy poziom ten przekroczy poziom 1% w skali 3 m-cy, co pozwoli zachować ekwiwalentność świadczeń stron umowy. Uwzględnienie tego postulatu będzie przy tym korzystne także dla zamawiającego. Wprowadzenie realnej klauzuli waloryzacyjnej zapobiegnie bowiem sytuacjom, w których wykonawcy będą musieli określać cenę ofertową na poziomie odpowiednio wyższym tak, aby pokryć wzrosty kosztów do poziomu realnego i w ten sposób zapewnić opłacalność całego kontraktu lub w przypadku niedoszacowania ceny oferty „schodzić z kontraktów". Zamawiający ograniczył maksymalną wysokość zmiany wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji do zaledwie 13% wynagrodzenia brutto, o których mowa w § 11 ust. 1 umowy, gdy tymczasem (z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że przewyższy zakładany przez zamawiającego próg, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia ponad 13%. To z kolei stanowi kolejny symptom pozorności projektowanej przez zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej. Odwołujący nie zaprzeczył, że wprowadzenie maksymalnej wartości zmian wynagrodzenia jest konieczne, nie tylko ze względu na brzmienie przepisów , ale także z uwagi na funkcjonowanie zamawiającego w oparciu pewne plany finansowe, jednak działanie to nie może być dowolne. Wręcz przeciwnie, działanie zamawiającego musi uwzględniać nie tylko jego interes gospodarczy, ale także realizować cel, jakiemu służy wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych do kontraktu. Zamawiający w każdym przypadku powinien więc wziąć pod uwagę znane mu (w momencie przygotowania postępowania) warunki rynkowe, które obecnie są bardzo niestabilne, i planowany czas realizacji kontraktu, który może objąć 2 lata. W tych warunkach, mając na uwadze choćby poziomy inflacji, ograniczenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do zaledwie 13% wynagrodzenia brutto, rodzi wysokie prawdopodobieństwo, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że przewyższy zakładany przez zamawiającego próg 13% przed zakończeniem kontraktu, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia.

Nie może także znikać z pola widzenia w tym miejscu, że istotą waloryzacji jest dostosowanie wysokości wynagrodzenia do realnych kosztów wykonania usługi w przypadku, gdy wysokość kosztów ulega zmianie niezależnie od woli i działań stron umowy. Z tych powodów nie jest dopuszczalne, aby waloryzacja limitowana była przez wprowadzanie przedziałów czasowych - po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, czy też po upływie 6 miesięcy

od daty ostatniej waloryzacji - jak to uregulował zamawiający w SWZ. Utrzymanie bowiem takich postanowień jedynie pogłębia pozorność realizacji obowiązku ustawowego jaki spoczywa na zamawiającym na podstawie art. 439 ustawy . Nie dość, że wskazane w postanowieniach dokumentacji Postępowania wartości procentowe powodują w istocie wyłączenie waloryzacji wynagrodzenia, to dodatkowo ograniczenie przeprowadzenia waloryzacji w określonych przedziałach czasowych potęguje wadliwość i pozorność czynności, jaką podjął w tym Postępowaniu zamawiający, regulując kwestie dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego.

Zamawiający nadużył przysługujące mu prawa do formułowania postanowień umownych w celu przeniesienia pełnego ryzyko wzrostu kosztów realizacji usługi w czasie trwania umowy na Wykonawcę, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 3531 k.c. i 5 k.c. Takie działanie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i narusza przepis art. 3531 k.c. i 5 k.c. Jak zauważa się w doktrynie „w art. 353(1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Dodatkowo zgodność czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy”. Powołał z wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1283/20. Odwołujący podniósł również, że zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy ani k.c. Odwołujący zaznaczył również, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Podkreślił, że istotą zasady efektywności jest osiąganie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. best value for money. Czynności i zaniechania zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W świetle powyższego za zasadny uznać należy postulat odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany projektowanej przez zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej.

Oczywistym jest, że wynagrodzenie umowne waloryzowane powinno być „odpowiednio”. W tym miejscu za aktualne należy uznać pojęcie "odpowiedniej zmiany wynagrodzenia" ustalone w orzecznictwie KIO do art. 142 ust. 5 uprzednio obowiązującej ustawy , gdzie zarówno Prezes UZP jak i utrwalona linia orzecznicza Izby podawała, że za odpowiednią zmianę wynagrodzenia należy przyjąć taką zmianę, która dostosowuje wprost proporcjonalnie wynagrodzenie wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację zamówienia w związku z zaistnieniem okoliczności niezależnych od stron umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazuje utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej "zmiana wynagrodzenia powinna być "adekwatna", wynikająca wprost z zaistniałej zmiany kosztów, przy czym owa odpowiedniość powinna być rozumiana jako „suma wzrostu kosztów” realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji powyższego nie można przyjąć, że klauzula waloryzacyjna określona w SWZ przez zamawiającego jest prawidłowa i realizuje obowiązek ustawowy, jaki nakłada na zamawiającego art. 439 ustawy .

Mając na uwadze powyższe oraz mając na uwadze stanowiska wyrażone przez ekspertów w dziedzinie - uczestników debaty publicznej na temat waloryzacji wynagrodzenia, w tym przez Panią Ewę Wiktorowską oraz przez Pana Mariusza Ciska - Koordynatora Zespołu ds. zamówień publicznych w Departamencie Doskonalenia Regulacji Gospodarczych w Ministerstwie Rozwoju, która odbyła się w dniu 31.05.2022 r. na temat „Zmiany umów w sprawie zamówienia w dobie wojny, inflacji i pandemii” (- link do nagrania debaty:
) odwołujący pozwolił sobie zacytować wypowiedź Pani Ewy Wiktorowskiej (109 i kolejne minuty nagrania):„po pierwsze zamawiający musi się nauczyć klauzulę pisać na nowo wobec tego, co aktualnie dzieje się na rynku (..). Po drugie - celem regulacji art. 439 ustawy (przypis własny) jest zapewnienie wykonawcy, że będzie wiedział, że jeśli zmienią się ceny rynkowe, to zostanie zmienione jego wynagrodzenie w dostosowaniu do cen rynkowych. Zatem nie będzie ryzyka inflacji, czy ryzyka zmiany cen rynkowych wliczał do oferty, czyli, że złoży ofertę na rzeczywistych kosztach, które zna na dzień składania oferty, gdyż ten problem załatwić ma waloryzacja (...). Jeżeli zamawiający odpowiada (tak, jak na str. 9 odpowiedzi na odwołanie - przypis własny), że wykonawca zna ryzyka inflacji, czy ryzyka zmiany cen, to od razu powinien je uwzględnić w ofercie, to rodzi się pytanie: po co nasza klauzula? Taka postawa zamawiającego - ten sposób myślenia jest odwrotny do idei, która, w mojej ocenie, przyświecała ustawodawcy, żeby właśnie wykonawcy obliczali ceny na dzisiaj, z dnia złożenia oferty, a tymi klauzulami uaktualniać wysokość wynagrodzenia. Odwołujący w tym miej-

scu podziela w pełni stanowisko Pani Ewy Wiktorowskiej i wskazuje, że mechanizm waloryzacji przewidziany przez zamawiającego w istocie stanowi zaprzeczenia realizacji obowiązku, jaki nakłada na zamawiającego art. 439 ustawy - tj. ustalenie w treści umowy takiej klauzuli waloryzacyjnej, która zapewni odpowiednią zmianę (obejmującą sumę wzrostu kosztów) na skutek okoliczności, które są niezależne od stron umowy i stanowią jedynie wyrównanie wysokości wynagrodzenia o kwotę wzrostu kosztów. Dodatkowo, co jest kluczowe - zamawiający konstruując klauzulę waloryzacji powinien stworzyć ją w taki sposób, by określić jej model i mechanizm, w taki sposób by uwzględniała ona realia w jakich osadzone będzie wykonywanie przedmiotu zamówienia, czego zabrało w postanowieniach przedmiotowych postępowań. Stanowisko Pani Ewy Wiktorowskiej podczas wskazanej powyżej debaty w pełni podzielił Pan Mariusz Cisek, który pracował nad aktualną treścią ustawy w czasie jej tworzenia i wyraźnie podkreślił, że właśnie regulacja zawarta w art. 439 ustawy zapewnić miała zamawiającemu taką sytuację, gdzie ponosić miał on koszty za realizacje umowy wg aktualnych cen rynkowych, które miały być uaktualniane na podstawie klauzul waloryzacyjnych, właśnie po to by uniknąć sytuacji, w której ponad cenę rynkową Wykonawca musi wliczyć koszt ryzyka wzrostu cen - dodatkowo płacić za ryzyka wzrostu kosztów (129 minuta nagrania i kolejne).

Konieczność stosowania realnych, gwarantujących realizację obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 439 ustawy klauzul waloryzacyjnych, potwierdza także najnowsze orzecznictwo KIO. Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-01-05 w sprawie KIO 3600/21. Odwołujący, w pełni zgadza się z argumentacją Izby wyrażoną w tym orzeczeniu - jednocześnie wskazał, że okoliczności wynikające z niemożliwej do przewidzenia w dalszym rozwoju sytuacji geopolitycznej, która bezpośrednio ma przełożenie na ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, potwierdzają zasadność wprowadzenia dodatkowej regulacji pozwalającej na waloryzację wynagrodzenia w oparciu o zawnioskowaną przez odwołującego zmianą tych postanowień SWZ. Skoro, bowiem prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, to stanowisko odwołującego w tym zakresie jest w pełni uzasadnione.

Ewentualnie: ponieważ zamawiający jako gospodarz postępowania decyduje o sposobie ukształtowania postanowień SWZ oraz ponosi z tego tytułu odpowiedzialność, gdy jest ona niezgodna z SWZ, to odwołujący wskazuje alternatywnie na możliwość uregulowania kwestii waloryzacji w sposób odmienny niż obecnie przyjęty mechanizm waloryzacji.

Ponieważ najwięcej ważącymi kosztami w realizacji zamówienia są koszty :

1. zagospodarowania odpadów rozumiane jako zmianę ceny jednostkowej przyjęcia jednego mg odpadów;

2. paliwa;

3. ceny sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym ogłaszanej przez prezesa urzędu regulacji energetyki;

to zamawiający może oprzeć zgodnie z art. 439 ustawy mechanizm waloryzacji o ustalenie, że w przypadku gdy poziom ustalonych w dniu zawarcia umowy kosztu wzrośnie o 10% w stosunku do cen ustalonych w dniu zawarcia umowy (poziom kosztów spisany w treści załącznika do umowy) to najwcześniej po upływie 3 miesięcy od zawarcia umowy oraz nie częściej niż co 3 miesiące i w zakresie wynagrodzenia za usługi wykonane przez wykonawcę po dacie złożenia prawidłowego wniosku w zakresie dokonania waloryzacji możliwa będzie waloryzacja wynagrodzenia umownego. Zmiana będzie następowała na podstawie wyliczeń opartych na podstawie komunikatu o wskaźniku cen towarów i usług konsumpcyjnych za ostatni miesiąc z przed daty złożenia wniosku, opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w odniesieniu do wskaźnika z dnia składania oferty, a przy kolejnych zmianach wynagrodzenia w stosunku do wskaźnika uwzględnionego przy dokonaniu poprzedniej waloryzacji. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania wyżej wymienionych postanowień wynosi maksymalnie łącznie do 30% wartości umowy. Oczywiście podana powyżej w pkt 1 -19 argumentacja dotycząca konieczności zmiany częstotliwości waloryzacji oraz jej maksymalnej wielkości pozostaje aktualna także przy ewentualnej propozycji zmiany postanowień §17 ust. 3 pkt 5) i ust. 4 pkt 5) Projektu umowy odwołującego.

III. AD. ZARZUT 3

Zamawiający w §5 ust. 1 projektu umowy ustanowił warunek:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem, transportem i prowadzonym we własnym zakresie przetwarzaniem

odpadów”.

Odwołujący nie zgadza się by zasadny był wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności bezpośrednio związane prowadzonym we własnym zakresie przetwarzaniem odpadów przez wykonawcę. Orzecznictwo dotyczące art. 22 k.p. rozstrzygało o istnieniu lub nieistnieniu stosunku pracy w określonych stanach faktycznych, tj. po zawarciu umowy przez strony. W przypadku jednak sporządzania opisu przedmiotu zamówienia trudność polega na tym, że ocena, czy dana czynność wymaga zawarcia umowy o pracę czy też nie, jest dokonywana przez zamawiającego uprzednio - przed wykonywaniem świadczeń wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też za zasadne należy uznać dokonywanie takiej oceny w odniesieniu do sporządzonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oraz istotnych warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, które określają sposób realizacji zamówienia, w szczególności przedmiot świadczenia wykonawcy. Jeżeli zatem z postanowień opisu przedmiotu zamówienia lub projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wynika, że stosunki pomiędzy wykonawcą a zatrudnionymi przez niego osobami będą obiektywnie musiały być ukształtowane w sposób odpowiadający definicji stosunku pracy zawartej w art. 22 § 1 k.p., a w szczególności, że nie cechuje ich pracownicze podporządkowanie pracownika pracodawcy, zamawiający nie może wymagać zatrudnienia w ramach stosunku pracy takich osób. Idąc dalej - w rozdziale V SWU zamawiający opisał przedmiot zamówienia związany z zagospodarowaniem odpadów w sposób następujący:

„1. Odpady, o których mowa w ust. 3 Działu I, Wykonawca obowiązany jest zagospodarować w instalacji lub instalacjach wskazanych w Umowie, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami określoną w ustawie o odpadach.

2. Wykonawca dokumentuje przekazanie odpadów do instalacji określonych w Umowie zgodnie z przepisami ustawy o odpadach oraz innych przepisów w tym zakresie.

3. Wykonawca przed przekazaniem odpadów do instalacji wskazanych w Umowie może poddawać odpady zbieraniu, tj. gromadzeniu odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępnemu sortowaniu nieprowadzącemu do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodującego zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowemu magazynowaniu, o ile następować będzie to zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz postanowieniami SWU i umowy.

4. Jeżeli na dzień ustania obowiązywania umowy jakiekolwiek odpady odebrane od właścicieli nieruchomości lub PSZOK nie zostały zagospodarowane Wykonawca obowiązany jest poddać je zagospodarowaniu w terminie miesiąca od dnia ustania obowiązywania umowy.

Z powyższego według odwołującego wynika, że odpady mają być zagospodarowywane w instalacjach wskazanych w umowie. Oczywiście, jeżeli będą to instalacje własne wykonawcy, to wykonawca będzie musiał zatrudnić wszystkich pracowników na umowę o pracę, podczas gdy inni wykonawcy, nie posiadający własnych instalacji, tego kosztu w cenę oferty wliczać nie będą musieli. Powoduje to ustanowienie przez zamawiającego postanowień umownych naruszających zasady uczciwej konkurencji - bowiem lepsze warunki „na starcie” przy kalkulacji oferty będą mieli ci wykonawcy, który nie mają własnych instalacji. Poza tym pracownicy zatrudnieni na instalacji zajmują różne stanowiska - w tym stanowiska kierownicze , a co do tych osób zamawiający nie ma prawa żądać zatrudnienia ich na podstawie umowy o pracę. Przepis art. 95 ust. 1 i 2 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia analizy, czy w ramach realizacji zamówienia - tu konkretnie w ramach samego tylko zagospodarowania w znaczeniu opisanym w rozdziale V SWU, znajdują się czynności, których wykonanie może zostać zakwalifikowane jako wykonywanie pracy w sposób określony w art.

22 § 1 k.p. Zdaniem odwołującego wynik tej analizy powinien być w tym przypadku negatywny, zatem zamawiający nie ma prawa wymagać, aby osoby realizujące czynności w ramach prowadzonego we własnym zakresie przetwarzaniem musiały być zatrudnione w oparciu o

stosunek pracy.

Wobec powyższego tak postawiony warunek powinien zostać usunięty z SWZ jako niezgodny z przepisami art. 95 ust. 1 i 2 ustawy .

IV. AD ZARZUT 4

Zamawiający w Opisie przedmiotu Zamówienia przewidział sposób odbioru odpadów zarówno w zgromadzonych w workach opatrzonych w naklejki z odpowiednimi kodami kreskowymi , jak i zgromadzonych w pojemnikach. W tym miejscu odwołujący podaje, że rozwiązanie to nie jest ekonomicznie uzasadnione, bowiem dochodzi do duplikowania się systemów weryfikacji - czytników a tańszy z uwagi na wytrzymałość materiału z jakiego zbudowane są pojemniki jest sposób odbierania odpadów zgromadzonych w pojemnikach. Powyższe przekłada się bezpośrednio na cenę oferty.

W ocenie odwołującego wymagania te zostały określone przez zamawiającego w sposób nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego. Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Wymagane przez zamawiającego rozwiązania w zakresie odbierania odpadów zgromadzonych w workach oznaczonych kodami kreskowymi ą nieproporcjonalne do zakresu zamówienia. Oczywiście większego nakładu pracy pracowników - w tym czas, wymaga ręcznego „zczytania" kodu itp. a to ma przełożenie na wzrost kosztu wykonania.

Proponowane rozwiązanie zbierania odpadów tylko do pojemników jest korzystniejsze nie tylko z uwagi na ograniczenie kosztów związanych z workami, problemami z odbiorem worków na których nie ma naklejek z kodami kreskowymi itp. Za wyższością tego rozwiązania przemawiają także względy ekologiczne, ponieważ worki po odebraniu stają się mało wartościowym odpadem wymagającym zagospodarowania. Worki mają mniejszą odporność na uszkodzenia mechaniczne, zatem ich zawartość o wiele łatwiej może ulec zanieczyszczeniu i stracić wartość odpadu nadającego się do recyklingu. Takim przykładem może być papier, który w przypadku przerwania worka łatwo zanieczyścić. Dodatkowo naklejenie etykiety z kodem kreskowym na worku zanieczyszcza worek jako odpad (tworzywo) i to też wymaga doczyszczenia.

Worki deponowane w miejscach gromadzenia odpadów do odbioru mogą zostać uszkodzone przez wandali, a także rozszarpane przez zwierzęta dzikie i domowe, co niweczy selektywną zbiórkę. Odpady gromadzone w pojemnikach są zabezpieczone od takich sytuacji.

Pojemniki chronią także zgromadzone w nich odpadu od działania warunków atmosferycznych.

W konsekwencji powyższego żądanie zamawiającego aby w zakresie związanym z odbiorem odpadów z nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia zamawiający ustanowił system gromadzenia odpadów w pojemnikach.

Pojemniki zaopatrzone są w transponder RFID, który podczas odbioru zczytywany jest automatycznie przez pojazd (bez udziału pracownika). Chip montowany jest na pojemnik jednorazowo, zatem rozwiązanie to samo w sobie jest nie tylko o wiele bardziej komfortowe do weryfikacji - przede wszystkim dla zamawiającego, który nie będzie musiał przyjmując wniosek odwołującego, ponosić także kosztów związanych z produkcją, dostarczaniem i weryfikacją naklejek na worki. Sposób sczytywania kodów kreskowych z naklejek umieszczonych na workach jest ręczny - każdy worek musi być oddzielnie sczytany specjalnym skanerem. Brak jest informacji w umowie o konieczności przesyłania danych z odczytania worków zamawiającemu oraz sposobu weryfikacji tych danych przez zamawiającego. Ważny jest przy tym fakt, że aktualnie mieszkańcy nie wystawiają worków z naklejkami a obowiązkiem Gminy jest odbiór wszystkich odpadów komunalnych od właściciela nieruchomości, również tych w workach bez naklejonych naklejek.

V. AD ZARZUT 5 i 6 (kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu)

Zamawiający w pkt 1 lit 2 oraz w pkt 3 Rozdziału VIII Załącznika B do SWZ - Szczegółowych Warunków umowy, określił, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do osiągania rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w sposób następujący:

„1. Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne 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, o którym mowa w art. 3b ust. 1 pkt 3 - ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, obliczonego na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w odniesieniu do odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę od właścicieli nieruchomości oraz transportowanych z PSZOK.
(.)

3.Karę umowną za nieosiągnięcie poziomów oblicza się jako iloczyn masy odpadów komunalnych wyrażonych w Mg wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziom, o którym mowa 1, oraz 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".

W § 14 ust. 3 pkt 3) Projektu umowy uregulowano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne:

„za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w dziale VIII ust. 1 pkt 2 SWU 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 2019 r. poz. 1396 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w dziale VIII ust. 1 pkt 2 SWU";

Zgodnie z postanowieniami Działu II Rozdział 3 pkt 1 ppkt 4 oraz pkt 5 SWU po stronie wykonawcy leży 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. Następnie wykonawca odbiera przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne, ponieważ nie ma możliwości inaczej ich zakwalifikować.

Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia dokumentacji postępowania, że nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przeniósł na wykonawcę pełną odpowiedzialność, jaką może ponieść Gmina Kąty Wrocławskie (Zamawiający) za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ramach umowy. W ocenie wykonawcy zamawiający dokonał kształtując w ten sposób postanowienia SWZ obciążenia wykonawcy w rzeczywistości wyższą niż ustawowo przypisaną Gminie odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomu recyklingu. Takie działanie zamawiającego jest wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 ustawy w związku z art. 431 ustawy . Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy 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 eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie".

Odwołujący wskazał, na szereg obowiązków, które w celu osiągnięcia poziomów recyklingu zrealizować musi gmina - tu zamawiający, a na jakie nie ma najmniejszego wpływu wykonawca. Zgodnie z art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to zamawiający jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, następnie zgodnie z art. 4 u.c.p.g. rada gminy uchwala regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. W art. 4 u.c.p.g. ustawodawca wskazuje na elementy określane w regulaminie, m.in.:

a) selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bio-

odpady,

b) selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych w lit. a, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, które powstały 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 oraz odpadów tekstyliów i odzieży, a także odpadów budowlanych i rozbiórkowych z gospodarstw domowych,

c) rodzaju i minimalnej pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, w tym na terenach przeznaczonych do użytku publicznego oraz na drogach publicznych, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym;

d) wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione pod lit. a (powyżej) oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów,

e) średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź w innych źródłach,

f) liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków;

g) innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.

h) Ustalenia warunków, kiedy obowiązek selektywnej zbiórki uważa się za spełniony.

To zamawiający sprawuje kontrolę nad wypełnieniem obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, ustalając m.in. zasady nakładania i określania opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów (art. 9u u.c.p.g., art. 6k ust. 3 u.c.p.g.). Wykonawca w tym zakresie nie ma najmniejszej przestrzeni do działania. Skoro to zamawiający posiada opisane powyżej instrumenty, które mają wpływ na zdyscyplinowanie mieszkańców do selektywnej zbiórki odpadów i bezpośrednio mogą przełożyć się na realizację poziomu recyklingu, to dlaczego wykonawca obarczony jest pełną odpowiedzialnością za jego nieosiągnięcie. W ocenie odwołującego, przeniesienie na wykonawcę pełnej odpowiedzialności za nieosiągnięcie poziomów recyklingu odbiera motywację zamawiającemu do podejmowania jakichkolwiek działań mających na celu ich osiągnięcie. Wykonawca ma jedynie ograniczony wpływ na osiągniecie tych poziomów polegający na skierowaniu odpadów do możliwie najnowocześniejszych instalacji i przeprowadzeniu akcji edukacyjnej.

Jedynym obowiązkiem wykonawcy, który może mieć minimalne przełożenie na osiągnięcie ustalonych poziomów recyklingu jest wskazany w Działu II Rozdział 3 pkt 1 ppkt 4 oraz pkt 5 SWU obowiązek wykonawcy polegający na kontroli 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, a następnie, ma obowiązek odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne. I w tym miejscu odwołujący podał, że tak skonstruowana postanowienia powodują zwiększenie udział odpadów zmieszanych w całym strumieniu odbieranych odpadów, z których to wysortowanie selektywnych odpadów, mających wpływ na osiągnięcie poziomów recyklingu jest znikomy.

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku, gdy ponad 50% strumienia odpadów odbieranych to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie około 3%. Kluczowy, jak pokazuje powyższy przykład, jest wpływ dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recyklingu. Ponieważ odpady zmieszane jako frakcja stanowią ponad połowę strumienia odpadów, to możliwość wysortowania z odpadów zmieszanych - odpadów, które można oddać do recyklera, stanowi o istocie problemu przy uzyskaniu ustalonych poziomów recyklingu. Ponadto recyklerzy posiadają standardy, które wynikają z konkretnych danych technologicznych i składu chemicznego danego rodzaju odpadu wysortowanego. Zatem tylko niewielki procent strumienia odpadów zmieszanych będzie mógł mieć udział w uzyskaniu ustalonego poziomu recyklingu. Często w trakcie połączenia się odpadów nadających się do recyklingu w strumieniu odpadów zmieszanych, dochodzi do ich zanieczyszczenia np. papieru czy tworzyw szt. w taki sposób, że nie jest możliwy jego recykling, z tego powodu recyklerzy zainteresowani są odpadami selektywnie zbieranymi, a nie wysortowanymi z odpadów zmieszanych. Zamawiający ma pełną wiedzę w zakresie powyższego, ponieważ wynika ona ze sprawozdań składanych zamawiającemu przez podmioty takie jak odwołujący. Jak powyżej wykazano słaba jakość i niska ilość odpadów „u źródła" ma bezpośrednie przełożenie na możliwość uzyskania poziomów recyklingu, natomiast wykonawca nie posiada narzędzi, które są w dyspozycji zamawiającego (system sankcyjny, tworzenie planów i regulaminów), które mogłyby zdyscyplinować mieszkańców do zwiększenia udziału odpadów selektywnie zbieranych w ogólnym strumieniu odpadów. Abstrahując już od faktu, że zamawiający ma ustawowe uprawnienie wliczenia do poziomów recyklingu pochodzących z innych źródeł np. z punktów skupu czy wliczenia kompostu z przydomowych kompostowników czy też wliczenia surowców odebranych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, które aktualnie nie są objęte systemem gminnym, a wytwarzają znaczącą ilość wartościowych surowców.

W związku z opublikowanym w dniu 20 sierpnia 2021 r. 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. poz. 1530), które weszło w życie w dniu 4 września 2021 r., wprowadzono nowy sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określono nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi. Zgodnie z nową regulacją - masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji, w której dany odpad będzie przygotowany do recyklingu. Masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi - czyli tę, która wliczana jest do poziomów recyklingu, ustala się wg jego wagi, którą wykonawca przekaże do recyklera - „masę odpadów komunalnych poddanych 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". Zmienia to o tyle sposób ustalania masy odpadów przekazanych do ponownego przetworzenia, że do 2022 r. masą odpadów poddawanych recyklingowi była całkowita masa odpadu przed „doczyszczeniem". Ponieważ kara umowna przewidziana jest przez zamawiającego w Projektowanych postanowieniach wzoru za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu 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 2019 r. poz. 1396 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, to ryzyko jej nałożenia wzrosło na skutek wprowadzenia opisanych powyżej zmian przepisów prawa. Ponadto ryzyko to obciąża jedynie wykonawcę pomimo, że nawet w przypadku prawidłowego zrealizowania usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Kąty Wrocławskie, posiadania najnowocześniejszych instalacji i sortowni, wykonawca może nie osiągnąć ustalonego na poziomie 35% dla 2023 r. i 45 % dla roku 2024 poziomu recyklingu, i następnych w kolejnych latach, a skoro tak, to zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z jej prawidłowym wykonaniem. Bowiem przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu - a wykonanie usługi odbioru, i zagospodarowania odpadów komunalnych. Ponadto takie ukształtowanie stosunków w umowie pomiędzy zamawiającym a Wykonawcą jest sprzeczne z zasadą współdziałania przy wykonywaniu umowy wynikająca z art. 431 ustawy . W konsekwencji - ponieważ odpowiedzialność wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił zamawiający w § 14 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i co za tym idzie rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia § 14 ust. 3 pkt 3 Projektu umowy są sprzeczne z art. 3b i 9z ust. 2 u.c.p.g, albowiem zmierzają do przeniesienia więcej niż całością ryzyk związanych z odpowiedzialnością administracyjnoprawną zamawiającego na wykonawcę będącego stroną stosunku cywilnoprawnego, co narusza wskazane w zarzucie przepisy prawa.

Odwołujący podkreślił, że w związku z faktem posiadania przez zamawiającego szeregu opisanych powyżej narzędzi zmierzających do egzekwowania od mieszkańców selektywnej zbiórki odpadów i odpowiednim brakiem takich narzędzi po stronie wykonawcy, konieczne jest podzielenie się odpowiedzialnością za selektywną zbiórkę odpadów, która może doprowadzić do nieosiągnięcie poziomu recyklingu i prowadzi do nałożenia na podmiot odbierający odpady kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu.

Zgodnie z art. 354 k.c. powiązanego w ramach postawionego zarzutu z art. 431 ustawy - 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. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Wierzycielem w tym przypadku jest oczywiście zamawiający a dłużnikiem wykonawca.

Z przepisu tego wynika, że zamawiający jako wierzyciel zobowiązany jest do przyczynienia się do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu jakim ma wpływ na prawidłową realizację zobowiązania. W tym wypadku zamawiający (gmina) przenosi na wykonawcę swój obowiązek (osiągnięcia poziomu recyklingu), jednak nie mogąc przenieść na wykonawcę przysługujących tylko zamawiającemu narzędzi do wyegzekwowania realizacji obowiązku. Skoro zatem wykonawca zobowiązany ma być do osiągnięcia poziomu recyklingu, to zamawiający jako jedyny władny do użycia narzędzi do wyegzekwowania jego osiągnięcia ponosi odpowiedzialność za zrealizowanie tego obowiązku w granicach wynikających z możliwości realnego wpływu na podwyższenie osiągnięcia poziomu recyklingu w wyniku maksymalnego użycia narzędzi przysługujących tylko zamawiającemu do ich osiągnięcia, bowiem tylko zamawiający ma możliwość podejmowania działań w jakie wyposażył go ustawodawca, zmierzających do realizacji ustalonych poziomów recyklingu. Jak wskazuje doktryna: Przepis art. 354 § 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. (Komentarz do kc. Tom III. Zobowiązania. Część

ogólna).

Ustanowienie kar umownych za nieosiągnięcie poziomu recyklingu w sposób dokonany przez zamawiającego, wobec powyższego stanowi o naruszeniu przez niego swobody kontraktowej z art. 353(1) k.c., z jednoczesnym naruszeniem przepisu art. 354 k.c., art. 473, art. 471 i art. 483 k.c.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy - skoro od współdziałania zamawiającego z wykonawcą zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, to pełna odpowiedzialność za ich osiągniecie nie może spoczywać tylko na wykonawcy. Powołał wyrok z dnia 6 czerwca

2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18.

Ewidentnie w omawianym przypadku zachodzi sytuacja, gdy ustanowione w SWZ kary umowne za nieosiągnięcie poziomów recyklingu są zbyt wysokie i nieproporcjonalne do stopnia odpowiedzialności jaki można przypisać wykonawcy w związku z tym, że to zamawiający ma w gestii w zasadzie pełnię narzędzi do stymulowania ich osiągniecia.

Zgodnie ze stanowiskiem 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”

Jak już powyżej Odwołujący podał, nawet przy prawidłowej realizacji przedmiotu umowy i jednoczesnym podjęciu najwyższych starań istnieje ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu z przyczyn zaniechania przez zamawiającego czynności, które mają na celu zdyscyplinowanie mieszkańców, szerzenie świadomości dot. sposobu i wagi dla środowiska segregowania odpadów, może dojść do nieosiągnięcia poziomów recyklingu i to wykonawca - pomimo braku jakiegokolwiek wpływu na tę sytuację - wobec obecnego brzmienia SWZ ponosi wyłączną odpowiedzialność na zasadzie kary umownej. Powołał wyrok z dnia 29 października 2018 r. KIO 2085/18.

Ustanowienie kary umownej za nieosiągnięcie poziomu recyklingu stanowi także naruszenie zasad współżycia społecznego i jest niezgodne z zasadą lojalności i uczciwości kupieckiej. Skoro Zamawiający chce obciążyć Wykonawcę pełną odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomu recyklingu pomimo, że ten nie ma bezpośredniego i pełnego przełożenia na jego osiągnięcie, to inaczej nie może być postrzegane działanie zamawiającego jak tylko jako działanie naruszające „normy moralne i obyczajowe obowiązujące w stosunkach gospodarczych, które znajdują się poza ramami systemu prawa” - określenie zasad uczciwości kupieckiej z Wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 r., sygn. Akt: I ACa 1103/06, LEX nr 516585.

Zamawiający naruszył przepisy art. 433 pkt 2 i art. 431 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy , w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964

r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 353(1) k.c., w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 j.t. ze zm.), dalej jako „u.c.p.g.” zatem zarzut jest w pełni zasadny, a zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia Umowne dot. kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w sposób, który będzie proporcjonalny do rzeczywistej odpowiedzialności stron umowy za ilość i jakość selektywnej zbiórki odpadów.

Kwestia związana z podziałem odpowiedzialności za uzyskanie poziomu recyklingu może być też rozwiązana w sposób wynikający z ujęcia tego zagadnienia w odmienny sposób- tj. zauważenia, że zamawiający - gmina, niezależnie od realizacji umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia uzyska realizację poziomu recyklingu na poziomie, który odwołujący szacuje jako 10%. W konsekwencji powyższego, skoro zamawiający ma tego świadomość, to oczywistym jest, że nie powinien wymagać od wykonawcy realizacji 35 % poziomu w roku 2023 i 45 % w roku 2024, a tylko takiej wartości, która stanowi różnicę.

Kolejna możliwość rozwiązania nieprawidłowo, bo nadmiernie ustalonej odpowiedzialności

wykonawcy na podstawie § 14 ust. 3 pkt 3 Projektu umowy może być sanowana w taki sposób, by obowiązki wykonawcy w zakresie pkt VII SWU i co za tym idzie kara umowna była ustalona w wysokości adekwatnej do obiektywnych możliwości wykonawcy zapewnienia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych określonej dla każdej frakcji odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości oddzielnie. Powyższe przy założeniu, że poziom jaki ma osiągnąć Wykonawca dla każdej z frakcji, to:

g) 3 % dla odpadów zmieszanych;

h) 90% dla odpadów papieru oraz szkła,

i) 30% dla odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych,

j) 50 % dla bioodpadów,

k) 10 % dla gabarytów,

l) 50 % dla odpadów z drzewek i ozdób bożonarodzeniowych stanowiących części roślin, Poziomy te są realne do spełnienia przez wykonawcę i odzwierciedlają średni poziom recyklingu dla danej frakcji uzyskiwany przez przedsiębiorców działających w branży odpadów komunalnych, dopiero w przypadku ich nieosiągnięcia przez wykonawcę zamawiający miałby prawo nakładać ewentualną karę zgodnie z przepisami prawa.

W dniu 3 października 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego, a w zakresie zarzutu nr I i III wnosi - wobec zmiany SWZ - o umorzenie postępowania, a w przypadku nieuwzględnienia wniosku o umorzenie, o oddalenie odwołania.

Zarzut nr I

Zamawiający, w oparciu o art. 137 ust 1 ustawy, w dniu 30 września 2022 r. dokonał zmiany treści SWZ przed terminem rozprawy, dalsze rozpatrywanie odwołania przez Krajową Izbę odwoławczą stało się bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Zamawiający wnosi o wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania w zakresie tego zarzutu. Zmawiający wyjaśnił, że w dniu 30 września 2022 r. zmienił treść Specyfikacji Warunków Zamówienia w ten sposób, że w § 11 Projektu umowy (załącznik nr A do SWZ) po ust. 11 wprowadził ust. 11a, a zmiana wprowadzona do SWZ jest zgodna z zasadniczą intencją wniosku odwołującego sformułowanego w oparciu o przedmiotowy zarzut.

Zarzut nr II

Odwołujący kwestionuje trzy ustawowe parametry klauzuli waloryzacyjnej tj.: zmiana poziomu cen materiałów lub kosztów uprawniająca stronę do żądania zmiany wynagrodzenia, określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia i maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia.

Odwołujący stawia zarzut, iż wskazana w projekcie umowy górna granica waloryzacji w postaci 13% całkowitej wartości umowy brutto, nie pozwoli na zwaloryzowanie wynagrodzenia do rzeczywistego wzrostu kosztów, co czyni takie postanowienia pozornymi.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie tego zarzutu odwołujący posługuje się takimi sformułowaniami jak „wysoce prawdopodobne jest", nie przedstawia jednak żadnych szczegółowych wyliczeń na tę okoliczność. Pomija też fakt, iż wskazana w umowie górna granica zwrotu wynagrodzenia (13%) dotyczy kwoty wynagrodzenia brutto całego kontraktu, a zatem waloryzacji podlegają wszelkie koszty realizacji zamówienia, nie tylko te, które sam odwołujący określa jako „ważące", w tym również zawarta w cenie kontraktu marża odwołującego. Pominięty zostaje też fakt, iż umowa obejmuje waloryzację wynagrodzenia również w przypadku: stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniu społecznemu, gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż zastosowane w projekcie umowy zapisy klauzuli waloryzacyjnej pozostają w całkowitej zgodności przepisami ustawy.

Odwołujący w treści uzasadnienia wskazuje, iż jego zdaniem doszło do naruszenia zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Błędnie jednak pojmuje zasadę proporcjonalności, odnosząc ją do rozkładu ryzyka gospodarczego kontraktu. Istotą zaś zasady proporcjonalności, wyrażonej w art. 16 Pzp jest: „Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny,

który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg" /tak: A. Wiktorowski A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 16./ Zasada ta odnosi się zatem raczej do samego procesu udzielenia zamówienia, zasad weryfikacji ofert, stawianych warunków wykonawcom, a nie sposobu realizacji tego zamówienia. W treści uzasadnienia nie zawarto natomiast jakiegokolwiek odniesienia do naruszenia uczciwej konkurencji, którego to zarzutu raczej nie da się obronić, biorąc pod uwagę fakt, że wszyscy wykonawcy składający oferty działają na takich

samych zasadach i w takich samych warunkach. Natomiast, co do postawionego zarzutu

naruszenia zasady efektywności, zamawiający wskazuje, iż odwołujący w tym zakresie ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że postanowienia umowy z pewnością naruszają tę zasadę.

Druga z podniesionych przez odwołującego kwestii dotyczy częstotliwości waloryzacji. W ocenie odwołującego konieczne jest zagwarantowanie, aby była ona dopuszczalna kwartalnie, to jest co 3 miesiące, a jej przeprowadzenie uwarunkowane było wzrostem kosztów realizacji umowy przekraczających 1%, gdyż konieczna jest pewna elastyczność po stronie zamawiającego w zakresie waloryzacji.

W uzasadnieniu odwołujący wskazuje, że zaproponowane zapisy umowy powodują brak możliwości prawidłowego oszacowania ceny oferty, bowiem każdy wykonawca jest zmuszony sztucznie podnieść ceny oferty w taki sposób, aby w sytuacji istotnego wzrostu kosztów wykonania umowy kontraktu pozostał rentowny. Jednocześnie odwołujący zarzuca pozorność modelu waloryzacji. W treści uzasadnienia do zarzutu przywołuje (na stronie 13) komentarz do ustawy Pzp, z którego to jednak komentarza wcale nie wynika, że istotą klauzuli waloryzacyjnej, jak tego oczekuje odwołujący, jest usunięcie ryzyka ekonomicznego realizacji umowy, ale jedynie przywrócenie równowagi stron i rozłożenie ryzyka gospodarczych pomiędzy obie strony. Jawi się zatem pytanie, na ile proponowana przez odwołującego modyfikacja częstotliwości waloryzacji wynagrodzenia, będzie prowadziła do przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, a na ile ściąga ryzyko ekonomicznej realizacji umowy z wykonawcy, przenosząc je na zamawiającego. W treści odwołania niestety brak jest uzasadnienia merytorycznego tej kwestii, brak jest jakichkolwiek wyliczeń, które potwierdzałyby, że częstotliwość kwartalna doprowadzi do równowagi stron, a nie do przeniesienia ciężaru na zamawiającego. Kwestii tej nie zmienia fakt, że zgodnie z przepisami ustawy mechanizm waloryzacji działa w obie strony, w stosunku do obydwu podmiotów umowy.

Kolejny podnoszony przez odwołującego argument to okoliczność, że realizowana usługa jest usługą niskomarżową, a wykonawca, pozbawiony narzędzia do dostosowania wynagrodzenia do realnych kosztów, będzie zmuszony albo wykonać usługę poniżej rentowności kontraktu, albo do jej wypowiedzenia w obliczu rażącej straty. Odwołujący w żadnym jednak miejscu uzasadnienia nie wskazał konkretnych wyliczeń dotyczących marży i kosztów realizacji tego zamówienia oraz ich zmiany w przypadku wzrostu cen. Zamawiający zauważył, że odwołujący jako jeden z czynników mających wpływ na koszty realizacji podnosi między innymi zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zdaje się jednak zapominać, iż w umowie zawarty jest osobny mechanizm waloryzacji tego wynagrodzenia.

Odwołujący swoje zarzuty opiera na naruszeniu art. 439 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 1 3 i 4 Pzp. zamawiający zwrócił jednak uwagę na fakt, iż przepis ten zawiera obowiązek wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej, określając jednocześnie ramowe elementy konstrukcji takiej klauzuli. Powyższy przepis nie nakłada zatem na zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmiany cen. Na zamawiającego nie został nałożony obowiązek stuprocentowej rekompensaty zmiany kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców /tak: wyrok KIO 230/22 z dnia 11.02.2022r/. Nie można zatem przyjąć za zasadne naruszenia art. 439, skoro opisana w projekcie umowy klauzula waloryzacyjna zawiera wymagane przez ustawodawcę elementy.

Zamawiający wskazał na ugruntowane już poglądy doktryny oraz orzecznictwo KIO, iż wprowadzenia zapisów o waloryzacji nie może prowadzić do zmniejszenia ryzyka związane-

go z właściwym oszacowaniem oferty przez wykonawcę, ani też prowadzić do wzbogaceniem wykonawcy. Zamawiający zgadza się ze stanowiskiem, że prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacji powinna służyć równomiernemu rozłożenie ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, nie może to jednak polegać na przeniesieniu całego ryzyka na zamawiającego i wyeliminowaniu tych okoliczności po stronie składającego ofertę. Zamawiający przypomniał, iż poza klauzulą waloryzacyjną, postanowienia umowy zabezpieczają szereg innych sytuacji, które mogą wpłynąć na koszt realizacji zamówienia.

W treści uzasadnienia do zarzutu nr 2 odwołujący powołał się na wyrok KIO 3600/21 z dnia 5.01.2022r., gdzie Krajowa Izba, uwzględniając odwołanie, nakazała zamawiającemu obniżenie poziomu średniej arytmetycznej ogłaszanych przez GUS miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, uprawniających do żądania zmiany wynagrodzenia oraz podwyższenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w takim zakresie, który pozwoli na zachowanie ekwiwalentności świadczeń obu stron umowy w okresie jej realizacji. Odwołując się jednak do tego wyroku nie można pominąć stanu faktycznego który został poddany ocenie przez Krajową Izbę w przedmiotowej sprawie. Postępowanie o udzielenie zamówienia ogłoszony zostało w grudniu 2021 - realizacja usługi mechanicznego oczyszczania jezdni w sezonie zimowym i letnim w latach 2022-2026, z terminem początkowym realizacji na październik 2022 i pierwszą waloryzacją w październiku 2023. Zatem horyzont czasowy w przypadku tego postępowania był bardzo odległy, przewidywano 42 miesiące realizacji usługi. Stan faktyczny analizowany przez KIO w tej sprawie nie może być uznany za analogiczny do stanu faktycznego niniejszego postępowania, które zakłada zawarcia umowy na okres 24 miesięcy, a termin rozpoczęcia świadczenia usługi będzie nie krótszy niż 14 dni od zawarcia umowy. Ryzyko ekonomiczne w takiej perspektywie czasowej jest więc zupełnie inne, niż przy konieczności oszacowania przez wykonawcę składającego ofertę na 42 miesiące, co niewątpliwie wpływa na wysokość ewentualnych limitów maksymalnego podwyższenia wynagrodzenia, czy też wysokość zmiany cen uruchamiającą mechanizm waloryzacji. Stąd też nie można przekładać wprost rozważań zawartych w rozstrzygnięciu konkretnej sprawy KIO 3600/21, na niniejsze postępowanie. W każdej sprawie należy bowiem wykazać, że zastosowane wartości w klauzuli waloryzacyjnej w projekcie umownej są niewystarczające, a takiego wyliczenia i merytorycznych argumentów brak w treści niniejszego odwołania. Stanowisko odwołującego opiera się w zasadzie w całości na tym, że na obecną chwilę trudno jest przewidzieć zarówno poziom inflacji czy przebieg kryzysu gospodarczego.

Podsumowując, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie tego zarzutu jako oczywiście bezzasadnego. Zdaniem zamawiającego, w tym postępowaniu odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodu, jaki na nim spoczywa zgodnie z art. 534 ustawy, w postaci wykazania dowodami/kalkulacjami zasadności swojego twierdzenia o zbyt niskiej maksymalnej kwocie wynagrodzenia podlegającej waloryzacji czy też jej częstotliwości.

W ramach tego zarzutu odwołujący złożył też wniosek alternatywny, w którym postuluje uregulowanie kwestii waloryzacji w sposób odmienny niż przyjęty mechanizm waloryzacji zawarty w projekcie umowy, a polegające na odniesieniu się do zmiany poziomu cen kosztów najwięcej ważących na realizacji zamówienia, to jest: zagospodarowanie odpadów, paliwa i cen sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że w treści uzasadnienia do zarzutu, jak również w treści samego wniosku, nie znalazło się wyjaśnienie, jakie ceny będą brane pod uwagę dla porównania zmiany ich wartości w zakresie:

- kosztów zagospodarowania odpadów, rozumianego jako zmiana ceny jednostkowej przyjęcia jednego Mg odpadów - zamawiający zwrócił uwagę, iż w formularzu ofertowym nie jest podana tylko cena zagospodarowanie odpadu, ale w każdej z pozycji mamy odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie, bądź transport i zagospodarowanie, powstaje więc pytanie, jak na takiej podstawie odwołujący widzi możliwość odnoszenia się jedynie do ceny zagospodarowania odpadów;

- kosztów paliwa - w tym zakresie brak już w ogóle jakiegokolwiek wyjaśnienia w treści odwołania, jakie ceny miałyby być ze sobą porównane, pamiętając, że w formularzu ofertowym w ogóle nie są wyszczególnione.

Nie można zatem, jak to robi odwołujący, twierdzić, że mechanizm waloryzacji zostanie uruchomiony, gdy koszt wzrośnie o 10% w stosunku do cen ustalonych w dniu zawarcia umowy (poziomu kosztów wpisanych w treści załącznika do umowy), w formularzu ofertowym nie ma bowiem pozycji, do których chciałby się odnieść odwołujący.

Wniosek taki uznać należy zatem za bezzasadny i niemożliwy do zastosowania.

Wreszcie odwołujący w ramach tego zarzutu sformułował wniosek dający mu uprawnienie do wypowiedzenia umowy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku, gdy koszty realizacji kontraktu wzrosną powyżej 30%. Zamawiający zwrócił jednak uwagę, iż wniosek ten nie ma żadnego odzwierciedlenia w złożonych w odwołaniu zarzutach. Odwołujący w żadnym miejscu nie podniósł, jakie przepisy narusza brak wskazania w umowie możliwości jej wypowiedzenia w okolicznościach jak wyżej opisanej, a zatem wniosek ten, jako oderwany i nie posiadający żadnego rozwinięcia dalszego w uzasadnieniu, należy uznać za całkowicie bezzasadny.

Zarzut nr III

Zamawiający, w oparciu o art. 137 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał zmiany treści Specyfikacji warunków zamówienia przed terminem rozprawy, dalsze rozpatrywanie odwołania przez Krajową Izbę odwoławczą stało się bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Zamawiający wniósł o wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania w zakresie tego zarzutu. Zamawiający wyjaśnia, że zmienił treść Specyfikacji Warunków Zamówienia w ten sposób, że § 5 ust. 1 Projektu umowy (załącznik nr A do SWZ), a wprowadzone postanowienie w całości odpowiada wnioskowi odwołania związanego z zarzutem nr III.

Zarzut nr IV

Zamawiający podniósł, że treść odwołania wywołuje niedające się usunąć wątpliwości co do materialnej treści zarzutu, a to czy odwołujący kwestionuje odbieranie odpadów gromadzonych w workach (podkreślić należy, że zgodnie z SWZ dotyczy to niektórych rodzajów odpadów i dodatkowo nie ze wszystkich nieruchomości) czy też kwestionuje obowiązek wykonawcy w zakresie skanowania kodów kreskowych umieszczanych na workach. Otóż odwołujący zarzuca naruszenie przepisów ustawy, a to art. 99 i art. 16, przez wprowadzenie obowiązku skanowania kodów kreskowych umieszczanych na workach i uwzględniania tej okoliczności, że warunkiem odbioru odpadów gromadzonych w workach jest oznakowanie kodek kreskowym (dział II rozdział 6 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 SWU).

Jednocześnie żądanie odwołania obejmuje wykreślenie powołanych w treści zarzutu działu II rozdział 6 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 SWU, ale również niewymienionego w treści zarzutu działu VI ust. 2 pkt 5 SWU (wyposażenie pojazdów w urządzenia do rejestracji odbioru odpadów

zgromadzonych w oznakowanych kodami kreskowymi workach). Zachodzi więc rozbieżności

pomiędzy zakresem skarżonych postanowień a wnioskiem odwołania.

Niezależnie od tego, tj. jak dalece idący jest w rzeczywistości zarzut odwołania w tym zakresie, to nie ma żadnych podstaw prawnych i merytorycznych. Jest tak z następujących powodów.

Po pierwsze, odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4. Jednocześnie odwołujący w jakikolwiek sposób nie wskazał, na czym dokładnie miałoby polegać rzekome naruszenie powołanych przepisów, nie dając tym samym zamawiającemu możliwości rzetelnej i merytorycznej polemiki. Z treści odwołania trudno — bez formułowania dodatkowych hipotez lub założeń - zrekonstruować przyczyny zakwestionowania przedmiotowych postanowień SWZ w oparciu o powołane przepisy.

Treść odwołania nie wskazuje bowiem, aby przedmiot zamówienia w zakresie odbioru odpadów w workach, w tym rejestrowania ich odbioru przez odczyt kodu kreskowego, został opisany niejednoznacznie lub w niewyczerpujący sposób. Wręcz przeciwnie z treści odwołania wynika, że odwołujący nie ma jakiegokolwiek problemu w ustaleniu treści i zakresu obowiązków związanych odbieraniem odpadów w workach i odczytem kodów kreskowych. Trudno zrozumieć zatem, w czym tkwi zarzut naruszenia art. 99 ust. 1.

Odwołujący nie wskazał również na to, aby zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie odbioru odpadów w workach 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” (zarzut naruszenia art. 99 ust. 4). Zamawiający wymaga bowiem wykonania zamówienia w zakresie odbioru odpadów w workach w całkowicie neutralny technologicznie sposób, nie narzuca i nie preferuje stosowania określonego typu urządzeń do odczyty kodów kreskowych (jeśli o to w ogóle mogło chodzić odwołującemu) ani nie narzuca i nie preferuje stosowania określonego typu procesów technologicznych. W tym zakresie zamówienie - bez jakichkolwiek przeszkód czy ograniczeń - jest w stanie wykonać każdy podmiot zajmujący się odbieraniem odpadów od właścicieli nieruchomości. Wymogi stawiane przez zamawiającego są tak dalece uniwersalne, że zarzut uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów jest całkowicie, wręcz rażąco, bezpodstawny.

Podsumowując, sformułowanemu zarzutowi nie towarzyszy jakiekolwiek merytoryczne i powiązane z treścią zarzutów uzasadnienie, w szczególności takie, które w jasny i czytelny sposób obrazowałoby, na czym polega naruszenie przez zamawiającego powołanych przepisów.

Po drugie, celem zamówienia jest wykonanie obowiązków Gminy Kąty Wrocławskie w zakresie odbierania i zagospodarowywania odpadów komunalnych. Obowiązki te wykonywane są na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz aktów wykonawczych, w tym aktów prawa miejscowego, wydanych na jej podstawie. W świetle tych przepi-

sów gmina uprawniona jest ustanowić zasady zbierania odpadów na terenie gminy w sposób, który polega na zbieraniu niektórych rodzajów odpadów w workach oraz stosowania znakowania worków, a następnie realizować je w drodze udzielonego zamówienia publicznego. Wynika to, między innymi, z następujących przepisów:

1) art. 4 ust. 2 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zobowiązujący gminę do określenia „rodzaju i minimalnej pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości", zakładający wprost i wyraźnie, że gmina może oczekiwać, a mieszkańcy mają prawo, zbierać odpady również w workach;

2) postanowienia uchwały nr XXVI/385/20 Rady Miejskiej w Kątach Wrocławskich w

sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Kąty Wrocławskie (Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2022 r. poz. 5601), przewidujące zbieranie niektórych rodzajów odpadów w workach (rozdział 3, w szczególności postanowienia S 6 i S 8); Postanowienia te utrzymała i doprecyzowała uchwała zmieniająca Regulamin, podjęta 29 września 2022 r. Przypomnieć należy, że Regulamin jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego w rozumieniu Konstytucji RP i został wydany na podstawie art. 4 ust. 2 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

3) rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 10 maja 2021 r. w sprawie sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów wydanego na podstawie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przewiduje, że wszystkie frakcje odpadów selektywnie zbieranych i objętych przedmiotem zamówienia (papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne, odpady opakowaniowe wielomateriałowe, bioodpady) mogą być zbierane w workach.

4) art. 4a ust. 2a pkt 6 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przewidującego prawo gminy do wprowadzenia „stosowania indywidualnego oznakowania pojemników lub worków przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych w sposób, który pozwoli na identyfikację właściciela nieruchomości, na której są wytwarzane odpady komunalne"; korelatem tego uprawnienia są postanowienia uchwały nr XXVI/385/20 Rady Miejskiej w Kątach Wrocławskich w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Kąty Wrocławskie (§ 8 ust. 2); po zmianie doprecyzowującej, powoływaną powyżej zmianą Regulaminu, jego brzmienie od 1 stycznia 2023 r. będzie następujące: Właściciele nieruchomości zamieszkałych oznaczają worki, w których przekazują odpady, o których mowa w § 8 ust. 1 pkt 1-3, podmiotowi odbierającemu odpady komunalne, naklejką z indywidualnym kodem kreskowym;

5) potwierdzeniem instytucji znakowania worków jest zmiana doprecyzowująca uchwały nr XXVI/384/20 Rady Miejskiej w Kątach Wrocławskich w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi (Dz. Urz. Woj. Dol. poz. 560 i 6640 oraz z 2022 r. 3095), która wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2023 r. na podstawie uchwały podjętej 29 września 2022 r.2 ; zmiana przewiduje powiązanie świadczenia usługi przez gminę ze znakowaniem worków.

Nie ulega zatem dla zamawiającego najmniejszej wątpliwości, co wynika z przepisów powołanej ustawy, rozporządzenia oraz aktów prawa miejscowego, że zamawiający realizując ustawowo określone obowiązki Gminy Kąty Wrocławskie miał i ma pełne prawo zorganizować odbieranie odpadów w ten sposób, aby przewidzieć zbieranie odpadów w workach oraz ich znakowanie. Zamawiający ma też uzasadniony przepisami prawa tytuł do żądania, aby wykonawca rejestrował odbiór odpadów zgromadzonych w worku poprzez odczyt kodu kreskowego. Wymogi Specyfikacji Warunków Zamówienia, wedle których wykonawca obowiązany jest odbierać odpady gromadzone w workach oraz skanować kody kreskowe umieszczone na tych workach są w pełni uzasadnione rzeczywistymi i ugruntowanymi prawem potrzebami zamawiającego. Poza zakresem środków ochrony przysługujących wykonawcy pozostaje kwestionowanie sposobu organizacji zbierania i pozbywania się odpadów komunalnych ustanowionych przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności powoływanych uchwały nr XXVI/385/20 oraz nr XXVI/384/20. Uprawnieniem i obowiązkiem zamawiającego jest tak skonstruować przedmiot zamówienia, aby mieszkańcy gminy mogli pozbywać się odpadów, które mają - zgodnie przepisami prawa powszechnie obowiązującego - prawo i obowiązek gromadzić w workach. Uwzględnienie żądania odwołującego doprowadziłoby do naruszenia obowiązków zamawiającego wynikających z ustanowionych przez Gminę Kąty Wrocławskie — w zgodzie z przepisami ustawy o utrzymania czystości i porządku w gminach - zasad gromadzenia odpadów oraz zakresu i sposobu świadczenia usług mieszkańcom w zamian za uiszczoną przez nich opłatę.

Po trzecie odwołujący twierdzi, że wskutek wprowadzenia obowiązku odczytu kodów kre-

skowych dojdzie do „duplikowania się systemów weryfikacji", co spowoduje, że rozwiązanie to nie jest ekonomicznie uzasadnione. Odwołujący pozostaje w tym zakresie w błędzie, albowiem odpady zbierane w pojemnikach identyfikowane są pomocą znaczników RFID, a te zbierane w workach za pomocą kodów kreskowych. Nie dojdzie więc do „duplikowania się systemów weryfikacji", w szczególności polegającego na rejestrowaniu odbioru tych samych odpadów za pomocą dwóch różnych systemów weryfikacji. Jeśli więc odbierane odpady zostały zgromadzone w worku rejestrowane są przy użyciu czytnika kodów kreskowych, a jeśli zgromadzono je w pojemniku - przy wykorzystaniu znaczników RFID.

Po czwarte, odwołujący podnosi, że „Brak jest informacji w umowie o konieczności przesyłania danych z odczytania worków Zamawiającemu oraz sposobu weryfikacji tych danych przez Zamawiającego. W tym zakresie zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z działem VI ust. 2 pkt 5 SWU urządzenia do rejestracji odbioru odpadów zgromadzonych w oznakowanych kodami kreskowymi workach stanowią element Systemu Identyfikacji, a zgodnie z działem VI ust. 7 pkt 2 i 3 w trakcie realizacji usługi odbioru odpadów wykonawca zobowiązany jest do rejestrowania przez Systemy Identyfikacji min. następujących danych czasu i miejsca odbioru odpadów, rodzaju odbieranych odpadów, a wszelkie rejestrowane dane i informacje powinny być na bieżąco (w trybie online) udostępniane zamawiającemu. Nie ulega więc dla zamawiającego wątpliwości, że wykonawcy obowiązany jest rejestrować i przekazywać zamawiającemu dane gromadzone w związku z rejestracją odbioru odpadów w workach.

Po piąte, odwołujący podnosi, że „Ważny jest przy tym fakt, iż aktualnie mieszkańcy nie wystawiają worków z naklejkami a obowiązkiem Gminy jest odbiór wszystkich odpadów komunalnych od właściciela nieruchomości, również tych w workach bez naklejonych naklejek.". Uwaga odwołującej się dotyczy bieżącego modelu odbierania odpadów komunalnych, który wraz z rozpoczęciem realizacji nowego zamówienia ulegnie zmianie i obejmować będzie również przedmiotową rejestrację odbioru worków. Wskazują choćby na to postanowienia SWZ (zgodnie z działem II rozdział 6 ust. 2 SWU obowiązkiem wykonawcy jest brać pod uwagę, że warunkiem odbioru odpadów zebranych w worku jest oznaczenie worka kodem kreskowym) oraz przywoływane powyżej uchwały Rady Miejskiej w Kątach Wrocławskich.

Podniesiona przez odwołującego uwaga jest w więc w kontekście realizacji przyszłego zamówienia całkowicie bezprzedmiotowa.

Podsumowując, odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że kwestionowane postanowienia naruszają powoływane przepisy ustawy. Podniesione w odwołaniu uwagi albo nie korespondują w ogóle z treścią zarzutu (żądanie rezygnacji z gromadzenia i odbioru odpadów w workach) albo mają charakter postulatywno-recenzencki, czym zdecydowanie wykraczają poza ramy przysługujących odwołującemu środków ochrony.

Uwzględnienie żądania odwołania jest niemożliwe, choćby z tego powodu, że nie wskazano naruszenia postanowień SWU, do których nawiązuje wniosek odwołania. Nadto jego uwzględnienie czyniłoby niemożliwym wywiązanie się przez zamawiającego z obowiązków w zakresie organizacji odbierania odpadów na ternie Gminy zgodnie z obowiązującymi na jej terenie przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności w zakresie możliwości zapewnienia mieszkańcom zbierania i pozbywania się odpadów w workach oraz respektowania zasad w zakresie znakowania worków.

Zarzut nr V

Odpowiedź na zarzut - ze względu na jego zbieżność i związki merytoryczne z zarzutem nr VI zostanie udzielona łącznie z odpowiedzią na zarzut VI.

Zarzut nr VI

Zarzut nr V i VI odwołania są ze sobą ściśle powiązane, a co za tym zamawiający odniesie się do nich łącznie, wykazując, że oba zarzuty odwołania są bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie

1. Podstawa prawna zarzutów

Oba zarzuty odwołania oparte są na skomplikowanym i nieczytelnym sposobie opisu podstawy normatywnej odwołania, opartym na powołaniu rozlicznych przepisów i połączeniu prostą enumeracją lub określeniem „w zw.". Sposób ten de facto niweczy możliwość odpowiedzi na fundamentalne pytanie: „Jaką normę prawną naruszył Zamawiający?". Ten typ konstruowania podstawy prawnej zarzutów negatywnie oceniło już KIO, w podobnej przedmiotowo sprawie (wyrok z dnia 13 czerwca 2022 r. (KIO 118-125/22)).

I tak też odwołujący jako podstawę zarzutu nr V wskazuje: „Naruszenie art. 433 pkt 2 i art. 431 ustawy w zw. z art 16 pkt 1 i 3 ustawy i art. 17 ust. 1 w. z art 8 ust. 1 ustawy, w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1 740j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.", w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 471 k.c., w zw.

z art. 473 51 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust 2 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888j.t. ze zm.)" a w przypadku zarzutu nr VI wskazuje: „Naruszenie art, 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy, art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 k.c. art. 353(1) k.c., art. 4875 2 k.c. i art. art. 483 52 k.c. w zw. z art 3b u.c.p.g".

Nawet przy zachowaniu życzliwej interpretacji treści odwołania trudno jest jednoznacznie ustalić, na czym - wedle odwołującego - polegało naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów i jakie konsekwencje dla rekonstrukcji zarzutu odwołania mają przywoływane przy użyciu frazy „w zw." przepisy, a to czy wskazują kontekst normatywny zarzutu czy może współtworzą jego treść normatywną a może są samoistnymi podstawami zarzutów. Odwołujący nie rozwiewa tych wątpliwości uzasadniając zarzuty, a nawet wątpliwości te potęguje.

Zamawiający podniósl przy tym, że nie jest jego rolą wykazywanie, że nie dopuścił się naruszenia wszystkich przywoływanych przez odwołującego przepisów, zwłaszcza jeśli takiemu przywoływaniu nie towarzyszy skonkretyzowane uzasadnienie, pokazujące sposób ich naruszenia. Sposób stawiania zarzutów przez odwołującego przeczy istocie postępowania odwoławczego i jednocześnie — gdyby go przyjąć — zmuszałby zamawiającego do samodzielnego konstruowania zarzutów w oparciu o powołane w odwołaniu przepisy, a następnie obrony przed takimi zarzutami.

Tym samym, skomplikowany i pozbawiony logicznego związku agregat powołanych w odwołaniu przepisów nie pozwala ustalić skonkretyzowanej treści zarzutu, tym bardziej, że powoływane przepisy mają odmienne zakresy podmiotowe, zakresy zastosowania i normowania, wielokroć nie dotyczą sposobu kształtowania SWZ, a jedynie wykonywania umowy lub kwestii pośrednio związanych ze skarżoną SWZ.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający, niezależnie od powyższego, zamierzał wykazać, że skarżone postanowienia SWZ odpowiadają wymogom stawianym przez przepisy ustawy.

2. Podstawa nałożenia obowiązków na wykonawcę w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomów zagospodarowania odpadów komunalnych
Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w celu udzielenia zamówienia, za pomocą którego wykonane mają być podstawowe obowiązki zamawiającego w zakresie odbierania i zagospodarowywania odpadów komunalnych, znajdujące bezpośrednie źródło w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Do obowiązków tych należy również osiągnięcie określonych ustawą poziomów zagospodarowania odpadów komunalnych.

W związku z tym zamawiający konstruując SWZ, kierował się z jednej strony wynikającymi z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązkami obciążającymi zamawiającego (art. 3b, art. 3c), odpowiedzialnością, która z ich niewykonaniem się łączy (art. 9z ust. 2a) oraz obowiązkiem powierzenia tych zadań wykonawcom wyłonionym w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 6c ust. 1). 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. Dla przykładu zamawiający podał wyrok z 15 grudnia 2017 r. (KIO 2525/17), wyrok z 28 grudnia 2016 r. (KIO 2357/16) , wyrok, z 28.12.2016 r. - KIO 2357/16, wyrok z 7 stycznia 2020 r. (KIO 2547/19), 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. Osiągnięcie przez gminy odpowiednich poziomów recyclingu jest szczególnym obowiązkiem gminy w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Istotnie, należy przyznać rację odwołującemu, że osiągnięcie odpowiednich poziomów recyclingu należy pojmować raczej jako obowiązek gminy a nie jej zadanie własne. Niemnie 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 recyclingu w ramach określonych frakcji i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Przez takie zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się ciążącej 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 recyclingu 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. ".

Przykładem natomiast takiego rozstrzygnięcia KIO, które zapadło w następstwie w odniesieniu do podobnie ukształtowanych postanowień i co istotne na gruncie tego samego stanu prawnego jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r. (KIO 81/22) oraz wyrok z dnia 13 czerwca 2022 r. (KIO 118-125/22).

Nie ma więc jakichkolwiek powodów, aby sądzić, że zamawiający nie miał ugruntowanego prawem i orzecznictwem KIO prawa do nałożenia przedmiotowych obowiązków oraz ustalenie odpowiedzialności za ich niewykonanie poprzez wprowadzenie odpowiadających nałożonym obowiązkom kar umownych.

3. Zakres obowiązku

Zamawiający podniósł, że całkowicie bezpodstawne są wyrażane w sposób dorozumiany i wprowadzające w błąd twierdzenia odwołania, że o to odpowiedzialność wykonawcy określona w SWZ odnosi się do całego strumienia odpadów komunalnych, podczas gdy część odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy pozostaje poza zakresem zamówienia, np. odpady komunalne z nieruchomości niezamieszkałych czy też punktów skupu, a wykonawca nie ma nad nimi kontroli. Być może taki wydźwięk odwołania nie był przez odwołującego zamierzony, niemniej zamawiający zwrócił na tą okoliczność uwagę, aby uniknąć wrażenia, że przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za odpady komunalne, którymi gospodarowanie pozostaje poza zakresem zamówienia. Otóż z klarownych postanowieniami SWZ (dział VII ust. 1 pkt 2 SWU) wynika, że obowiązkiem wykonawcy jest osiągnięcie poziomu „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, o którym mowa w art. 3b ust. 1 pkt 3 - ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, obliczonego na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w odniesieniu do odpadów komunalnych odebranych przez wykonawcę od właścicieli nieruchomości oraz transportowanych z PSZOK". Zamawiający podkreślił, że wykonawca odpowiada tylko i wyłącznie za osiągnięcie poziomów zagospodarowania odpadów, które obejmie w posiadanie wykonując przedmiot zamówienia. Nadmienił, że wykonawca obejmie w posiadanie również wysokowartościowe odpady pochodzące z PSZOK.

Jednocześnie odwołujący w tym samym kontekście (tj. tego, że pewna część strumienia odpadów komunalnych nie jest objęta przedmiotem zamówienia) podnosi zarzut następującej treści: „skoro Zamawiający w ramach własnych uprawnień uzyskuje pewien procent poziomu recyklingu, to wymagać powinien od Wykonawcy realizacji poziomu w zakresie odpowiadającym pozostałym do sumarycznego osiągnięcia 35 % poziomu recyklingu w 2023 r. oraz 45 % w roku 2024. W innym wypadku należy uznać, że skoro Zamawiający sam w określonym procencie np. 10 %,jest w stanie uzyskać jakąś część ustalonego do realizacji poziomu recyklingu, to przeniesienie na Wykonawcę obowiązku zrealizowania poziomu w wysokości 35% i 45% stanowi przeniesienie na Wykonawcę obowiązku wykraczającego poza przepisy ustawy nakładające na gminę obowiązek osiągnięcia rocznego poziomu". Zarzut ten prawdopodobnie oparty jest na niezrozumieniu treści obowiązków wykonawcy określonych w SWZ, które uzupełniane są odesłanie do odpowiednich przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych to bowiem stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych (art. 3b ust. 1a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Obowiązkiem wykonawcy jest osiągnięcie określonego poziomu w stosunku do odpadów komunalnych odebranych przez wykonawcę od właścicieli nieruchomości oraz transportowanych z PSZOK. Bez znaczenia pozostaje zatem to, czy na terenie gminy powstają jeszcze jakieś inne odpady. Jeżeli więc na przykład przedmiotem zamówienia objętych jest 90% strumienia odpadów komunalnych z gminy, to nie jest tak - jak rozumuje wykonawca — że w zakresie tych 90% wystarczające jest osiągnięcie poziomu o 10% mniejszego niż przewidziany ustawą, a te „10%" zostaną osiągnięte z odpadów nieobjętych przedmiotem zamówienia. Rozumowanie odwołującego przeczy w tej mierze zasadom matematyki. Prowadzi ono bowiem do wniosku, że jeżeli z 900 ton odpadów osiągnięto poziom recyklingu w wysokości 35%, a ze 100 ton poziom w wysokości 10%, to łącznie z 1000 ton osiągnięto poziom 45%. Tymczasem, jeżeli z 900 ton odpadów osiągnięto poziom recyklingu w wysokości 35%, a ze 100 ton poziom w wysokości 10%, to łącznie z 1000 ton osiągnięto poziom 32,5% (a nie 45% jak zdaje się uważać odwołujący). Tym samym, nie jest prawdą, że zamawiający przerzucił na wykonawcę obowiązki w zakresie przekraczającym ustawowe wymagania. Zamawiający oczekuje jedynie, aby wykonawca osiągnął odpowiednie poziomy zagospodarowania obliczane wyłącznie w stosunku do odpadów, które wykonawca obejmie w toku wykonywania zamówienia. Dla prawidłowego wykonania tych obowiązków ilości odpadów pozostających poza zakresem zamówienia pozostają bez znaczenia.

Innymi słowy, zamawiający obciążył wykonawcę dokładnie tymi samymi obowiązkami, które obciążają gminę na podstawie ustawy i ograniczył zakres tych obowiązków do strumienia odpadów, które przejmie w posiadanie wykonawca, a co za tym idzie wykonawca odpowiada za osiągnięcie poziomu recyklingu w odniesieniu do masy odpadów przez siebie odebranych od właścicieli nieruchomości i transportowanych z PSZOK.

4. Kary umowne

Zamawiający w celu ustalenia wysokości kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zastosował mechanizm określony w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 9z ust. 3 pkt 1, wedle którego wysokość kary ustala 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.”).

W związku z tym i w związku wcześniejszy wyjaśnieniem, że odwołujący pozostaje w rażącym matematycznym błędzie, nie ulega wątpliwości, że przewidziane w SWZ kary umowne są dokładnym odwzorowaniem mechanizmu ustawowego a odpowiedzialność wykonawcy obejmuje tylko ten strumień odpadów, za których zagospodarowanie otrzyma wynagrodzenie. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający powierzając wykonawcy obowiązki, które obciążają go na mocy ustawy, miał prawo określić zasady odpowiedzialności za ich niewykonanie, które mają zastosowanie do zamawiającego. W przeciwnym wypadku udzielenie zamówienia na wykonanie zadania, co do którego zakłada się, że nie zostanie wykonane, byłoby nieracjonalne ekonomiczne i niecelowe. Potwierdza to wcześniej powoływane orzecznictwo KIO.

Podsumowując, skoro zamawiający miała uzasadnione swoimi ustawowymi obowiązkami prawo obciążania wykonawców wykonanym obowiązkiem osiągnięcia określonych poziomów zagospodarowania, to tym samym miał prawo wprowadzić kary umowne, zabezpieczające prawidłowe wykonanie obowiązku w sposób i w zakresie, w jakim obowiązany jest je wykonać zamawiający. Odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kar umownych jest oparta - co do określenia jej wysokości — na mechanizmie ustawowym, dokładnie takim samym jaki ma zastosowanie do gmin oraz podmiotów odbierających odpady komunalne na wolnym rynku. Zamawiający nie znajduje w związku z tym uzasadnionych w przepisach ustawy powodów rezygnacji lub ograniczenia zakresu lub wysokości kar umownych.

5. Wykonalność obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu

Odwołujący próbuje 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 ustawy. 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 oblicza się w taki sposób, jak ukształtowana jest kara umowna wykonawcy w przedmiotowej SWZ.

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 wymaganym 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 wykonal-

ne, tym bardziej że wykonawcy w udziale przypadło zagospodarowanie cennego strumienia wysokiej jakości odpadów z PSZOK.

Innymi słowy, jeżeli ustawodawca zakłada, że każdy podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie indywidualnych kontraktów z właścicielami nieruchomości jest w stanie osiągnąć przewidziany ustawą poziom zagospodarowania odpadów, to zamawiający nie może mieć wątpliwości, że poziom ten jest w stanie osiągnąć wykonawca.

6. Okoliczności wpływające na wykonanie obowiązku

Odwołujący próbuje nakierować uwagę KIO na to, że istota problemu w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu tkwi w jakości selektywnej zbiórki prowadzonej przez mieszkańców, a co za tym idzie poświęca temu wiele miejsca. Tymczasem odwołujący pomija fundamentalną kwestię wpływu zarządzania strumieniem przejętych odpadów komunalnych i właściwym jego zagospodarowaniem. Otóż na osiąganie określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia kluczowy wpływ ma to do jakich instalacji trafią odebrane i transportowane odpady. Zamawiający po to między innymi zleca zamówienie podmiotowi, który profesjonalnie trudni się działalności w zakresie gospodarowania odpadami, aby ten wybrał taki model gospodarowania odpadami, który zapewni możliwe najwyższe poziomy zagospodarowania odpadów. Podkreślić należy przy tym, że wykonawca dysponuje praktycznie nieograniczoną swobodą w wyborze instalacji, do których będzie kierował odpady.

W zakresie natomiast wpływu na jakość selektywnej zbiórki przez mieszkańców zamawiający podnosi, że podstawowym instrumentem odziaływania na jakoś tej zbiórki są przepisy prawa, które nakładają na posiadaczy odpadów ściśle określone obowiązki w zakresie selektywnego zbierania opadów, w szczególności ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Natomiast na terenie Gminy Kąty Wrocławskie obowiązuje Regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach przewidujący szczegółowe wymagania w zakresie zbierania odpadów komunalnych. Dodatkowo - nie licząc prowadzonej działalności edukacyjnej - Gmina Kąty Wrocławskie przewiduje w przepisach prawa miejscowego i projektowanym zamówieniu mechanizmy kontrolne, które wspomagać będą prawidłowe zbieranie odpadów, a jest to między system znakowania pojemników i worków.

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 najbliżej codziennej praktyki zbierania odpadów ulokowane 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. Również zamawiający przewiduje zobowiązanie wykonawcy na co zresztą wskazuje odwołanie - do kontroli zawartości pojemników i odpowiedniego reagowania w przypadku naruszenia zasad selektywnej zbiórki.

Podnieść należy przy tym, że rosnące 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.

Zadania własne gminy określone są ustawą, w tym przypadku ustawą o utrzymania 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 osiąganie 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.

7. Podstawy faktyczne twierdzeń odwołania

Twierdzenie odwołania o wysokim ryzyku nieosiągnięcia zakładanych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia opiera w istocie na własnych subiektywnych ocenach, nie przedstawiając w tym zakresie jakichkolwiek miarodajnych dowodów dla formułowanych prognoz. odwołujący, na przykład, na stronie 28 odwołania pisze o średnich poziomach recyklingu osiąganych przez przedsiębiorców działających w branży odpadów komunalnych. Nie

przedstawia jednak w tym zakresie żadnych przesłanek, na których oparł swoje twierdzenia. W gruncie rzeczy odwołujący nie poczynił żadnych miarodajnych szacunków pozwalających określić choćby w przybliżeniu skalę ryzyk obciążających odwołującego. Nie wiadomo też, czy problem powstania już w zakresie poziomów za rok 2023 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.

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.

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 wszystkim 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 przedstawia potencjał w zakresie przetwarzania odpadów na podstawie niezweryfikowanych informacji. Zamawiający nadmienił 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 skutecznie wdrażane na terenie UE, jest trudne do akceptacji.

Odwołujący zdaje się również formułować prognozy co do przyszłości (a jej dotyczy zamówienie) 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 rosnąć. Odwołujący zakłada natomiast błędnie, że nic zmienić się już nie może.

8. Wnioski odwołania

Odwołujący formułuje trzy wnioski.

Z przedstawionych powyżej powodów zamawiający nie mógłby zaaprobować żadnego z nich. W tym miejscu podkreśla jedynie, że niweczyłoby to cel udzielenia zamówienia i wydatkowania środków publicznych, gdyby udzielane zamówienia nie obejmowało obowiązków osiągnięcia poziomów zagospodarowania odpadów i konsekwencji ich niezrealizowania, w obu przypadkach w sposób odzwierciedlający określone ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach mechanizmy.

W jednym z wniosków odwołujący wnosi o uchylenie w całości postanowienia dotyczącego kary umownej, co czyniłoby iluzorycznym udzielenie przedmiotowego zamówienia, gdyby jego wykonanie w kluczowym zakresie nie byłoby zabezpieczone odpowiednimi karami.

W przypadku dwóch pozostałych wnioski są nieskonkretyzowane i w rzeczywistości są zespołem nieprecyzyjnych założeń co do konstrukcji ewentualnych postanowień SWZ, co uniemożliwia ustosunkowanie się do nich. Z całą pewnością założenia te są nie do przyjęcia, albowiem niweczą cel udzielenia przedmiotowego zamówienia, pozbawiając go realnej możliwości zrealizowania podstawowych i przyjętych w oparciu o przepisy ustawy celów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postepowania tj. projektu umowy i szczegółowych

warunków umowy - załącznik B.

Na podstawie tych dokumentów Izba ustaliła, co następuje:

Projekt umowy:

§ 2 Termin realizacji zamówienia

1. Umowa zostaje zawarta na czas określony od dnia podpisania na okres 24 miesięcy, z zastrzeżeniem ust. 2, 3.

4. Umowa ulega rozwiązaniu przed terminem określonym w ust. 1 w przypadku, gdy:

1) kwota wynagrodzenia wskazana w § 11 ust. 1 zostanie wykorzystana w całości, lub

2) Zamawiający, co najmniej z miesięcznym wyprzedzeniem, wyznaczy wcześniejszy termin rozwiązania umowy, o ile suma wynagrodzenia dotychczas należnego Wykonawcy powiększona o sumę trzech ostatnich wynagrodzeń należnych Wykonawcy przekroczy kwotę określoną w § 11 ust. 1.

6. W przypadku, o którym mowa w ust. 4, Wykonawca zobowiązany jest wykonać wszystkie obowiązki wynikające z umowy i/lub SWU odpowiednio wcześniej, adekwatnie do wyznaczonego terminu rozwiązania umowy.

7. Zamawiający i Wykonawca, każdy we własnym zakresie, będą monitorować poziom wykorzystania wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1.

8. Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie poinformować w formie pisemnej Zamawiającego o tym, że suma dotychczasowego wynagrodzenia Wykonawcy powiększona o sumę trzech ostatnich wynagrodzeń należnych Wykonawcy przekroczyła poziom 90 % wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1.

9. Nie stanowi podstawy zmiany terminu zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia ani do jakichkolwiek roszczeń, w tym zmiany wynagrodzenia, sytuacja, w której należne wynagrodzenie Wykonawcy w zakresie jednej z wyodrębnionych w Ofercie pozycji, dla której została wskazana cena jednostkowa, przekroczy prognozowane wynagrodzenie dotyczące realizacji tej części zamówienia (obliczone na podstawie przewidywanej ilości odpadów oraz ceny zaproponowanej w Ofercie)

10. Wykonawca nie będzie dochodził jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi przed datą wskazaną w ust. 1 z przyczyn, o których mowa w ust. 4.

11. Ustanie obowiązywania Umowy nie wyklucza wykonania przez Wykonawcę czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu zamówienia w okresie obowiązywania Umowy, w szczególności takich jak złożenie sprawozdań i zagospodarowanie odpadów nieprzekazanych do zagospodarowania w okresie obowiązywania Umowy.

§ 5 Pracownicy

1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem, transportem i prowadzonym we własnym zakresie przetwarzaniem odpadów.

2. W trakcie realizacji przedmiotu umowy Zamawiający uprawniony jest do wykonania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności

wskazane w ust. 1.

W dniu 30 września 2022 r. zamawiający zmienił § 5 ust. 1 w ten sposób, że nadał mu brzmienie:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem i transportem odpadów.

§ 11 Wynagrodzenie

> 1. Maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy ustalone w oparciu o Ofertę wynosi ... zł netto (słownie złotych ...) [... zł brutto (słownie złotych ...)], przy czym na dzień zawarcia niniejszej umowy stawka podatku VAT wynosi 8% dla usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, o których mowa w ust. 2 i 3, oraz 23% dla dostawy pojemników, o której mowa w ust. 4

2. Miesięczne wynagrodzenie netto należne Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz za zagospodarowanie tych odpadów (§ 1 ust. 1 pkt 1 i 3 w zw. z pkt 4) ustalone zostanie w

oparciu o:

1)- 7) iloczyn ryczałtowej ceny jednostkowej netto za odbiór, transport i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów.

3. Miesięczne wynagrodzenie netto należne Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie transportu odpadów komunalnych z Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych i oraz za zagospodarowanie tych odpadów (§ 1 ust. 1 pkt 2 w zw. z

pkt 4) ustalone zostanie w oparciu o:

1) - 21) iloczyn ryczałtowej ceny jednostkowej netto za transport i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów.

4. Miesięczne wynagrodzenie netto należne Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie dostarczania właścicielom nieruchomości lub Zamawiającemu pojemników ustalone zostanie w oparciu o:

1) - 12) iloczyn ryczałtowej ceny jednostkowej netto za dostarczenie określonego pojemnika.

5. Ceny jednostkowe wynagrodzenia netto Wykonawcy, zawarte są w Ofercie.

6. Ilości wskazane w Ofercie mogą ulec zmianie.

7. Okres rozliczeniowy wynosi jeden miesiąc kalendarzowy

9. Wynagrodzenie wypłacane jest wyłącznie za udokumentowaną przez Wykonawcę ilość odpadów przekazanych do zagospodarowania.

10. Ostateczna wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowej umowy nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 1.

11. Wykonawca nie może uważać kwoty określonej w ust. 1 jako kwoty, którą uzyska po zakończeniu realizacji niniejszej umowy. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy wynikać będzie z rzeczywiście wykonanych prac. Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawcę wynagrodzenia w kwocie określonej w ust. 1.

W dniu 30 września 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że dodał ust. 11a o treści:

W okresie obowiązywania umowy Zamawiający zobowiązuje się zapewnić Wykonawcy możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w takim zakresie, aby minimalna wartość świadczenia Wykonawcy nie była mniejsza niż 80% maksymalnego wynagrodzenia, o którym mowa w

ust. 1.

12. W wynagrodzeniu określonym w ust. 1 oraz ust. 2 i 3 mieszczą się wszystkie koszty wykonania przedmiotu umowy w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów oraz koszty innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu, w tym czynności przewidzianych SWU i umową, w szczególności dostarczania pojemników do PSZOK, załadunku odpadów oraz wdrożenia elektronicznego systemu kontroli ilości odpadów, dostarczania pojemników na odpady wielkogabarytowe, dostarczania worków właścicielom nieruchomości, oznakowania pojemników (naklejki i RFID), zagospodarowania przejętych pojemników, powiadamiania o stwierdzeniu przypadku nieselektywnego zbierania odpadów, utrzymanie punktu wagowego i bazy magazynowo-transportowej, koszty pracy w godzinach nadliczbowych i dniach wolnych od pracy, transportu, magazynowania i zagospodarowania odpadów, opłat za ich zagospodarowanie, koszty wynagrodzeń, utrzymania mienia i zasobów Wykonawcy niezbędnych do wykonywania przedmiotu zamówienia, koszty związane z wyposażeniem pojazdu w urządzenia niezbędne do wykonywania przedmiotu zamówienia, przygotowania sprawozdań.

13. W wynagrodzeniu określonym w ust. 4 mieszczą się wszystkie koszty wykonania przedmiotu w zakresie dostarczenia pojemników, w tym kosztu transportu pojemników na teren nieruchomości objętej Wykazem Nieruchomości i wskazanej przez Zamawiającego lub do miejsca pozostającego w dyspozycji Zamawiającego zlokalizowanego na terenie Gminy Kąty Wrocławskie.

§ 14 Kary umowne

1. Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z tytułów i w wysokościach w dalszych postanowieniach

niniejszego paragrafu.

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

3) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w dziale VIII ust. 1 pkt 2 SWU 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 2019 r. poz. 1396 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w dziale VIII ust. 1 pkt 2 SWU;

4. Suma wszystkich kar naliczonych na podstawie ust. 3 nie może przekroczyć 30 % kwoty maksymalnego wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1.

5. Przed naliczeniem kary umownej Zamawiający może wyznaczyć Wykonawcy termin, nie krótszy niż 3 dni robocze, do udzielenia wyjaśnień co do okoliczności wskazanych przez Zamawiającego.

§ 17 Zmiany w umowie

3. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej Umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11, 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;

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;

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - zgodnie z komunikatem Prezesa GUS w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych.

mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonych negocjacjach, 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 negocjacji.

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

1) stawki podatku od towarów i usług - Wykonawca składa do Zamawiającego pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po wejściu w życie przepisów zmieniających stawkę podatku od towarów i usług. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy. W wypadku tej zmiany wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów;

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę/ wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177) Wykonawca składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po wejściu w życie przepisów zmieniających wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę/wysokość minimalnej stawki godzinowej. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia wykonawcy po zmianie Umowy, w szczególności Wykonawca będzie zobowiązany wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany minimalnego wynagrodzenia/zmiany wysokości minimalnej stawki godzinowej za pracę na kalkulację ceny ofertowej oraz przedłożyć dokumenty potwierdzające formę zatrudnienie i wysokość wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie. Wniosek powinien dotyczyć tylko zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie i obejmować jedynie te dodatkowe koszty realizacji zamówienia, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku z podwyższeniem wysokości płacy minimalnej/minimalnej stawki godzinowej. Nie będą akceptowane przez Zamawiającego koszty wynikające z podwyższenia wynagrodzeń

pracowników Wykonawcy, które nie są konieczne w celu ich dostosowania do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę/minimalnej stawki godzinowej;

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - Wykonawca składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy oraz dokumenty potwierdzające formę Umowy i wysokość wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie. W szczególności Wykonawca będzie zobowiązany wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te dodatkowe koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego;

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 - Wykonawca składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy oraz dokumenty potwierdzające formę umowy i wysokość wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie. W szczególności Wykonawca będzie zobowiązany wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te dodatkowe koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego;

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz odpowiednio dotyczących usług wykonanych po upływie następnych minimum 6 miesięcy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS odpowiednio za 12 lub 6 ostatnich miesięcy będzie różna od ± 3,5 %.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

$CN1=Cjo*(1+Z\ (Wa-100\%)100\%)$

gdzie:

Cjo - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

CN1 - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 12 miesięcy),

Wa - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 12 zakończonych

N - numer zmiany, gdzie n= 2, 3, 4,

m - numer ceny jednostkowej przed kolejną zmianą, m = 1, 2, 3,

b - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie b = 1, 2, ..., 6.

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 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 minimum 6 miesięcy. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych.

Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±13 % całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto.

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 strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

5. Strona, której złożono wniosek, w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku oceni czy Strona wnioskująca wykazała rzeczywisty wpływ zmiany, o której mowa w ust. 4 na wzrost kosztów realizacji przedmiotowej umowy. Strony zastrzegają sobie możliwość wezwania wnioskodawcy do przedłożenia dodatkowych dokumentów czy wyliczeń. W przypadku zaakceptowania wniosku, Strony ustalą datę podpisania aneksu do umowy.

6. Zmiana umowy skutkować będzie zmianą wynagrodzenia, przy czym nie wcześniej niż od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa, o których mowa w ust. 4 pkt 1 - 3, w przypadku określonym w ust. 3 pkt 4, od miesiąca następującego po miesiącu złożenia wniosku przez Wykonawcę.

7. Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 4, na koszty wykonania zamówienia należy do Strony składającej wniosek pod rygorem niewyrażenia zgody na zmianę przedmiotowej Umowy przez drugą Stronę.

8. Żadna z ewentualnych zmian Umowy, która nie dotyczy bezpośrednio zmiany wynagrodzenia, nie będzie uprawniała Wykonawcy do dodatkowego wynagrodzenia.

9. Z okoliczności stanowiących podstawę zmiany do Umowy zostanie sporządzony protokół podpisany przez obie strony.

10. Zamawiający w uzgodnieniu z Wykonawcą dopuszcza zmianę poszczególnych zakresów Umowy bez zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 Umowy.

11. Wszelkie zmiany niniejszej Umowy wymagają zachowania formy pisemnej aneksów do Umowy podpisanych przez strony pod rygorem nieważności.

Szczegółowe Warunki Umowy - SWU Załącznik B

DZIAŁ II ODBIERANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH OD WŁAŚCICIELI NIERUCHOMOŚCI
Rozdział 1 Nieruchomości objęte usługą

2. Nieruchomości objęte usługą określa Załącznik nr 2 do SWU „Wykaz Nieruchomości”, wskazujący ilość i pojemność oraz rodzaje pojemników, w jakie wyposażona jest nieruchomość oraz rodzaje odpadów, które zbierane są w workach. Zamawiający w każdym czasie ma prawo zmienić lub uzupełnić dane objęte Wykazem Nieruchomości, a Wykonawca obowiązany jest uwzględnić zmianę, poczynając od drugiego dnia roboczego następującego po dniu powiadomienia.

3. Zmiana Wykazu Nieruchomości nie stanowi zmiany Umowy ani podstawy do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.

Rozdział 6 Sposób odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości

1. Poszczególne czynności odbioru odpadów komunalnych obejmują w szczególności:

5) w przypadku odpadów zbieranych w pojemnikach:

a) zważenie Odpadów Zmieszanych i Bioodpadów wraz z pojemnikami, w których są zbierane; jeżeli oprócz odpadów zbieranych w pojemnikach do odebrania przekazano opady tego samego rodzaju zebrane w worku, zważeniu podlegają również worki, przy czym waży się je wraz z pustym lub zapełnionym pojemnikiem; Wykonawca rejestruje - zgodnie z postanowieniami działu VI - odrębnie czynność zważenia odpadów w workach w sposób umożliwiający Zamawiającemu ustalenie tej okoliczności;

b) identyfikację i rejestrację odbioru i zważenia pojemnika zgodnie z postanowieniami działu VI;

6) odstawienie pojemnika na miejsce, z którego został zabrany;

7) w przypadku odpadów zbieranych w workach zarejestrowanie odbioru (odczyt kodu kreskowego);

10) po zakończeniu odbierania odpadów zważenie pojazdu - na zasadach określonych w rozdziale 8 - przed (na pełno) i po (na pusto) wyładunku odpadów:

a) w PWW lub w PWZ, albo

b) w instalacji wskazanej w Umowie.

2. Z zastrzeżeniem ust. 3 i 4 Wykonawca odbiera odpady - stosowanie do Wykazu nieruchomości - zebrane przy użyciu pojemników lub worków spełniających wymagania określone w Regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminach obowiązującym na terenie Gminy Kąty Wrocławskie, biorąc pod uwagę, że warunkiem odbioru odpadów zebranych w pojemniku jest wyposażenie pojemnika w transponder RFID, a zebranych w worku oznaczenie worka kodem kreskowym.

Rozdział 8 Ważenie pojazdów i odpadów

1. Pojazd Wykonawcy bez odpadów podlega jednokrotnie danego dnia zważeniu w PWZ lub PWW przed rozpoczęciem pierwszej czynności odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, przy czym zważenie to ma charakter kontrolny i nie zastępuje zważenia pojazdu po rozładunku odpadów (na pusto).

2. Zważenie pojazdu w PWZ lub w PWW po zakończeniu czynności odbierania odpadów przed rozładunkiem (na pełno) i po rozładunku odpadów (na pusto) następuje na tej samej wadze w odstępstwie nie więcej niż 60 minut.

3. W uzasadnionych przypadkach pojazd Wykonawcy po zakończeniu czynności związanych z odbiorem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości może być zamiast w PWZ lub PWW zważony przed rozładunkiem (na pełno) i po rozładunku odpadów (na pusto) w instalacji wskazanej w Umowie, o ile:

1) ważony pojazd zostanie skierowany do instalacji bezpośrednio po zakończeniu czynności związanych z odbiorem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w szczególności nie zostanie skierowany po zakończeniu tych czynności do bazy magazynowo - transportowej Wykonawcy lub innego miejsca postoju;

2) zważenie nastąpi na tej samej wadze w odstępie nie więcej niż 60 minut;

3) odpady, których ważenie dotyczy, zostaną przekazane do instalacji, na terenie której są ważone.

4. Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego obowiązany jest dostarczyć w terminie dwóch dni roboczych elektroniczne kopie lub skany kwitów wagowych ważeń wskazanych co do czasu lub miejsca przez Zamawiającego.

5. Kwit wagowy z ważeń pojazdów powinien zawierać co najmniej:

1) datę ważenia,

2) godzinę ważenia,

3) masę netto pojazdu,

4) numer rejestracyjny pojazdu ważonego,

5) informacje o rodzaju transportowanych odpadów.

6. Zważenie pojazdu w PWZ następuje przy użyciu karty chip do rejestracji wydanej dla konkretnego pojazdu. W przypadku pojazdów wprowadzonych przez Wykonawcę do wykonywania przedmiotu zamówienia po rozpoczęciu jego wykonywania, karty do rejestracji ważeń wydawane są na wniosek Wykonawcy.

7. W przypadku zagubienia, utraty, uszkodzenia lub innego uzasadnionego braku karty chip do rejestracji ważeń wydanej dla konkretnego pojazdu, ważenie pojazdu następuje na zasadach ogólnych przy użyciu udostępnionej Wykonawcy karty tymczasowej w ilości 2 sztuk, oznaczonych numerami „DW0000” i „DW0001”. W przypadku trwałego braku karty używanie karty tymczasowej jest dopuszczalne do dnia, w którym wydano właściwą kartę. W pozostałych przypadkach używanie karty tymczasowej nie może przekraczać jednego dnia dla danego zdarzenia.

8. Wykonawca na wniosek Zamawiającego udostępni Zamawiającemu zapis systemu monitoringu wizyjnego z ważenia pojazdu w PWW, o który Zamawiający będzie wnioskował. Wykonawca będzie przechowywał zapis monitoringu wizyjnego ważenia pojazdów na PWW co najmniej 3 miesiące od daty ważenia pojazdu. Wykonawca dostarcza zapis z monitoringu wizyjnego obejmujący wyłącznie czynności ważenia pojazdu określonego przez Zamawiającego w określonym dniu lub przedziale czasowym. Zapis powinien umożliwiać odczyt i obejmować swoim zasięgiem jednocześnie:

1) wyświetlacz wagi;

2) pojazd ważony;

3) widoczny numer rejestracyjny.

Rozdział 10 Obowiązki kontrolne i informacyjne Wykonawcy

1. Wykonawca obowiązany jest kontrolować:

1) stan techniczny, porządkowy i sanitarny oraz ilościowy pojemników;

2) stan porządkowy i sanitarny miejsc gromadzenia odpadów;

3) wyposażenie pojemników na Odpady Zmieszane i Bioodpady w transpondery RFID.

5. W terminie 7 dni od dnia rozpoczęcia świadczenia usług Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wykaz pojemników na Odpady Zmieszane oraz Bioodpady, w przypadku których stwierdzono brak lub niesprawność transpondera RFID. Wykaz obejmuje dokładne wskazanie lokalizacji i rodzaju pojemników objętych przedkładanym wykazem.

DZIAŁ V ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW

1. Odpady, o których mowa w ust. 3 Działu I, Wykonawca obowiązany jest zagospodarować w instalacji lub instalacjach wskazanych w Umowie, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami określoną w ustawie o odpadach.

2. Wykonawca dokumentuje przekazanie odpadów do instalacji określonych w Umowie zgodnie z przepisami ustawy o odpadach oraz innych przepisów w tym zakresie.

3. Wykonawca przed przekazaniem odpadów do instalacji wskazanych w Umowie może poddawać odpady zbieraniu, tj. gromadzeniu odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępnemu sortowaniu nieprowadzącemu do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodującego zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowemu magazynowaniu, o ile następować będzie to zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz postanowieniami SWU i Umowy.

4. Jeżeli na dzień ustania obowiązywania Umowy jakiekolwiek odpady odebrane od właścicieli nieruchomości lub PSZOK nie zostały zagospodarowane Wykonawca obowiązany jest poddać je zagospodarowaniu w terminie miesiąca od dnia ustania obowiązywania Umowy.

DZIAŁ VI SYSTEM MONITORINGU POJAZDÓW I IDENTYFIKACJI POJEMNIKÓW

1. Wykonawca wyposaży wszystkie pojazdy, objęte Wykazem pojazdów, o którym mowa w dziale VII ust.11, w elektroniczny system monitoringu bazujący na GPS rejestrujący przebieg tras nie rzadziej niż co 100 m i 30 sekund, gdy pojazd stoi nie rzadziej niż co 3 min, który jednocześnie spełni następujące wymagania:

1) dane rejestrowane przez pozostałe urządzenia i czujniki wchodzące w skład systemów identyfikacji, o których mowa w niniejszym dziale, muszą być w pełni zintegrowane z systemem monitoringu GPS,

2) przesył danych z urządzeń i czujników, o których mowa w niniejszym dziale, musi być jednoczesny z przesyłem danych z systemu monitoringu GPS. Wszystkie zarejestrowane zdarzenia (załadunek, wyładunek, identyfikacja, rejestracja i inne) muszą być rozszerzone o dokładną datę i czas [zgodny z uniwersalnym czasem koordynowanym UTC(PL)] oraz współrzędne geograficzne zdarzeń dane muszą być wyznaczone na podstawie systemu GPS.

2. Wykonawca wyposaży samochody bezpylne, objęte Wykazem pojazdów, o którym mowa w dziale VII ust.11, przeznaczone do opróżniania pojemników o pojemności od 120 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych, w system urządzeń, czujników oraz oprogramowania monitorujących pracę pojazdów (System Identyfikacji), który obejmuje:

1) czujnik uruchamiania mechanizmu pracy wrzutnika;

2) czujnik otwierania odwłoka;

3) system wagowy (System Wagowy) przystosowany do ważenia pojemników;

4) system identyfikacji pojemników w technologii RFID (System Identyfikacji RFID), który musi spełnić następujące warunki:

a) musi zapewniać identyfikację pojemników za pomocą anten RFID - każdy założony na zasypie/mechanizmie wywrotu pojemnik ma być automatycznie identyfikowany przez rejestrację kodu zamontowanego na nim Transpondera,

b) musi pracować na częstotliwości 134,2 kHz,

c) musi umożliwiać identyfikację wszystkich pojemników wyposażonych w Transpondery RFID zarówno z tworzyw sztucznych, jak i metalowych.

5) urządzenia do rejestracji odbioru odpadów zgromadzonych w oznakowanych kodami

kreskowymi workach;

6) terminal lub komputer pokładowy Systemu Identyfikacji umożliwiający:

a) wybranie punktu odbioru odpadów, na którym realizowana jest usługa z listy punktów,

b) przypisanie notatki (wybranej z listy) do konkretnego zidentyfikowanego pojemnika oraz punktu odbioru odpadów. W przypadku braku odpowiedniej notatki na liście pracownik Wykonawcy winien posiadać możliwość dopisania notatki o dowolnej treści,

c) automatyczne ostrzeganie pracowników Wykonawcy, gdy na zasypie został zainstalowany pojemnik, który nie ma być opróżniany podczas realizacji usługi na danej trasie. Ponadto system ma sygnalizować czy Transponder załadowanego pojemnika został odczytany przez anteny na pojeździe.

DZIAŁ VIII POZIOMY ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW

1. Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów:

1) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania, o którym mowa w art. 3c ust. 1 pkt 1, obliczonego na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 3c ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2021 r. poz. 888 ze zm.);

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, o którym mowa w art. 3b ust. 1 pkt 3 - ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, obliczonego na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w odniesieniu do odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę od właścicieli nieruchomości oraz transportowanych z PSZOK.

2. Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu w terminie do 31 stycznia za rok ubiegły, na piśmie i w wersji elektronicznej (MS Excel) sprawozdania dotyczącego:

1) osiągnięcia rocznych poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,

2) osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, - zgodnie z ust. 1 oraz obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie.

2. Obowiązek osiągnięcia poziomów, o których mowa w niniejszym dziale, ocenia się dla każdego roku kalendarzowego wykonywania przedmiotu zamówienia, choćby w danym roku kalendarzowym umowa nie była wykonywana przez wszystkie miesiące roku.

3. Karę umowną za nieosiągnięcie poziomów oblicza się jako iloczyn masy odpadów komunalnych wyrażonych w Mg wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziom, o którym mowa 1, oraz 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.

Dowody złożone przez odwołującego:

Izba oceniła wyliczenie poziomu możliwego do osiągnięcia w roku 2023 i 2024 wraz z prognozowanymi karami w prognozie z perspektywy października 2022 jako matematyczną prezentację stanowiska własnego odwołującego. Izba zauważyła, że dokument ten nie referuje do danych źródłowych w zakresie realnego poziomu recyclingu z frakcji za wyjątkiem danych dotyczących poziomu recyclingu bioodpadów, nie został również podpisany przez przedstawicieli odwołującego, tym samym nie może stanowić dowodu w sprawie, a jedynie element prezentacji stanowiska odwołującego. Z tego wyliczenia wynika, że odwołujący uważa, że realny dla niego poziom recyclingu z frakcji zmieszanej, to 3%, frakcji papier - 90%, frakcji szkło 90%, frakcji tworzywa sztuczne - 40%, bio - 50%, gabaryty 10%, a łączny możliwy poziom do osiągnięcia to 26 % w roku 2023 i 2024, co skutkować będzie wystąpieniem braku 1 095, 91 Mg odpadów w 2023 do osiągnięcia poziomu 35% i karą wysokości 312 992, 18zł., oraz wystąpieniem braku 2 253, 35 Mg odpadów za 2024 do osiągnięcia poziomu 45% i karą 645 555,62zł. - łączna kara to 965 547,80zł.

Z informacji przedstawionej przez A. K. z Ekosystem z dnia 15 lipca 2022 r. wynika, że Kompostownia Odpadów Zielonych przy ul. Janowskiej 51 osiąga poziom recyclingu odpadów o kodzie 20 02 01 na poziomie około 50%.

Z informacji przedstawionej przez Z. C. z ECO Bielawa z dnia 17 sierpnia 2022 wynika, że odpady o kodach 20 02 01 i 20 01 08 po poddaniu procesowi R3 wytwarzają odpad o kodzie 19 05 03, który kierowany jest do rekultywacji.

Ze sprawozdania podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z rejestru BDO dla WPO Alba SA za okres 2021 dla adresata Burmistrz Miasta i Gminy w Kątach Wrocławskich Izba nie była w stanie poczynić ustaleń z uwagi na nieczytelność przedłożonego dokumentu, a także nie była w stanie potwierdzić informacji nadpisanej na tym dokumencie o osiągniętym poziomie 20,83% za 2021, gdyż nie odnalazła takiej liczby 20,83 w screenach z informacji BDO, odwołujący na rozprawie również nie wskazał na której stronie w złożonym dokumencie ta dana została ujawniona.

Ze sprawozdania podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z rejestru BDO dla WPO Alba SA za okres 2021 dla adresata Burmistrz Miasta i Gminy w Kątach Wrocławskich dotyczącego według oświadczenia odwołującego nieruchomości niezamieszkałych w Kątach Wrocławskich str. 12 tabela 1 wynika, że osiągnięty poziom przygotowania do ponownego użycia i recyclingu[%] (z wyłączeniem odpadów, o których mowa w tabeli C) wyniósł 20,54.

Z analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Kąty Wrocławskie za rok 2021 wynika, że w ramach systemu odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości zebrano 14 763,8600 Mg odpadów komunalnych, w których najliczniejsze były odpady zmieszane - 8 601,1484 Mg, odpady ulegające biodegradacji 2 427, 5100, odpady z tworzyw sztucznych 1 036, 6730 i ze szkła 826,9600 Mg. W ramach Pszok zebrano 1 293, 5770 MG, w tym najliczniejsze były zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu - 456, 2000 Mg, wielkogabarytowe 318, 5100 Mg i biodegradowalne 205,8000Mg. Nadto zebrano odpady z dwóch punktów Fabryczna, Pietrzykowice i Spółdzielcza, Katy Wrocławskie w łącznej ilości 17, 0545Mg, przy czym były to odpady zebrane selektywnie. Z tabeli 8 str. 23 i 24 wynika, że odpady, które poddawane były recyclingowi to:

- papier i tektura przy czym ilość wytworzonych jest mniejsza od ilości poddanej recyclingowi
- drewna przy czym ilość wytworzonych jest mniejsza od ilości poddanej recyclingowi
- z tworzyw sztucznych

- z metali przy czym ilość wytworzonych jest mniejsza od ilości poddanej recyclingowi

- wielometariałowe przy czym ilość wytworzonych jest mniejsza od ilości poddanej recyclingowi

- ze szkła

- zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone

- papier i tektura

- lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć,

- biodegradowalne.

Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyclingu odpadów komunalnych wyniósł

75,98%

Izba ustaliła, że największy wpływ na poziom recyclingu mają odpady biodegradowalne, z papieru i tektury, tworzyw sztucznych i szkła.

Z rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyclingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 poz. 1530) wynika, że poziom recyclingu oblicza się zgodnie z wzorem P(poziom)% równa się iloraz łącznej masy odpadów przygotowanych do ponownego użycia i recyclingu w procentach przez łączną masę wytworzonych odpadów komunalnych wyrażony w Mg.

W przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyclingu 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 ucpg,
2. zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę jak i przez innych zbierających odpady komunalne.

W przypadku obliczania poziomów przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ucpg uwzględnia się odpady komunalne odebrane z terenu danej gminy. Masę odpadów komunalnych poddanych recyclingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyclingu.

Z artykułu "Branża recyclingu: Wysokie ceny energii mogą zatr działalność" wynika, że wykluczenie sektora recyclingu z przygotowanej listy branż energochłonnych niechybnie doprowadzi do załamania c gospodarowania odpadami, który zatrudnia ponad 70 tys. pracowników. W efekcie ponad 2 mln to tworzyw sztucznych może tr śmieci, ale także na dzikie składowiska. Jest to wypowiedź prezesa stowarzyszenia "Polski Recycling" Szymona Dziak-Czekan.

Z faktury nr 0803102599 wystawionej Ekofol przez Alba SA wynika, że za folię kolorową zbelowaną o kodzie 15 01 02 Ekofol w dniu 11 lipca 2022 miał zapłacić Ala kwotę 2 649,42zł. z cena jednostkową netto 100zł.

Z faktury nr FS 5/09/2022 z dnia 9 września 2022 wystawionej przez RSW System sp. z o.o. na rzecz Alba SA wynika, że Alba ma zapłacić RSW za zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 02 6 129 zł., to jest 250zł./Mg netto

Z faktury nr FA/146/2022/T z dnia 20 września 2022 r. wystawionej przez Ekofol na przez Alba SA wynika, że Alba ma zapłacić Ekofol za usługę przekazania do recyclingu odpadów kod 15 01 02 kwotę 93 177zł. tj. 350zł./Mg

Symulacja skrócenia trwania umowy i ograniczenia wartości waloryzacji wynika, że odwołujący założył wzrost kosztów o 40% począwszy od 12 miesiąca i o 20% od 18 miesiąca i wyliczył, że przysługiwać mu będzie wynagrodzenie o 13% wyższe od wartości początkowo przyjętej w umowie, ale takie wynagrodzenie nie pokryje kosztów w przyjętych założeniach na poziomie 3 360 tys. złotych i spowoduje, albo wcześniejsze rozwiązanie umowy tj. w 23 miesiącu lub świadczenie przez odwołującego umowy ze stratą.

Izba tę symulację potraktowała jako stanowisko własne odwołującego, nie zostało ono oparte o wzór umowny zawarty w projekcie umowy, ani nie wskazuje z jakich względów odwołujący szacuje wzrost globalnie kosztów umowy na poziomie 40% i jak ta wartość ma się do wskaźników inflacji, którymi posługuje się zamawiający. Dokument nie został podpisany przez przedstawicieli odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na

podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego 1. art. 433 pkt 4 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym możliwości jednostronnego zmniejszenia lub zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia określonego w SWZ tj. w dziale II rozdział 1 pkt 2 i 3 SWU, bez

wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu z uwagi na jego wycofanie przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 października 2022 r .

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie, aż do zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych. Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy ustawodawca dopuścił również wycofanie poszczególnych zarzutów i powiązał je ze skutkiem umorzenia postępowania. Zgodnie z art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowanie w przypadku cofnięcia odwołania, co oznacza, że taki sam skutek powinien być wywiedziony w odniesieniu do cofniętego zarzutu. Powyższe odnalazło swoje odzwierciedlenie w pkt. 1 sentencji rozstrzygnięcia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 439 ust. 1 ustawy w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1, 3 i 4 ustawy w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. w zw. z art.

3531 k.c., w zw. z art. 5 k.c. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy i art. 17 ust. 1 ustawy 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 zakresie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w ten sposób, że:

a) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji została ograniczona do ±13% całkowitej wartości przedmiotu umowy, gdy tymczasem (z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą, trudną do przewidzenia dynamikę wzrostu cen) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że znacznie przewyższy zakładany przez zamawiającego próg 13%, a tym samym Wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia do rzeczywistego wzrostu kosztów, co czyni postanowienia SWZ w tym zakresie pozornymi i nierealizującymi obowiązku z art. 439 ustawy ,

b) wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia dopiero po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy i kolejnej waloryzacji po upływie następnych 6 miesięcy od uprzedniej waloryzacji, natomiast, aby waloryzacja realnie spełniała swoją funkcję, konieczne jest jej zagwarantowanie w postanowieniach umownych, w taki sposób, aby była dopuszczalna kwartalnie - co 3 miesiące, a jej przeprowadzenie uwarunkowane było sytuacją, w której wartość wzrostu kosztów realizacji umowy przekroczy 1% kosztów przyjętych w celu ustalenia dotychczasowego wynagrodzenia umownego należnego Wykonawcy. Tymczasem, w obecnej sytuacji gospodarczej i politycznej, konieczna jest pewna elastyczność po stronie zamawiającego i wprowadzenie kwartalnych przedziałów czasowych, po których przeprowadzona będzie waloryzacja. W konsekwencji powyższego zawarty w SWZ model waloryzacji tylko iluzorycznie realizuje obowiązek wynikający z art. 439 ustawy , w szczególności w związku z drastycznymi wahaniami cen, wysokim poziomem inflacji, brakiem możliwości ustalenia wiarygodnych prognoz gospodarczych na najbliższe miesiące i lata, ustalone przez zamawiającego parametry waloryzacji w rzeczywistości nie gwarantują zgodnego z przepisami urealnienia wysokości wynagrodzenia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba przed przystąpieniem do merytorycznego rozpoznania zarzutu poczyni następujące uwagi wynikające z przepisów prawa. Zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, w tym na projektowane postanowienie umowy, co oznacza, że odwołującemu służy prawo kwestionowania opracowanych przez zamawiającego postanowień umowy, a Izba bada zgodność tych postanowień z ustawą. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy i przypadku uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy. Natomiast na podstawie art. 554 ust. 6 ustawy Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowień o określonej treści, co w ocenie Izby oznacza, że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień i wnioski strony o nakazanie wprowadzenia postanowień określonej treści nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Izba, jeśli ustali, że dane postanowienie umowne jest niezgodne z ustawą może jedynie nakazać wykreślenie postanowienia albo jego zmianę wskazując w uzasadnieniu, na czym polegało naruszenie i przedstawiając wytyczne, którymi zamawiający winien się kierować wprowadzając nakazaną zmianę, ale konkretna treść zmiany pozostaje w wyłącznej gestii zamawiającego i to on za jej brzmienie ponosi wyłączną odpowiedzialność.

W świetle tak poczynionych uwag wstępnych Izba dostrzega także potrzebę wskazania, że badanie legalności nie ogranicza się jedynie do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także do tych przepisów, do których stosowania ustawa odsyła. W realiach tej sprawy będzie to przede wszystkim kodeks cywilny (odesłanie z art. 8 ust. 1 ustawy). Izba

nie ma wątpliwości, że projektowane postanowienia umowne par. 17 wzoru umowy dotyczą umowy, której przedmiotem są usług i która ma być zawarta na czas dłuższy niż 12 miesięcy

- nie byłą to również okoliczność sporna pomiędzy stronami. W ocenie Izby nie budzi też wątpliwości, że formalnie wszystkie wymagania wynikające z treści art. 439 ust. 2 ustawy zamawiający wypełnił, bowiem przewidział klauzulę waloryzacyjną, określił minimalny poziom zmiany cen materiałów na +/- 3,5 % i początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia tj. po upływie 12 miesięcy wykonywania umowy, przewidział jeden ze wskaźników zmiany ceny materiałów jakim jest wskaźnik cen według okresu poprzedniego (miesięcznego) równy 100 (oczywiście możliwe były inne wskaźniki jak według analogicznego okresu roku poprzedzającego równego 100, czy grudnia roku poprzedzającego równego 100. Odwołujący jednak nie kwestionował doboru wskaźnika, ale maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia tj. +/- 13% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto. Zamawiający określił sposób wpływu zmiany cen materiałów przez przyjęcie, że w każdej sytuacji, gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS ostatnich miesięcy będzie różna od ± 3,5 %, to wykonawca będzie mógł złożyć wniosek o waloryzację i zamawiający określił, że poziom zmiany ceny będzie badany dwukrotnie w trakcie trwania umowy tj. po 12 i po 18 miesiącach trwania umowy. Zamawiający, jak już wskazano, sprecyzował również maksymalny poziom wzrostu cen. Izba zauważa także, że waloryzacja jest przez ustawodawcę zaplanowana jako obowiązkowa dla kontraktów trwających powyżej 12 miesięcy, co oznacza, że ustawodawca uznał, że zmiana równowagi ekonomicznej stron wywołana zmianami cen materiałów lub kosztów jest bardziej prawdopodobna przy kontraltach trwających dłużej niż 12 miesięcy. Ustawodawca nie zabronił waloryzacji kontraktów krótszych, ale przewidział w tym zakresie uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek - art. 440 ustawy. Ustawodawca także nie określił ustawowych podstaw dla określania częstotliwości waloryzacji, czy momentu początkowego ustalenia zmiany wynagrodzenia (poza art. 439 ust. 3 ustawy) pozostawiając w tym zakresie swobodę zamawiającym. Swoboda ta jednak w ocenie Izby nie jest swobodą nieograniczoną, przede wszystkim ograniczenia wynikają z zasady efektywności (art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy), zasady współdziałania (art. 431 ustawy), ale także zasady ekwiwalentności świadczeń umów wzajemnych (art.487 par. 2 kc). I przez pryzmat tych zasad należy w ocenie Izby badać zgodność projektowanej klauzuli waloryzacyjnej z przepisami ustawy. Oczywiście nie zwalnia to strony z obowiązku wykazania faktów, z których wyrodzi skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy), co w sytuacji projektowanych postanowień umownych jest niewątpliwie trudne, gdyż dotyczy pewnego przeszłego i niepewnego stanu faktycznego, który może, ale nie musi wystąpić w toku realizacji umowy. W ocenie Izby strona powinna uprawdopodobnić zaistnienie możliwości naruszenia wskazanych zasad przez projektowane postanowienia. Izba przyjmuje jako fakt notoryjny (nie wymagający dowodu z mocy art. 532 ust. 1 ustawy) występowanie inflacji w skali niespotykanej od około 20 lat., tym samym Izba daje wiarę zarówno wskaźnikom prezentowanym przez odwołującego, co do zmian cen w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedzającego równego sto, jak i przez zamawiającego co do zmian cen w stosunku do okresu poprzedzającego miesięcznego równego 100. Izba dostrzega, że obie strony w prezentowanych przez siebie symulacjach założyły, że dalszy wzrost kosztów nie będzie utrzymywał się na tym samym poziomie, ale obie założyły poziom o połowę niższy. W ocenie Izby zatem ta okoliczność nie była sporna między stronami. W ocenie Izby jednak rację należy przyznać zamawiającemu, że odwołujący nie dostrzegł, że zamawiający przewidział, że umowa ulega rozwiązaniu przed terminem określonym w ust. 1 w przypadku, gdy:

1) kwota wynagrodzenia wskazana w § 11 ust. 1 zostanie wykorzystana w całości, lub

2) zamawiający, co najmniej z miesięcznym wyprzedzeniem, wyznaczy wcześniejszy termin rozwiązania umowy, o ile suma wynagrodzenia dotychczas należnego wykonawcy powiększona o sumę trzech ostatnich wynagrodzeń należnych wykonawcy przekroczy kwotę określoną w § 11 ust. 1.

W par. 2 ust. 4 zamawiający nie wskazał, że to rozwiązanie doznaje wyjątku w przypadku zaistnienia podstaw do zwiększenia wynagrodzenia przewidzianych w par. 17 wzoru umowy. Przeciwnie wprost z symulacji odwołującego wynika, że był on przekonany, że wynagrodzenie z par. 11 ust. 1 wzoru umowy ulegnie zwiększeniu o maksymalnie 13% w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających do waloryzacji i dopiero od tego poziomu będzie zachodziła podstawa rozwiązania umowy. Odwołujący nie zakwestionował par. 2 ust. 4 wzoru umowy, nie żądał jego wykreślenia, ani modyfikacji w taki sposób, aby rozwiązanie w okolicznościach opisanych w par. 2 ust. 4 było wprawdzie możliwe, ale z zastrzeżeniem zmian wynagrodzenia wynikających z par. 17 ust. 4 pkt 5 wzoru umowy. Ani w zarzucie odwołującego brak jest takiej podstawy faktycznej, ani nie zostało sformułowane skorelowane z nią

żądanie. Tym samym sam fakt oceny, czy waloryzacja do maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia pokryje rzeczywiście przyszłe koszty odwołującego i zapewni realną ekwiwalentność świadczenia pozostanie bez wpływu na faktyczną sytuację wykonawcy w ramach projektowanej umowy, bo wykonawca i tak nie otrzyma od zamawiającego wynagrodzenia wykraczającego ponad wartość wskazaną w par. 11 ust. 1 wzoru umowy. Oczywiście Izba ma świadomość treści par. 17 ust. 8 wzoru umowy, o treści „Żadna z ewentualnych zmian Umowy, która nie dotyczy bezpośrednio zmiany wynagrodzenia, nie będzie uprawniała Wykonawcy do dodatkowego wynagrodzenia.", który wskazuje na możliwość przyznania wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia. Jednak w ocenie Izby trzeba rozróżnić wynagrodzenie wykonawcy (w tym dodatkowe), od wartości podanej w par. 11 ust. 1 ustawy. Wartość podana w par. 11 ust. 1 ustawy to maksymalny zakres zobowiązania jakie na siebie przyjmuje zamawiający, zaś minimalny zakres zobowiązania zamawiającego określa par. 11 ust.11a wzoru umowy. Natomiast wynagrodzenie, to wynagrodzenie miesięczne obliczone zgodnie par. 11 ust. 2, 3 i 4 wzoru umowy i wynikające z udokumentowanej ilości odpadów (ust. 9) i rzeczywiście wykonanej ilości prac (ust. 11 zd. 2). W ocenie Izby w odniesieniu do tego wynagrodzenia może być mowa o wynagrodzeniu dodatkowym w rozumieniu par. 17 ust. 8 wzoru umowy. Mając to na uwadze Izba nie uznała zasadności przedmiotowego zarzutu w części kwestionującej maksymalny poziom wartości zmiany wynagrodzenia. Z kolei w drugiej części zarzutu odwołujący kwestionuje określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. W ocenie Izby również ta część zarzutu nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący bowiem nawet nie podjął próby wykazania, że zwiększenie częstotliwości waloryzacji wpłynie na sytuację wykonawcy w tym postępowaniu. Izba zauważa, że przedstawiona przez odwołującego symulacja nie dotyczy w ogóle kształtowanie się wynagrodzenia umownego w postulowanych przez odwołującego terminach uprawniających do wystąpienia z żądaniem waloryzacji. Nadto Izba zauważa, że odwołujący nie kwestionował podanych w par. 17 ust. 4 pkt 5 wzorów waloryzacyjnych ujmujących sumy Wa jako odpowiednio sumy z 12 ostatnich zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku i sumy z 6 ostatnich zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku. Z tego względu Izba uznała zarzut za nieuprawdopodobniony i jako taki nie zasługujący na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 95 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy przez określenie w § 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr A do SWZ, wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności związane z prowadzonym we własnym zakresie przetwarzaniem odpadów na podstawie stosunku pracy w sytuacji, gdy wykonanie tych czynności nie musi polegać na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu z uwagi na jego wycofanie przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 października 2022 r .

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie, aż do zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych. Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy ustawodawca dopuścił również wycofanie poszczególnych zarzutów i powiązał je ze skutkiem umorzenia postępowania. Zgodnie z art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowanie w przypadku cofnięcia odwołania, co oznacza, że taki sam skutek powinien być wywiedziony w odniesieniu do cofniętego zarzutu. Powyższe odnalazło swoje odzwierciedlenie w pkt. 1 sentencji rozstrzygnięcia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy oraz art. 16 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie w rozdziale II rozdział 6 pkt 1 ppkt 7) oraz pkt 2 SWU wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie wymogów odbioru odpadów w workach zamiast w tylko w pojemnikach

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający wykazał legalność postanowień SWU przewidujących możliwość odbierania odpadów w workach, jak i wskazał na swoje uzasadnione potrzeby wynikające z oznakowywania kodami kreskowymi odpadów zbieranych w workach. Wynika to z uzasadnienia projektu uchwały z dnia 21 września 2021 r. Rady Miejskiej w Kątach Wrocławskich z 5 sierpnia 2022 r., gdzie wskazano, że świadczenie usługi odpadów z nieruchomości wyłącznie z pojemników i worków spełniających wymagania Regulaminu w zakresie ich oznakowania znacznikami RFID lub kodami kreskowymi umożliwi kontrole prawidłowego wykonania zamówienia jak i nadzór nad właścicielami nieruchomości w zakresie selektywnego zbierania odpadów oraz składania deklaracji. Co więcej zamawiający przewidział ograniczenie ilości worków, na które wskazywał odwołujący na rozprawie

przewidując, że worki nie będą dostarczane w przypadku tych nieruchomości, które będą wyposażone w pojemniki, a gmina w zakresie bioodpadów będzie zapewniać odbiór odpadów w workach, jednak w ilości nie większej niż określona w uchwale (czyli 4 worki na pojemnik i po jego zapełnieniu). Wymóg znakowania worków kodami kresowymi w ocenie Izby nie jest sprzeczny z prawem, a przede wszystkim z ustawą, umożliwia zamawiającemu kontrolę nad sposobem segregacji, a także utrudnia właścicielom wzajemne przekazywanie sobie odpadów w celu zapewnienia odbioru w szczególności bioodpadów w limitach przewidzianych przez zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, że wymaganie zamawiającego utrudnia lub uniemożliwia mu złożenie oferty, czy prawidłowe wykonanie umowy. Odwołujący powoływał się bardziej na aspekt proekologiczny i ewentualną uciążliwość dla pracowników odwołującego niż na niezgodność postanowienia z ustawą. Z tego względu zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 433 pkt 2 i art. 431 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy, w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 j.t. ze zm.), dalej jako „u.c.p.g.”, przez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu przewyższającego ustawowy obowiązek nałożony na Gminy (art. 3b ust 1 ucpg) oraz zastrzeżenie na rzecz zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „poziomu recyklingu”) w sytuacji, gdy stanowi to ustalenie kary umownej za zachowanie wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem umowy. Powyższe polega na tym, że wykonawca może zrealizować umowę prawidłowo, a mimo to, nie osiągnąć ustalonego poziomu recyklingu. Ponadto przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie tzw. poziomu recyklingu w sytuacji, gdy oczywistym jest, że wykonawca nie ma całościowego wpływu na osiągnięcie tego poziomu (m.in. realizowania przez zamawiającego czynności mających na celu osiągnięcie tego poziomu niezależnie od wykonawcy a wynikających z przepisów prawa - wykonawca nie ma wpływu na działania zamawiającego w tym zakresie, słabej jakości i niskich ilości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” i 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)), jest niezgodne z obowiązkiem współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy wykonaniu umowy. W konsekwencji - ponieważ odpowiedzialność wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił zamawiający w § 14 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy, jest nieadekwatne do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i co za tym idzie rażąco wygórowana oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy, art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 k.c. art. 353(1) k.c., art. 487 § 2 k.c. i art. art. 483 § 2 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. przez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia umownych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz wobec przewidywanych kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów w sytuacji, gdy ich osiągnięcie przy ustalonym braku narzędzi po stronie wykonawcy do wyegzekwowania „u źródła” selektywnej zbiórki, na poziomie oczekiwanym przez zamawiającego 35% w roku 2023 i 45 % w roku 2024, co jest wysoce utrudnione. Ponadto zamawiający uzyskuje z innych źródeł niż realizacja umowy przez wykonawcę odpady, które może zaliczyć do poziomów recyklingu (punkty skupu, kompostowniki, nieruchomości niezamieszkałe), zatem skoro zamawiający w ramach własnych uprawnień uzyskuje pewien procent poziomu recyklingu, to wymagać powinien od wykonawcy realizacji poziomu w zakresie odpowiadającym pozostałym do sumarycznego osiągnięcia 35 % poziomu recyklingu w 2023 r. oraz 45 % w roku 2024. W innym wypadku należy uznać, że skoro zamawiający sam w określonym procencie np. 10 %, jest w stanie uzyskać jakąś część ustalonego do realizacji poziomu recyklingu, to przeniesienie na wykonawcę obowiązku zrealizowania poziomu w wysokości 35% i 45%, stanowi przeniesienie na wykonawcę obowiązku wykraczającego poza przepisy ustawy nakładające na gminę obowiązek osiągnięcia rocznego poziomu, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem a priori obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych. Jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy , gdyż pozostaje nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert

Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na brak ich udowodnienia. Zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na uwzględnienie postawionego przez odwołującego zarzutu. Izba ustaliła, że za rok 2021 zamawiający osiągnął poziom recyklingu 75,98%. Izba ustaliła, że według sprawozdania odwołującego z nieruchomości niezamieszkałych za rok 2021 osiągnął on poziom recyclingu 20,54%. Izba uznała, że zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. gmina do łącznej masy wytworzonych odpadów jak i do łącznej masy odpadów przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyclingowi ma prawo wliczyć odpady odebrane w ramach gminnego systemu gospodarki odpadami jak i te objęte umowami z właścicielami nieruchomości nie objętych tym systemem, jak i odpady zebrane przez gminę i innych zbierających odpady komunalne. W ocenie Izby zatem nie budzi wątpliwości, że gmina w inny sposób oblicza wartości podstawiane do wzoru P równe iloraz Mr (łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddania recyclingowi) przez Mw (łączna masa wytworzonych odpadów komunalnych) pomnożone przez 100 %, niż wykonawca, który będzie realizował przedmiotową umowę. Gmina zarówno w liczniku jak i w mianowniku podstawi bowiem wartości obejmujące odpady odebrane przez odwołującego od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i przetransportowane z Pszok jak i te odebrane przez inne podmioty mające umowy z właścicielami nieobjętymi systemem gminnym, jak również odpady nie odebrane, ale zebrane przez gminę i inne podmioty (jak podawał odwołujący np. punkty skupu), natomiast odwołujący do licznika i do mianownika podstawi wyłącznie odpady zebrane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i transportowane z Pszok. Tym samym poziomy recyclingu wykazywane tym samym wzorem dla gminy jak i dla odwołującego, ale odnoszące się do zupełnie inaczej ustalonych wartości nie będą tożsame. Rację ma zatem odwołujący, że może być tak, że zamawiający z nadwyżką spełni poziomy recyclingu i kary ustawowej nie zapłaci, a odwołujący nie osiągnie wymaganych poziomów i mimo braku szkody po stronie zamawiającego będzie musiał zapłacić karę umowną. Mimo tego, że odwołujący może mieć rację w swoich twierdzeniach, to jednak twierdzeń tych nie udowodnił, bowiem na poparcie swojego stanowiska, co do braku możliwości osiągnięcia poziomów 35 i 45 % w latach 2023 -2024 przedstawił w rzeczywistości tylko jeden dowód w postaci informacji elektronicznej z Kompostowni Odpadów Zielonych przy ul. Janowskiej 51, którym wykazał, że przygotowanie do ponownego użycia i poddania recyclingowi frakcji bioodpadów może być realne na poziomie 50%. Natomiast odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że realny poziom recyclingu dla frakcji papier i szkło to 90%, 40 % dla tworzyw sztucznych, 10% dla gabarytów i 3% ze zmieszanych. Przeciwnie sam podał, że Chemeko może osiągnąć poziom recyclingu ze zmieszanych w granicach 10%. Tym samym wskazane w wyliczeniu poziomu możliwego do osiągnięcia w roku 2023 i 2024 realnego % recyclingu z frakcji są jedynie deklaracją odwołującego, której nie udowodnił, co z kolei powoduje, że nie sposób uznać za udowodnione, że odwołujący będzie w stanie osiągnąć w 2023 i 2024 poziom recyclingu ok. 26%. Nie ma też dowodu na to, że w 2021 odwołujący odbierając odpady w systemie zamawiającego osiągnął poziom 20,83%. Przedstawione w tym zakresie sprawozdanie dotyczące odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w Gminie Kąty Wrocławskie przez odwołującego w 2021 nie przedstawia takiej wartości, ani nie jest na tyle czytelne, aby możliwe było poczynienie ustaleń na podstawie jego treści. Z kolei sprawozdanie za 2021 dotyczące odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych przeczy twierdzeniom odwołującego, że umowy z właścicielami nieruchomości nieobjętych systemem gminnym są korzystniejsze pod względem możliwych do osiągnięcia poziomów recyclingu, bo wykonawca ma wpływ na to z kim zawiera umowę i na jakich warunkach. Jeśli bowiem odwołujący twierdzi, że z nieruchomości zamieszkałych osiągnął poziom 20,83%, a z przedstawionego dowodu dla nieruchomości niezamieszkałych wykona, że był to poziom 20,54%, to poziomy te różnią się od siebie w sposób nieznaczny, na pewno nie stanowiący dowodu na to, że dzięki możliwości zaliczenia odpadów zbieranych przez podmioty z art. 9g ucpg gmina ma większą niż odwołujący szansę na osiągnięcie poziomów recyclingu. Natomiast dowody na to, że odpady z tworzyw sztucznych były źródłem przychodu odwołującego, a obecnie są źródłem kosztu, w ocenie Izby nie służą wykazaniu braku możliwości osiągnięcia wymaganych przez zamawiającego poziomów recyclingu. Nadto treść tych dowodów jak słusznie zauważył zamawiający nie wskazuje na to, że faktycznie odpad będący zbelowaną folią kolorową stał się kosztem - faktury z września 2022 r. nie wskazują wprost na taki odpad, ale ogólnie na kod odpadów 15 01 02, do których należy również folia kolorowa zbelowana, ale jest to szersza grupa odpadów obejmująca odpady z tworzyw sztucznych. Co do systemu kaucyjnego, to biorąc pod uwagę fakt, że jest to jedynie projektowany akt prawny, trudno uznać, że wywrze on realny skutek na możliwość osiągnięcia poziomów recyclingów wskazanych w projektowanej umowy z następujących względów:

- na obecną chwilę nie znany jest faktyczny zakres przedmiotowy systemu kaucyjnego,

- przełożenie się systemu kaucyjnego na obliczanie poziomów recyclingów,

- moment wejścia w życie systemu,

- szybkości dostosowania się społeczeństwa do nowego systemu,

- jego atrakcyjności dla społeczeństwa w wymiarze finansowym w porównaniu np. z punktami skupu.

Te wszystkie okoliczności powodują, że nie można realnie ocenić, czy i w jaki zakresie system kaucyjny wpłynie na możliwość osiągnięcia poziomów recyclingu przez odwołującego. Z tego względu Izba uznała zarzut za niewykazany i podlegający oddaleniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 568 pkt 1 i art. 553

ustawy.

O kosztach rozstrzygnięto na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego oraz kosztami poniesionymi przez zamawiającego w zakresie wydatków pełnomocnika, do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:.....