

Sygn. akt: KIO 2944/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Elżbieta Dobrenko Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Remondis Gliwice sp. z o.o. w Gliwicach

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Gaszowice w Gaszowicach

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr I. c) odwołania,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Remondis Gliwice sp. z o.o. w Gliwicach i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Remondis Gliwice sp. z o.o. w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), uiszczoną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy Remondis Gliwice sp. z o.o. w Gliwicach na rzecz Gminy Gaszowice w Gaszowicach kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2944/24

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

Gmina Gaszowice w Gaszowicach, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Gaszowice.

Objawienie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 sierpnia 2024 r., Dz. U. S; 151/2024 nr 471043-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 15 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Remondis Gliwice sp. z o.o. w Gliwicach, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I.

a) art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c., 471 k.c., 354 § 2 k.c., art. 362 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 ustawy Pzp, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z dyrektywą 2004/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu w stosunku do treści pkt VI.1.3 OPZ oraz § 4 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy, jak również § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązków Wykonawcy w sposób przewidujący wyłącznie odpowiedzialność Wykonawcy za osiągnięcie określonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów, mimo tego że:

- faktem notoryjnym jest problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów

komunalnych, występujący w momencie ich odbioru od mieszkańców,

- obowiązek uzyskania wymaganych ustawą porządkową wskaźników leży po stronie Zamawiającego, o czym wyraźnie stanowi art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, i brak jest podstaw do przerzucenia tego obowiązku w całości na Wykonawcę
- istnieje obowiązek współdziałania przy realizacji usługi, a w treści dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego

do koniecznego takiego współdziałania w celu wykonania narzucanego Wykonawcy jednostronnie obowiązku,

- istnieje możliwość po stronie mieszkańców Gminy do oddawania zebranych odpadów do innych punktów zbiorczych, co z kolei może skutkować obniżeniem ilości strumienia odpadów nadających się do recyklingu i w ogólnym rozrachunku do zmniejszenia wymaganego wskaźnika,
- to nie Wykonawca odpowiada za skład odpadów znajdujących się w pojemnikach przeznaczonych na zbieranie odpadów,
- począwszy od 1 stycznia 2025 r. zostanie w Polsce wdrożony tzw. „system kaucyjny”, który w sposób niewątpliwie wpłynie na ilość i skład odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy (w praktyce może bowiem okazać się, że znacząca ilość odpadów ze strumienia podlegających recyklingowi nie będzie już odbierana w ramach umowy zawartej z Wykonawcą, lecz zwracana bezpośrednio przez ich posiadaczy do sklepów), czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę praktycznie niemożliwego do spełnienia obowiązku osiągnięcia wskaźników wskazanych w art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej w wysokości 55% za okres od 1 stycznia 2025 r. do zakończenia umowy, sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej, co z kolei narusza zasady współżycia społecznego.

b) art. 68a pkt 2 w związku z art. 36a ustawy o elektromobilności i w związku z art. 8 ust. 1 i art. 16 pkt 1, art. 99 ust. 4 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 58 k.c. poprzez postawienie jako warunku udziału w postępowaniu dysponowania przez Wykonawcę co najmniej jednym pojazdem napędzanym paliwami alternatywnymi, wyrażonym w treści rozdz. V.2.3) lit b) SWZ (i skorelowanym z tym obowiązkiem przedstawienia wykazu sprzętu) oraz zobowiązaniu Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu takiego pojazdu (co najmniej jednego) o czym mowa w pkt III.15 OPZ, wobec braku konieczności realizacji przedmiotu zamówienia tego typu pojazdami, co uniemożliwia dostęp do uzyskania zamówienia wykonawcom nie dysponującym takimi pojazdami, i stanowi o naruszeniu uczciwej konkurencji w sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, jak również jest wobec tego przedmiotu nieproporcjonalne,

c) art. 97 ust. 10 ustawy Pzp poprzez zobligowanie wykonawców w zapisie rozdz. IX.8 SWZ składania oryginału dokumentu w postaci papierowej (w kopercie), podczas gdy Zamawiający ustalił rodzaj komunikacji w postępowaniu w sposób elektroniczny, a sam przepis ustawy Pzp bezwzględnie nakazuje dołączyć oryginał gwarancji wnoszonej w sposób niepieniężny w postaci elektronicznej,

d) art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 oraz ust. 4 ustawy pzp oraz w związku z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w związku z art. 58 k.c. i w związku z art. 8 ustawy pzp, poprzez określenie współczynnika umożliwiającego wystąpienie o waloryzację wynagrodzenia na poziomie nierealnym, nie znajdującym uzasadnienia w obecnej sytuacji gospodarczej, jak również ograniczenie waloryzacji wynagrodzenia jedynie do kosztów związanych z transportem, co stanowi niczym nieuzasadnioną ingerencję Zamawiającego w regulacje odnoszące się do podstaw dokonywania waloryzacji wynagrodzenia wskazane w ustawie Pzp, a przez to naruszające równowagę ekonomiczną stron umowy i brak ekwiwalentności świadczeń.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w dokumentacji postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego poprzez:

- a) usunięcie z pkt VI.1.3 OPZ zapisów odnoszących się do obowiązku Wykonawcy do osiągnięcia poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz rozporządzeniami wykonawczymi do tej ustawy,
- b) usunięcie § 4 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy,
- c) usunięcie w § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy zapisów dotyczących kary umownej za nieosiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości stanowiącej 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 (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 54), i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,
- d) modyfikację zapisów SWZ oraz OPZ w zakresie wymogu dysponowania co najmniej jednym pojazdem specjalistycznym napędzanym paliwami alternatywnymi w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych, poprzez rezygnację z takiego wymogu udziału w postępowaniu i obowiązku realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu takiego pojazdu,

e) modyfikację zapisów SWZ odnoszących się do składania dokumentu wadialnego w postaci papierowej, w kopercie, poprzez wyłączenie określenia sposobu składania takiego dokumentu zgodnego z ustawą Pzp,

f) zmiany zapisu § 22 wzoru umowy w taki sposób, aby:

- wzrost wynagrodzenia na podstawie wskaźnika cen towarów i usług obejmował każdy rodzaj kosztów lub cen materiałów, a nie tylko odnoszących się do kosztów transportu (§ 22 ust. 1, 3 i 4 wzoru umowy),
- uprawnienie do wnioskowania o zmianę wynagrodzenia przez Wykonawcę następowało w przypadku gdy wskaźnik wzrostu cen towarów i usług za ostatni kwartał

poprzedzający wniosek o waloryzację wzrosnie o co najmniej 2% w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia umowy,

ewentualnie [w zakresie wniosku objętego lit. a) – c)] do zobowiązania Zamawiającego do wprowadzenia zmian w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w taki sposób, aby:

g) zapis pkt VI.1.3 OPZ oraz § 4 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy zobowiązywał Zamawiającego do współpracy w celu wykonania umowy, w szczególności poprzez:

- podejmowanie działań mających na celu edukację mieszkańców co do zasad selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, składu odpadów najbardziej przydatnych do recyklingu oraz negatywnych konsekwencji nieprzestrzegania zasad prawidłowego gromadzenia odpadów, co najmniej raz w miesiącu, w prasie lokalnej oraz na stronie internetowej Gminy,
- zorganizowanie pikników mających wymiar ekologiczny, poprzez prezentowanie prawidłowych zasad dotyczących selektywnej zbiórki odpadów, recyklingu i powtórnego przetworzenia odpadów,
- wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ustawy porządkowej. wobec wszystkich nieruchomości, co do których Wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania Wykonawcy o toku poszczególnych postępowań,
- przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w odniesieniu do zamieszkałych nieruchomości w ilości co najmniej 50 nieruchomości miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcia postępowań, o których mowa powyżej, a także informowania Wykonawcy o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,

- a w przypadku niewykonania któregokolwiek z powyższych obowiązków braku możliwości zastosowania odpowiedzialności z tytułu kar umownych wskazanych w § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy.

h) zapis § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy w zakresie kar umownych za brak osiągnięcia przez Wykonawcę poziomów wymaganych zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy uwzględniał rozłożenie ryzyka za nieosiągnięcie tego wskaźnika na obie strony umowy, a nie przerzucał finansowej odpowiedzialności w całości na Wykonawcę, np. poprzez obniżenie wysokości kwoty jednostkowej za brakującą masę odpadów komunalnych do połowy stawki opłaty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów odwołujący wskazał, że nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego w pierwszej kolejności należy upatrywać w przerzuceniu ciężaru obowiązku administracyjnego polegającego na zapewnieniu odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych praktycznie w całości na Wykonawcę i pozbycia się odpowiedzialności finansowej za niedopełnienie tych obowiązków, które ustawa porządkowa nakłada na jednostkę samorządu terytorialnego. Jest to zarzut o tyle istotny, że przedsiębiorcy (wykonawcy zapewniający odbiór odpadów z terenu jednostki) wykonujący jedynie część zadań składających się na kompleksowy system gospodarki odpadami w gminie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt VI.1.3 OPZ Wykonawca jest zobowiązany do postępowania z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami określonymi w: Ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zgodnie z art. 9e oraz 9l, Ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach, wymaganiami ochrony środowiska oraz Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Śląskiego w sposób zapewniający m.in. „Osiągnięcie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia zgodnie z art. 3b ust. 1 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i rozporządzeniami wykonawczymi do Ustawy”, z którym to obowiązkiem skorelowany został zapis § 4 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy „Do podstawowych obowiązków Wykonawcy należy w szczególności osiągnięcie zgodnie z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399). i rozporządzeniami wykonawczymi do w/w ustawy założonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów”. Zdaniem odwołującego tak skonstruowane zapisy wyraźnie pozwalają stwierdzić, że obowiązek zadbania o to, aby zapewnić należyty poziom (wskaźnik) recyklingu odpadów komunalnych wyznaczony przepisami powszechnie obowiązującymi skierowany został wyłącznie do Wykonawcy.

Odwołujący podkreślał, że jego zamiarem nie jest kwestionowanie obowiązków wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym i tych, które nakładają osiągnięcie wymaganych poziomów odzysku w ramach gospodarki odpadami realizowanej przez gminy. Według odwołującego nie ulega również wątpliwości, iż poprzez

zlecenie realizacji niektórych zadań z zakresu tej gospodarki, przedsiębiorcy uczestniczący w tym systemie winni również mieć te wymagania na uwadze, a prowadzone działania powinny umożliwić gminom osiągnięcie zakładanych przez ustawodawcę poziomów odzysku. Niemniej jednak nie może to przybierać tak jednostronnych rozwiązań, jak zaprezentowane przez Zamawiającego w postępowaniu, mając na uwadze problemy całego systemu gospodarowania odpadami czy przewidzianych rozwiązań ustawowych, które pogorszą sytuację Wykonawcy uniemożliwiając praktycznie spełnienie tego obowiązku.

Odwołujący wskazał, że przewidziany przez ustawodawcę próg odzysku dla roku 2025 (czas realizacji niniejszego zadania), zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, ustalony został na poziomie 55%. Współczynnik ten odpowiada stosunkowi masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych. W tym kontekście istotne jest dokonanie oceny lat poprzednich pod kątem osiągnięcia wskaźników odzysku przez Zamawiającego, w celu uzyskania obrazu, czy w ogóle możliwe będzie zrealizowanie takich poziomów – a tym samym czy obowiązek nałożony na Wykonawcę w ogóle realnie będzie możliwy do spełnienia. Zgodnie z danymi przekazanymi w OPZ przez Zamawiającego, odnoszących się do 2023 roku, w strumieniu odpadów odbieranych od mieszkańców Gminy Gaszowice przeważały odpady zmieszane (co jest standardem w obecnym czasie we wszystkich gminach w Polsce). W roku 2023 odpadów tych było 1556,32 Mg przy łącznej masie odpadów 4561,64 Mg (zsumowana masa odpadów z tabeli na str. 9 OPZ). Ilość odpadów zmieszanych stanowi zatem ponad 34% ogólnej masy odpadów odebranych w ramach takiego zadania. Odwołujący wskazał, że z odpadów tej frakcji stopień recyklingu jest znikomy, wahający się w zależności od instalacji komunalnej oraz od składu odpadów w zakresie od 1 do 4 %, a żadna instalacja nie zagwarantuje osiągnięcia wyższych poziomów. Według odwołującego potwierdza to poziom recyklingu, jaki jest uzyskiwany z terenu Gminy Gaszowice w latach poprzednich. W roku 2022 uzyskano bowiem 38,36%, natomiast w roku 2023 udało się uzyskać poziom 38,80%. Zdaniem odwołującego widać wyraźnie, że w ostatnich dwóch latach nastąpiło ustabilizowanie się tego wskaźnika, a zatem mało prawdopodobne jest że wskaźnik ten zbliży się do zakładanego poziomu 55% w roku 2025. Tym bardziej jest to nierealne, że sam Zamawiający wskazuje we wspomnianej tabeli w OPZ podobne (w odniesieniu proporcjonalnym) ilości odbioru poszczególnych frakcji odpadów za I

półrocze 2024 r. względem roku 2023, zatem osiągnięcie wskaźnika na poziomie 45% (wymóg 2024 r.) jest zagrożone.

Odwołujący zauważał, iż z frakcji odpadów odbieranych w sposób selektywny nie jest możliwe uzyskanie 100% odpadów przeznaczonych do recyklingu i ponownego użycia, z uwagi na istniejące zanieczyszczenia. Dodatkowo część odpadów – w szczególności gromadzonych w PSZOK – można jedynie poddać unieszkodliwianiu, a nie recyklingowi. Tak jest w szczególności w przypadku odpadów niebezpiecznych takich jak farby, opakowania po farbach, inne odpady zawierające rtęć, urządzenia zawierające freony, leki inne niż wymienione w 20 01 31. Uwzględniając ilości poszczególnych odpadów w tych kategoriach, jeszcze bardziej obniżeniu ulega masa odpadów, jakie mogą być poddane recyklingowi i ponownemu przetworzeniu, co w bezpośredni sposób rzutuje na wyliczenie wskaźnika poziomu odpadów obniżając go (co jest prostym zastosowaniem reguł matematycznych, gdzie zmniejszenie wielkości w liczniku ułamka przy niezmiennym mianowniku sam ułamek ulega zmniejszeniu).

Kolejno odwołujący wskazał, że w wyniku przyjętych już rozwiązań ustawowych, rok 2025 przyniesie zmiany oddziałujące na kształt gospodarki odpadami poprzez wprowadzenie powszechnego systemu kaucyjnego. Biorąc pod uwagę wszystkie analizy dostępne w chwili obecnej szacuje się, że jego uruchomienie przyniesie poziom skuteczności w okolicach 90% usunięcia surowców wtórnych (plastikowych butelek, opakowań szklanych) ze strumienia odpadów odbieranych przez przedsiębiorców od mieszkańców, co oznacza drastyczny spadek poziomu recyklingu uzyskiwanego przez podmioty odbierające odpady od mieszkańców gminy (skoro będą one bezpośrednio dostarczane przez mieszkańców do podmiotów zobowiązanych do ich odbioru, tj. sklepów). Rewolucja ta nie wpłynie jednakże na poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użytku odpadów komunalnych przez Zamawiającego ponieważ podmioty reprezentujące wprowadzających napoje w opakowaniach będą zobowiązani do składania gminom sprawozdań w oparciu o art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi. Natomiast wpłynie to na poziomy osiągnięte przez wykonawców usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, bowiem to właśnie ze strumienia w dużej mierze przez te podmioty odbieranego, odpady te zostaną ujęte.

Z jednej zatem strony Wykonawca pozbawiony zostanie „dopływu” odpadów tych frakcji, które miałyby decydujący wpływ na osiągnięcie poziomu odzysku, ale z drugiej strony Zamawiający i tak ten strumień odpadów będzie mógł doliczyć do wskaźnika z uwagi na raportowanie samych podmiotów odbierających te opakowania z systemu kaucyjnego. Jest to w niniejszej sprawie o tyle istotne, że osiągnięcie zadanego wskaźnika przewidziane w

umowie zostało wobec strumienia odpadów odbieranych wyłącznie przez Wykonawcę, a nie przy udziale innych podmiotów. W efekcie pewne jest, że w 2025 roku Wykonawca osiągnie poziom odzysku znacznie niższy, niżeli wskaźnik wyliczony przez Zamawiającego – co w bezpośredni sposób wpłynie na poziom kar umownych naliczonych Wykonawcy.

Zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy porządkowej, obowiązek osiągnięcia wymaganego ustawą poziomu odzysku spoczywa na gminie. To gmina zobligowana została w ramach kompleksowo prowadzonego systemu gospodarowania odpadami do takiego jego zorganizowania, aby ten obowiązek wykonać. System gospodarki odpadami to nie tylko sam odbiór odpadów; zgodnie z ustawą gminy zobligowane są np. tworzyć punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, czy chociażby prowadzić działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi. Przeniesienie zatem tego obowiązku w całości na podmiot wykonujący jedynie jeden z elementów składających się na system gospodarki odpadami w gminie stanowi obejście przepisów prawa administracyjnego. Jest bowiem oczywiste, że skoro ustawodawca zdecydował się na obciążenie właśnie gmin obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu i ponownego przygotowania do użycia

odpadów komunalnych, to właśnie gminy muszą podejmować działania w tym kierunku. Gdyby ustawodawca miał inny zamiar – to tak jak w odniesieniu do odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości (art. 9x ust. 2 w związku z art. 9g ustawy porządkowej) – karę administracyjną nakładałoby się właśnie na podmiot odbierający odpady. Tymczasem Wykonawca nie ma realnego wpływu na to, co właściciele nieruchomości umieszczają w pojemnikach na odpady; nie ma wpływu na to, co zostanie przekazane do punktów skupu czy innych miejsc (PSZOK); nie ma wpływu na to jak zostanie system gospodarowania odpadami zorganizowany; nie ma powierzonych zadań, które pozwoliłyby na poprawienie selekcji odpadów podlegających recyklingowi czy powtórному przetworzeniu. Zgodnie z postanowieniami OPZ, Wykonawca będzie miał wpływ na odpady selektywnie gromadzone, bowiem w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w zakresie selektywnej zbiórki przez mieszkańców – ma obowiązek poinformować Zamawiającego o tych nieprawidłowościach, ale i tak ostatecznie ma obowiązek odebrać te odpady. Brak jest natomiast mechanizmu „odwrotnego”, w ramach którego możliwe byłoby stwierdzenie obowiązku „rozsegregowania” odpadów zmieszanych przez właściciela nieruchomości.

Zdaniem odwołującego powyższe rozważania mają istotne znaczenie z punktu widzenia Wykonawcy, który de facto na podstawie zapisów zawartych we wzorze umowy ponosi wyłączną odpowiedzialność finansową za nieosiągnięcie wymaganych poziomów odzysku, i to poziomów odnoszących się do strumienia odpadów, które odebrał (a nie całości odpadów

pozostających we władztwie Gminy Gaszowice). Zapis § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy nie pozostawia pola do odmiennej interpretacji, wskazując jednoznacznie, że kary umowne naliczane są za nieosiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. To oznacza, że Wykonawca poniesie odpowiedzialność finansową w sytuacji gdy nie ma on realnego wpływu na zagwarantowanie czy wymaganie uzyskania odpowiedniego poziomu odzysku, a dodatkowo – kwotowo odpowiedzialność ta będzie większa niż odpowiedzialność administracyjna Gminy Gaszowice (bowiem kara naliczona nie będzie 1:1, skoro po stronie Zamawiającego wskaźnik ten będzie się przedstawiał w inny sposób). Zdaniem odwołującego prowadzić to będzie wprost to wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy w całkowicie nieuzasadniony sposób.

Odwołujący ponadto wskazywał, że istnieje obowiązek minimalizacji skutków szkody, inaczej nazywany także obowiązkiem współdziałania, który wynika bezpośrednio z treści art. 354 k.c., a którego brak w realizacji postanowień zawartych w treści dokumentacji toczącego się postępowania. Zamawiający wprost przerzuca konsekwencje swojego działania lub zaniechania na Wykonawcę usługi. Tymczasem, na podstawie art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonywać 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 im odpowiadający. § 2 tego przepisu zakłada zaś, iż w taki sam sposób wierzyciel (w tym przypadku Zamawiający) powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Zdaniem odwołującego w obowiązkach Zamawiającego nie sposób dostrzec jakiegokolwiek współdziałania/współpracy przy realizacji założonego obowiązku. Jak wynika z wyżej przytoczonych przepisów to gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, m.in. poprzez zapewnienie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Przy czym selektywne zbieranie odpadów komunalnych jest jedną z metod służących do osiągnięcia przez gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu. W przypadku niskiej świadomości mieszkańców (na którą Wykonawca nie posiada jakiegokolwiek wpływu) nie będzie możliwe uzyskanie wymaganych prawem poziomów recyklingu. W takim stanie rzeczy, bez woli współdziałania Gminy i tylko prostym przerzuceniu obowiązku na Wykonawcę, jego wykonanie jest praktycznie niewykonalne.

Według odwołującego odpowiedzialność Wykonawcy za należyte wykonanie przyjętego na siebie zobowiązania nie może przyjmować charakteru nieograniczonego. Kary umowne, stanowiące w tym przypadku substytut odszkodowania, nie mogą kształtować odpowiedzialności Wykonawcy w taki sposób, że będzie on również zobowiązany do ich

uiszczenia z tytułu okoliczności, za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności – bo nie ma na nie wpływu. Jedynie wyłączna wina Wykonawcy uzasadniałaby powstanie obowiązku zwrotu naliczonej Zamawiającemu kary administracyjnej – czy to w formie odszkodowania, czy – jak w tym przypadku – kary umownej. Skoro zatem Wykonawca nie posiada bezpośredniego wpływu na poziom selektywnej zbiórki odpadów w Gminie, a także na ilość odpadów poddawanych recyklingowi w instalacji, gdyż wykonuje swoje obowiązki zgodnie z treścią Umowy, nie sposób uznać iż to Wykonawca winien zapłacić karę umowną za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Kara umowna czy świadczenie gwarancyjne co do zasady, może być naliczane w stosunku do wykonawcy zamówienia publicznego wyłącznie w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi następuje z winy wykonawcy.

Według odwołującego obecna treść ustawy Pzp tym bardziej wzmocnia te zasady wskazując, że postanowienia przenoszące na Wykonawcę odpowiedzialność kontraktową za nie swoje działania lub zaniechania, stanowią klauzule abuzywne. Ponadto zgodnie z art. 471 k.c. Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Powyższe oznacza, że wina jest obligatoryjną przesłanką naliczenia kary umownej ale także i świadczenia gwarancyjnego. Jeżeli Wykonawca nie ponosi winy, to nie może być mowy o karze umownej lub obowiązku świadczenia gwarancyjnego. Wiąże się z tym również fakt, że podmiot musi ponosić odpowiedzialność za naruszenie ciążącego na nim obowiązku. Brak odpowiedzialności wyłącza możliwość poniesienia negatywnych konsekwencji.

Zdaniem odwołującego istotne jest również to, że Zamawiający w świetle przepisów prawa ma możliwość do domagania się zmniejszenia nałożonej ewentualnie kary administracyjnej za nieosiągnięcie poziomu odzysku, odstąpienia od jej nałożenia czy nawet jej umorzenia (art. 189f kodeksu postępowania administracyjnego), jeżeli ziszcza się przesłanki

zawarte w ww. przepisach (podjęcie działań naprawczych, usunięcie przyczyn nałożenia kary, brak zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska). Powyższe korzystne dla Zamawiającego możliwości, w myśl postanowień projektu umowy, nie wpłyną jednak na podstawę naliczenia kary umownej od Wykonawcy.

W uzasadnieniu zarzutu odnoszącego się do konieczności zapewnienia pojazdu napędzanego paliwami alternatywnymi oraz warunku udziału w postępowaniu z tym związanego odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią rozdz. V.2.3) lit b) SWZ dotyczącym wymagań dysponowania przez wykonawców określonym potencjałem technicznym,

Zamawiający opisał wymóg posiadania określonego sprzętu odnoszącego się do pojazdów służących odbiorowi odpadów, z tym jednak dodatkowym zastrzeżeniem, że co najmniej jeden pojazd specjalistyczny będzie napędzany paliwami alternatywnymi w rozumieniu ustawy o elektromobilności. Odwołujący argumentował, że świadczenie usług polegających na odbiorze odpadów i ich transporcie w swojej istocie nie są zależne od tego, jakiego rodzaju napęd wykorzystywany jest w pojazdach realizujących transport odpadów. Dla prawidłowości wykonania usługi nie ma znaczenia, czy pojazd jest „zeroemisyjny”, czy też paliwem jest benzyna czy olej napędowy. Natomiast wprowadzenie takiego zastrzeżenia dotyczące rodzaju napędu zastosowanego w pojeździe wpływa na potencjalny krąg podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, ponieważ są to pojazdy droższe i nie każdy wykonawca nim dysponuje.

Odwołujący argumentował, że tak postawiony warunek (i wymóg realizacji zamówienia przy udziale takiego pojazdu) byłby zrozumiały, gdyby istniał obowiązek nakazujący wykonanie zamówienia przy pomocy takich pojazdów. Tymczasem analiza przepisów ustawy o elektromobilności nie wskazuje, aby taki konieczność istniała. Zdaniem odwołującego zgodzić się można, że art. 68a tej ustawy nakazuje Zamawiającemu zapewnić udział pojazdów kategorii N2 i N3, o których mowa w art. 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia 2018/858, napędzanych paliwami alternatywnymi w całkowitej liczbie pojazdów tych kategorii objętych zamówieniami, o których mowa w art. 68b, na poziomie co najmniej 7% (do dnia 31 grudnia 2025 r.), niemniej jednak istotne jest w jaki sposób współczynnik ten się oblicza. Po pierwsze – liczba pojazdów samochodowych w przypadku tych zamówień uwzględnia tylko te, które mają być wykorzystywane do świadczenia usług objętych umową; a zatem udział ten oblicza się uwzględniając jedynie pojazdy skierowane do realizacji zamówienia. Po drugie – zgodnie z treścią art. 36a tej ustawy: „Udział pojazdów, o którym mowa w art. 34-36, art. 68 i art. 68a, oblicza się, stosując zasadę, zgodnie z którą wielkość tego udziału poniżej 0,5 zaokrągla się w dół, a wielkość tego udziału 0,5 i powyżej zaokrągla się w górę”.

Odwołujący argumentował, że o sposobie realizacji zamówienia decyduje wykonawca, kierując do obsługi odbioru odpadów taką ilość sprzętu, jaka zapewni prawidłowe/należyte wykonywanie przedmiotu zamówienia. Sam Zamawiający nie sprecyzował ilości pojazdów wymaganych do prawidłowej obsługi umowy, pozostawiając ten obszar decyzji Wykonawcy. Niemniej jednak istotne jest to, że podał ilość pojazdów wymaganych jako warunek udziału w postępowaniu (dysponowania potencjałem technicznym), a zatem zasugerował ilość sprzętu potrzebnego do prawidłowego wykonywania usługi związanej z odbiorem odpadów z terenu Gminy Gaszowice. Zgodnie z treścią rozdz. V.2.3) lit b) SWZ sumarycznie Zamawiający wymaga dysponowania 7 pojazdami.

„1) 3 (trzy) pojazdy typu śmieciarka do odbioru odpadów z pojemników typu 80 l, 110/120 l, 240 l, 1100 l.

2) 1 (jedna) śmieciarka małogabarytowa o masie całkowitej nie przekraczającej (mniejszej lub równej) 7,5 tony z funkcją kompaktującą przystosowaną do odbioru odpadów z posesji o utrudnionym dojeździe, w tym o wąskich ograniczonych krawężnikami i chodnikami dojazdach.

3) 1 (jeden) pojazd z dźwignikiem hakowym lub bramowym (nośnik) przystosowane do odbioru kontenerów z odpadami typu KP5, KP7.

4) 2 (dwa) samochody ciężarowe przystosowany do odbioru odpadów wielkogabarytowych i odpadów umieszczonych w szczelnych workach plastikowych,”

Odwołujący argumentował, że obliczając współczynnik udziału pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi w ogólnej liczbie pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, i przyjmując ich ilość na poziomie siedmiu (7) dostajemy wynik 0,49 (7% z 7). Stosując zaokrąglenie wskazane w art. 36a tej ustawy otrzymujemy 0 – a zatem wykonawca dysponujący siedmioma pojazdami nie jest zobligowany do posiadania we flocie pojazdów takich, które są napędzane paliwami alternatywnymi. Obowiązek taki powstanie dopiero wtedy, gdy liczba tych pojazdów będzie równa lub większa niż 8. Efektem wspomnianego zapisu SWZ, oraz skorelowanego z nim zapisu OPZ obligującego Wykonawcę do realizacji zamówienia przy wykorzystaniu co najmniej jednego pojazdu specjalistycznego napędzanego paliwami alternatywnymi jest nałożenie obowiązku, który nie znajduje przełożenia w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. To Wykonawca winien zdecydować, czy pojazd taki będzie przez niego wykorzystywany przy realizacji zamówienia wskutek przekroczenia wskaźnika wynikającego z ustawy, czy też nie (w sytuacji nieprzekroczenia tego parametru); postawienie takiego warunku udziału w postępowaniu i obowiązku realizacji przedmiotu umowy jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ogranicza uczciwą konkurencję.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego sposobu składania dokumentu wadialnego odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią rozdz. IX.8 SWZ „Wadium wniesione w formie innej niż pieniądź należy złożyć w formie oryginału, razem z ofertą w osobnej kopercie. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia wadium w postaci elektronicznej, w formie dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W takim przypadku należy wadium przesłać na adres poczty elektronicznej: adres poczty elektronicznej wskazany w pkt. I niniejszej SWZ”. Według odwołującego takie sformułowanie

zapisu Specyfikacji sugeruje, że podstawowym sposobem zabezpieczenia wadialnego składanej oferty w przypadku wybrania niepieniężnej formy jest przedłożenie dokumentu w postaci papierowej, na co zwraca uwagę zapis „razem z

ofertą w osobnej kopercie". Dopiero w drugiej niejako kolejności dopuszczone zostało wniesienie wadium w postaci elektronicznej podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący zauważał, że treść tego zapisu stoi w jawnej sprzeczności z regulacją wynikającą z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, zgodnie z którą w przypadku wyboru formy wadium niepieniężnego, wykonawca zobligowany jest do złożenia dokumentu wadialnego w postaci elektronicznej – to jest podstawowy tryb składania wadium przez wykonawców. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie sformułował zapisów odnoszących się do odstąpienia od wymogu komunikacji elektronicznej; wręcz przeciwnie – w rozdz. VIII wyraźnie zaznaczono, że podstawową formą komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami jest komunikacja elektroniczna przy wykorzystaniu dedykowanej platformy. Wymóg przekazania oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej będzie mógł zostać zrealizowany wyłącznie przez wczytanie dokumentu wadialnego, wytworzonego w postaci elektronicznej przez gwaranta lub poręczyciela, do systemu, za pomocą którego składana jest oferta. Przekazanie w postaci papierowej (za pomocą koperty) będzie prawnie nieskuteczne i stanowiłoby podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy, który wybrałby ten sposób przekazania dokumentu wadialnego.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zastosowanej klauzuli waloryzacyjnej odwołujący wskazał, że klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Niewątpliwie urealnienie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rynkowych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia, czy w ostateczności do jego niewykonania – co przecież celem zawieranej umowy nie jest. Istotne zatem jest to, w jaki sposób klauzula waloryzacyjna zostanie przez strony uregulowana w umowie, w szczególności czy warunki zastosowania waloryzacji będą możliwe do wystąpienia – w przeciwnym razie dojść może do wypaczenia celu ww. przepisu. Jednocześnie należy sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący argumentował, że sprzeczność czynności prawnej (a taką jest oświadczenie Zamawiającego stanowiące SWZ) z zasadami współżycia społecznego oznacza, że w świetle reguł powszechnie akceptowanych w społeczeństwie, jak zasada lojalności i uczciwości kupieckiej, czynność prawna jest negatywnie oceniana. Z całą pewnością należy uznać, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył zasadę uczciwości kupieckiej, będącą

jedną z podstawowych zasad współżycia społecznego, bowiem przerzuca na wykonawcę całą odpowiedzialność za zwiększenie kosztów realizacji umowy bez zapewnienia mu możliwości skorzystania z waloryzacji – ponieważ ustalona na tak wysokim poziomie jak w § 22 ust. 4 wartość 5% w zasadzie wyłącza możliwość ubiegania się przez Wykonawcę o waloryzację wynagrodzenia, w sytuacji gdy wzrost kosztów realizacji usługi jest zjawiskiem zupełnie poza wpływem Wykonawcy. Zgodnie z zapisem wzorca umowy, wartość ta wyliczona będzie poprzez porównanie wskaźnika inflacji w ujęciu kwartalnym za ostatni kwartał poprzedzający wniosek o waloryzację względem wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia umowy.

Analizując ostatnie dane charakteryzujące zjawisko inflacji w oparciu o wskaźniki kwartalne opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny, zauważyć należy, że wartości te względem poprzedniego okresu (kwartału) w 2024 r. nie przekraczają 1,5%, a wahanie nie przekracza 0,5% (0,9% w I kw. 2024 r. i 1,4% w II kw. 2024 r.). Co prawda zweryfikowane prognozy odnoszące się do 2025 r. przewidują wzrost inflacji do poziomu zbliżonego do 5%, niemniej jednak należy dostrzec, że szczyt wzrostu cen towarów i usług przypadać ma na I kwartał 2025 r. Zakładając, że umowa na realizację zamówienia z wybranym Wykonawcą zostanie zawarta w IV kwartale tego roku, będziemy mieli do czynienia z wysokim progmem bazowym wskaźnika, co spowoduje, że kolejne wartości inflacji względem bazowej wartości już tak wysokiego poziomu nie osiągną. W kolejnych kwartałach wskaźnik ten ma spadać, co definitywnie nie pozwoli na osiągnięcie poziomu zakładanego przez Zamawiającego w klauzuli waloryzacyjnej.

Odwołujący wskazał także, że kolejną kwestią spotykającą się z zarzutem Wykonawcy jest nieznajdujące uzasadnienia ograniczenie rodzaju kosztów umożliwiających waloryzację. Zgodnie z treścią art. 439 ust. 1 ustawy Pzp „Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”. Interpretacja zapisu ustawy pozwala stwierdzić, że jedynym kryterium nakazującym zastosowanie reguł waloryzacyjnych jest powiązanie zmiany cen materiałów lub kosztów z przedmiotem zamówienia. Nie chodzi tu zatem o jakikolwiek wzrost cen materiałów czy kosztów, ale taką ich zmianę, która znajduje przełożenie na wykonywane przez Wykonawcę zamówienie. Wynika to również z treści art. 439 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, który nakazuje określić w umowie „sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy”. W komentarzach do ustawy wskazuje się, że niezbędne jest ustalenie wpływu takiej zmiany użytych do realizacji zamówienia

materiałów lub kosztów na ustalone w umowie wynagrodzenie za jego wykonanie. Brak będzie podstaw do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca takiej zmiany nie wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania zamówienia. Metoda ustalania wpływu takiej zmiany na koszt wykonania zamówienia winna zostać określona w sposób optymalnie obiektywny.

Według odwołującego niemniej jednak uznać trzeba, iż ograniczenie rodzaju kosztów umożliwiających waloryzację wyłącznie do kosztów związanych z transportem odpadów jest niczym nieuzasadnione i sprzeczne z intencją ustawodawcy, który w żadnej mierze takiego ograniczenia nie czyni. Na koszt realizacji zamówienia w niniejszym przypadku nie składają się wyłącznie koszty transportu, ale przede wszystkim również koszty osobowe (pracownicze), koszty zagospodarowania odpadów – na które to wartości Wykonawca wcale nie musi mieć wpływu. Wzrost kosztów pracowniczych może wynikać chociażby z ingerencji ustawodawcy (wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę,

wzrost obciążeń podatkowych); podobnie jak wzrost kosztów związanych z opłatami za zagospodarowanie odpadów. Zgodnie z OPZ do obowiązków Wykonawcy należeć będzie również wyposażenie nieruchomości (właścicieli) w pojemniki do odbioru odpadów lub worki do ich zbierania (nieodpłatnie), co również po stronie Wykonawcy generuje określone koszty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w pkt I lit. c odwołania, to jest w zakresie zobligowania wykonawców w zapisie rozdziału IX.8 SWZ do składania oryginału dokumentu wadialnego w postaci papierowej (w kopercie). W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z

dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 97 ust. 10 Pzp stanowi, że Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

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

Art. 112 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Art. 433 Pzp stanowi, że Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

Art. 439 ust. 1 Pzp stanowi, że Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Art. 439 ust. 2 Pzp stanowi, że W umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania

postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Art. 439 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

Art. 5 KC stanowi, że Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 58 KC stanowi:

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

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.

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

Art. 353¹ KC stanowi, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Art. 354 KC stanowi, że:

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

§ 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

Art. 362 KC stanowi, że Jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron.

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

Art. 483 KC stanowi:

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

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Art. 484. KC stanowi:

§ 1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

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

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Gaszowice.

Ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający przewidział m.in.:

V. Warunki udziału w postępowaniu

2. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą:

3) zdolności technicznej lub zawodowej, Wymagane jest spełnienie minimalnych warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób

skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie

b) Potencjał techniczny, o określonych parametrach którym dysponuje wykonawca Wymagane jest wykazanie dysponowania następującym sprzętem:

- 1) 3 (trzy) pojazdy typu śmieciarka do odbioru odpadów z pojemników typu 80 l, 110/120 l, 240 l, 1100 l.
- 2) 1 (jedna) śmieciarka małogabarytowa o masie całkowitej nie przekraczającej (mniejszej lub równej) 7,5 tony z funkcją kompaktującą przystosowaną do odbioru odpadów z posesji o utrudnionym dojeździe, w tym o wąskich ograniczonych krawężnikami i chodnikami dojazdach.
- 3) 1 (jeden) pojazd z dźwignikiem hakowym lub bramowym (nośnik) przystosowane do odbioru kontenerów z odpadami typu KP5, KP7.
- 4) 2 (dwa) samochody ciężarowe przystosowany do odbioru odpadów

wielkogabarytowych i odpadów umieszczonych w szczelnych workach plastikowych,

Z zastrzeżeniem, że:

- 1) Co najmniej jedna z ww. śmieciarek muszą posiadać normę emisji spalin minimum Euro 5,
- 2) Co najmniej jeden pojazd specjalistyczny będzie napędzany paliwami alternatywnymi w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

IX. Wymagania dotyczące wadium

8. Wadium wniesione w formie innej niż pieniądź należy złożyć w formie oryginału, razem z ofertą w osobnej kopercie. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia wadium w postaci elektronicznej, w formie dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W takim przypadku należy wadium przesłać na adres poczty elektronicznej; adres poczty elektronicznej wskazany w pkt. I niniejszej SWZ.

Ustalono, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający przewidział m.in.:

III. W zakresie pojazdów używanych do realizacji zamówienia Wykonawca jest zobowiązany do:

15. Wykonawca powinien posiadać co najmniej 1 pojazd specjalistyczny, który będzie napędzany paliwami alternatywnymi w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

VI. W zakresie przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych:

1. Wykonawca jest zobowiązany do postępowania z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami określonymi w: Ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zgodnie z art. 9e oraz 9l, Ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach, wymaganiami ochrony środowiska oraz Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Śląskiego.

1.3. Osiągnięcie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia zgodnie z art. 3b ust. 1 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i rozporządzeniami wykonawczymi do Ustawy.

Ustalono, że w załączniku nr 4 do SWZ (projekt umowy) zamawiający przewidział m.in.:

§ 4

2. Do podstawowych obowiązków Wykonawcy należy w szczególności:

5) osiągnięcie zgodnie z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399), i rozporządzeniami wykonawczymi do w/w ustawy założonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów,

§ 17

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

3) za nieosiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości stanowiącej 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 (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 54), i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia

odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,

§ 22

Zmiana wysokości wynagrodzenia umownego (waloryzacja) odbywać się będzie na następujących zasadach:

1. Każda ze stron zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych jest uprawniona do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o wartość wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Wzrost wynagrodzenia na podstawie wskaźnika cen towarów i usług może obejmować tylko koszty transportu odpadów, które powinny zostać wykazane przez Wykonawcę. Zamawiający nie

dopuszcza zwiększenia wynagrodzenia o ww. wskaźnik w zakresie innych kosztów.

2. Waloryzacja wynagrodzenia dopuszczalna jest tylko raz, nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

3. 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 zmian kosztów transportu odpadów, o których mowa w ust. 1, na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te zwiększone koszty realizacji zamówienia, które Wykonawca ponosi w związku ze zmianą kosztów transportu odpadów. Obowiązek wykazania wpływu zmian na koszty wykonania zamówienia należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy do-konania zmiany umowy przez zamawiającego.

4. Wykonawca będzie uprawniony do zmiany wynagrodzenia jeżeli wskaźnik wzrostu cen towarów i usług w zakresie kosztów transportu odpadów za ostatni kwartał poprzedzający wniosek o waloryzację wzrośnie o co najmniej 5% w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia umowy.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr I. c) odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr I. c) odwołania, a po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, W przypadku uwzględnienia przez

zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć

postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w

postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w części dotyczącej zarzutu nr I c), podlegało umorzeniu na podstawie przepisu art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut nr I. b) odwołania.

Zarzut nr I. b) odwołania został skierowany przeciwko postanowieniu pkt V. 2 ppkt 3 lit. b SWZ, w części dotyczącej tego, aby co najmniej jeden pojazd specjalistyczny był napędzany paliwami alternatywnymi w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych. Stosownie do ww. postanowienia:

2. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą:

3) zdolności technicznej lub zawodowej, Wymagane jest spełnienie minimalnych warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie

b) Potencjał techniczny, o określonych parametrach którym dysponuje wykonawca Wymagane jest wykazanie

dysponowania następującym sprzętem:

- 1) 3 (trzy) pojazdy typu śmieciarka do odbioru odpadów z pojemników typu 80 l, 110/120 l, 240 l, 1100 l.
- 2) 1 (jedna) śmieciarka małogabarytowa o masie całkowitej nie przekraczającej (mniejszej lub równej) 7,5 tony z funkcją kompaktującą przystosowaną do odbioru odpadów z posesji o utrudnionym dojeździe, w tym o wąskich ograniczonych krawężnikami i chodnikami dojazdach.
- 3) 1 (jeden) pojazd z dźwignikiem hakowym lub bramowym (nośnik) przystosowane do odbioru kontenerów z odpadami typu KP5, KP7.
- 4) 2 (dwa) samochody ciężarowe przystosowany do odbioru odpadów

wielkogabarytowych i odpadów umieszczonych w szczelnych workach plastikowych,

Z zastrzeżeniem, że:

- 1) Co najmniej jedna z ww. śmieciarek muszą posiadać normę emisji spalin minimum Euro 5,
- 2) Co najmniej jeden pojazd specjalistyczny będzie napędzany paliwami alternatywnymi w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

Omawiany zarzut został skierowany także wobec postanowienia pkt III.15 OPZ. Zgodnie z tym postanowieniem, W zakresie pojazdów używanych do realizacji zamówienia Wykonawca jest zobowiązany do:

15. Wykonawca powinien posiadać co najmniej 1 pojazd specjalistyczny, który będzie napędzany paliwami alternatywnymi w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji zapisów SWZ oraz OPZ w zakresie wymogu dysponowania co najmniej jednym pojazdem specjalistycznym napędzanym paliwami alternatywnymi w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych, poprzez rezygnację z takiego wymogu udziału w postępowaniu i obowiązku realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu takiego pojazdu.

Odwołujący argumentował, że zaskarżony przez niego wymóg nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r. (Dz.U. z 2024 r. poz. 1289). Odwołujący jakkolwiek zgadzał się, że art. 68a tej ustawy nakazuje zamawiającemu zapewnić udział pojazdów kategorii N2 i N3, o których mowa w art. 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia 2018/858, napędzanych paliwami alternatywnymi w całkowitej liczbie pojazdów tych kategorii objętych zamówieniami, o których mowa w art. 68b, na poziomie co najmniej 7% (do dnia 31 grudnia 2025 r.). Jednakże uważał, że liczba pojazdów samochodowych w przypadku tych zamówień uwzględnia tylko te, które mają być wykorzystywane do świadczenia usług objętych umową; a zatem udział ten oblicza się uwzględniając jedynie pojazdy skierowane do realizacji zamówienia. W tym zakresie odwołujący powołał się na art. 68a ust. 5 ww. ustawy. Argumentował, że skoro zamawiający wymagał siedmiu takich pojazdów, to zgodnie z zasadami zaokrąglenia wynikających z art. 36 a ww. ustawy, zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawców ani jednego

takiego pojazdu ($7 \times 7\% = 0,49$). Odwołujący wskazał w tym zakresie przepis art. 36a ustawy o elektromobilności, który stanowi, że „Udział pojazdów, o którym mowa w art. 34-36, art. 68 i art. 68a, oblicza się, stosując zasadę, zgodnie z którą wielkość tego udziału poniżej 0,5 zaokrągla się w dół, a wielkość tego udziału 0,5 i powyżej zaokrągla się w górę”.

Łzba stwierdziła, że odwołujący dokonał błędnej wykładni przepisów ww. ustawy o elektromobilności. W swej interpretacji odwołujący bowiem pominął treść przepisu art. 68 a ust. 2 ww. ustawy. Zgodnie z tym przepisem, udziały pojazdów w całkowitej liczbie pojazdów objętych zamówieniami, o których mowa w ust. 1, zwane dalej „minimalnymi udziałami”, dotyczą łącznie wszystkich zamówień wymienionych w ust. 1, udzielonych przez zamawiającego w okresach do dnia 31 grudnia 2025 r. oraz od dnia 1 stycznia 2026 r. do dnia 31 grudnia 2030 r. Zdaniem Łzby przepis art. 68a ust. 2 ww. ustawy jest jednoznaczny i wyraźnie akcentuje konieczność ustalania udziałów biorąc pod uwagę łącznie wszystkie zamówienia, o jakich mowa w ww. przepisie.

Zgodnie natomiast z przepisem art. 17 ustawy z dnia 2 grudnia 2021 r. o zmianie ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r. poz. 2269, z 2023 r. poz. 1681, z 2024 r. poz. 1006), Przepisy art. 68a, art. 68b i art. 68e ustawy zmienianej w art. 1 stosuje się do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy. Ponieważ ustawa ta weszła w życie 24 grudnia 2021 r., to przy ustalaniu czy zamawiający zapewnia odpowiedni udział pojazdów niskoemisyjnych należy uwzględnić wszystkie zamówienia objęte postępowaniami wszczętymi przez niego począwszy od 25.12.2021 r. (dzień po dniu wejścia w życie ww. ustawy) i udzielonymi do 31.12.2025 r.

Wbrew stanowisku odwołującego do przeciwnych wniosków nie prowadzi przepis art. 68a ust. 5 ustawy o elektromobilności, który stanowi, że W przypadku zamówień, o których mowa w art. 68b pkt 2 i 3, na potrzeby oceny zgodności z minimalnymi udziałami uwzględnia się liczbę pojazdów samochodowych, które mają być wykorzystywane do świadczenia usług objętych każdą umową. Zdaniem Łzby dokonując ustalenia normy prawnej należy brać pod uwagę wszystkie znajdujące zastosowanie w sprawie i pozostawające w związku ze sobą przepisy. Prawidłowa wykładnia wszystkich powołanych wyżej przepisów prowadziła do wniosku, że przy ustalaniu odpowiedniego udziału pojazdów niskoemisyjnych uwzględnia się wszystkie zamówienia objęte postępowaniami wszczętymi przez zamawiającego począwszy od 25.12.2021 r. i udzielonymi do 31.12.2025 r., a do obliczeń tych uwzględnia się pojazdy z każdej umowy

dotyczącej ww. zamówień. Przy przyjęciu wykładni przepisów przedstawionej przez odwołującego, że udział należy liczyć od nowa dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia z osobna, pułap obligujący zamawiającego do stosowania pojazdów

niskoemisyjnych mógłby nigdy nie zostać osiągnięty. Zdaniem Izby nie taki jest cel przepisów ustawy o elektromobilności, które zakładają systematyczny wzrost liczby wykorzystywanych przez zamawiającego pojazdów niskoemisyjnych w kolejnych okresach.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie dowody w postaci SWZ wraz z ogłoszeniem i OPZ z przetargu ogłoszonego w 2022r. na „Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Gaszowice” oraz SWZ wraz z ogłoszeniem i OPZ z przetargu ogłoszonego w 2023r. na „Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Gaszowice”. Z dowodów tych wynikało, że w każdym z ww. postępowań zamawiający przewidział wymóg dysponowania przez wykonawcę siedmioma pojazdami. Doliczając do nich siedem pojazdów, jakimi powinien się legitymować wykonawca ubiegający się o obecne zamówienie, otrzymujemy łącznie liczbę 21 pojazdów. Zdaniem Izby dopiero ta liczba powinna stanowić podstawę obliczenia udziału pojazdów niskoemisyjnych. Stosując art. 36a ustawy o elektromobilności, który stanowi, że „Udział pojazdów, o którym mowa w art. 34-36, art. 68 i art. 68a, oblicza się, stosując zasadę, zgodnie z którą wielkość tego udziału poniżej 0,5 zaokrągla się w dół, a wielkość tego udziału 0,5 i powyżej zaokrągla się w górę” otrzymujemy wynik $21 \times 7\% = 1,47$, co po zaokrągleniu daje 1 pojazd.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę także fakt, że odwołujący, jako uczestnik wcześniejszych postępowań na odbiór i zagospodarowanie odpadów prowadzonych przez zamawiającego powinien mieć świadomość wymogów, jakie były w nich stawiane. Odwołujący nie negował, że w każdym z poprzednich postępowań zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania minimum 7 pojazdami. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom odwołującego zakwestionowany przez niego wymóg znajduje oparcie w przepisach ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r. Dz.U. z 2024 r. poz. 1289).

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał także, aby sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu – w okolicznościach danej sprawy – był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Argumentacja odwołującego ograniczyła się jedynie do tezy, że zakwestionowany przez niego wymóg nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r. Dz.U. z 2024 r. poz. 1289), co – jak wskazano wcześniej - okazało się bezzasadne.

Zdaniem Izby przy założeniu, że realizując zamówienie wykonawca musi dysponować co najmniej 7 pojazdami (co jest jedynie liczbą minimalną), a umowa będzie realizowana przez jeden rok, oczekiwanie przez zamawiającego, iż zaledwie jeden z tych pojazdów

będzie pojazdem niskoemisyjnym, nie jawiło się jako zbyt wygórowane. Izba wzięła także pod uwagę, że zamówienie jest adresowane do przedsiębiorców, profesjonalnie zajmujących się transportem i zagospodarowaniem odpadów, którzy dysponować powinni szeroką flotą specjalistycznych pojazdów. Dostrzeżenia wymagało także, że ustawowe wymogi wynikające z przepisów o elektromobilności obowiązują już od pewnego czasu zaś profesjonalista, jakim jest odwołujący, mógł podjąć działania celem przystosowania się do ich obowiązywania.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut nr I. b) odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut nr I. d) odwołania.

Zarzut nr 1. d) odwołania został skierowany wobec postanowienia § 22 projektu umowy.

Stosownie do ww. postanowienia: Zmiana wysokości wynagrodzenia umownego (waloryzacja) odbywać się będzie na następujących zasadach:

1. Każda ze stron zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych jest uprawniona do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o wartość wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Wzrost wynagrodzenia na podstawie wskaźnika cen towarów i usług może obejmować tylko koszty transportu odpadów, które powinny zostać wykazane przez Wykonawcę. Zamawiający nie

dopuszcza zwiększenia wynagrodzenia o ww. wskaźnik w zakresie innych kosztów.

2. Waloryzacja wynagrodzenia dopuszczalna jest tylko raz, nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

3. 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 zmian kosztów transportu odpadów, o których mowa w ust. 1, na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te zwiększone koszty realizacji zamówienia, które Wykonawca ponosi w związku ze zmianą kosztów transportu odpadów. Obowiązek wykazania wpływu zmian na koszty wykonania zamówienia należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy do-konania zmiany umowy przez zamawiającego.

4. Wykonawca będzie uprawniony do zmiany wynagrodzenia jeżeli wskaźnik wzrostu cen towarów i usług w zakresie kosztów transportu odpadów za ostatni kwartał poprzedzający

wniosek o waloryzację wzrośnie o co najmniej 5% w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia umowy.

Jak wynikało z treści odwołania odwołujący zakwestionował przywołane postanowienie wyłącznie w dwóch aspektach. Po pierwsze podniósł, że określenie współczynnika umożliwiającego wystąpienie o waloryzację wynagrodzenia nastąpiło na poziomie nierealnym, nie znajdującym uzasadnienia w obecnej sytuacji gospodarczej. Domagał się zmiany współczynnika określonego w § 22 ust. 4 projektu umowy z 5% na 2%. Po drugie zaś odwołujący kwestionował również ograniczenie waloryzacji wynagrodzenia jedynie do kosztów związanych z transportem.

Jeśli chodzi o pierwszy aspekt, to na wstępie podkreślenia wymagało, że celem wprowadzenia przez ustawodawcę przepisu art. 439 Pzp było to, aby uniknąć sytuacji, w której wykonawcy ponoszą straty z powodu niemożliwej do przewidzenia sytuacji związanej ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia. Innymi słowy chodziło o takie sytuacje, których przy zachowaniu należytej staranności wykonawca nie był w stanie nawet w przybliżony sposób oszacować i zidentyfikować kalkulując cenę oferty. Celem przepisu nie jest jednak umożliwienie wykonawcom składania takiego wniosku w trakcie realizacji każdej bez wyjątku umowy.

Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp W umowie określa się: poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia.

Jak wynika z powołanego przepisu, nakłada on na zamawiającego jedynie konieczność przewidzenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, po osiągnięciu którego wykonawca będzie mógł złożyć wniosek o waloryzację wynagrodzenia. Przepis ten nie narzuca jednak zamawiającemu konieczności określenia tego poziomu na jakimś konkretnym poziomie. Decyzja co do określenia konkretnego poziomu pozostawiona została zamawiającemu, który podejmując ją powinien uwzględnić całokształt i specyfikę danej sprawy, czas trwania zamówienia, uwarunkowania rynkowe, prognozy inflacji itd. Oczywiście swoboda zamawiającego w tym zakresie nie jest nieograniczona, a określenie poziomu nie może być działaniem pozornym. Z drugiej jednak strony z powołanego przepisu nie wynika też, aby poziom ten musiał zostać ustalony poniżej prognozowanego wskaźnika inflacji w taki sposób, aby zawsze gwarantował wykonawcy możliwość złożenia wniosku o waloryzację. Nie taki jest bowiem cel przepisu art. 439 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący sam podniósł w odwołaniu, że analizując ostatnie dane charakteryzujące zjawisko inflacji w oparciu o wskaźniki kwartalne opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny, zauważyć należy, iż wartości te względem poprzedniego okresu (kwartału) w 2024 r. nie przekraczają 1,5%, a wahanie nie przekracza 0,5% (0,9% w I kw. 2024 r. i 1,4%

w II kw. 2024 r.). Wywodził, że w razie pozostawienia poziomu wskazanego w projekcie umowy, mogą nie ziszczyć się warunki do złożenia przez wykonawcę wniosku o waloryzację.

Argumentacja odwołującego okazała się chybiona. Zdaniem Izby przedstawiony przez samego odwołującego argument przemawiał za niezasadnością postawionego zarzutu. Skoro bowiem poziom inflacji jest tak niski, jak wskazywał odwołujący, to wykonawca w relatywnie krótkiej perspektywie czasowej ma możliwość oszacować ryzyko wzrostu kosztów i materiałów. Następnie zaś ryzyko to jest uprawniony w kalkulować do ceny oferty. Dopiero zaś gdyby, pomimo podawanych przez odwołującego szacunków, inflacja wzrosła do 5% ,a więc ponad dwukrotnie niż podawane przez samego odwołującego prognozy, to wykonawcy mogliby utrzymywać, że nie byli tego w stanie przewidzieć. Tak poziom faktycznie mógłby zostać uznany za zaskakujący. W tej sytuacji Izba uznała, że postulowany przez odwołującego dwuprocentowy poziom wskaźnika wzrostu cen towarów i usług za ostatni kwartał uprawniający wykonawcę do złożenia wniosku o waloryzację jest zbyt zbliżony do podawanych przez samego odwołującego szacunków inflacji.

W dalszej kolejności odwołujący zakwestionował również ograniczenie waloryzacji wynagrodzenia jedynie do kosztów związanych z transportem. Wskazał w odwołaniu, że na koszty realizacji zamówienia w niniejszym przypadku nie składają się wyłącznie koszty transportu, ale przede wszystkim koszty osobowe (pracownicze) oraz koszty zagospodarowania odpadów.

Stanowisko odwołującego okazało się chybione. Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, W umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

- a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
- b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

Jak wynika wprost z przepisu art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest określenie w umowie jedynie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia. Zamawiający w tym celu może odesłać do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów. Jedynie przykładowo ustawodawca powołał wskaźnik ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS. Odwołujący nie dostrzegł jednak, że z art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b) Pzp wynika, iż zamawiający jest uprawniony do określenia sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia także przez „wskazanie innej podstawy”. Ponadto przykładowo ustawodawca sprecyzował, iż może to polegać na opracowaniu wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiana uprawniać będzie wykonawcę do złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia.

Odwolujący zakwestionował, że ustalony przez zamawiającego sposób zmiany wynagrodzenia odnosi się tylko do jednego rodzaju kosztów, to jest kosztów transportu odpadów. Jednakże, jak wynika wprost z przepisu art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, ustalony sposób zmiany wynagrodzenia może mieć za podstawę wzrost wskazanych przez zamawiającego „rodzajów kosztów”. W ocenie Izby za „rodzaj kosztu” w rozumieniu art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b Pzp można uznać także sprecyzowanie, że chodzi o „koszty transportu odpadów”.

Chybione okazało się także stanowisko odwołującego, który wywiódł, że określając podstawę ustalenia zmiany wynagrodzenia jako „wzrost kosztów transportu odpadów”, zamawiający miał pominąć wzrost kosztów pracowniczych. Zdaniem Izby odwołujący dokonał błędnej wykładni zaskarżonego przez siebie postanowienia umowy. W ocenie Izby sformułowanie „koszt transportu odpadów” obejmowało swoim zakresem nie tylko koszty rzeczowe, ale także koszty pracownicze wiążące się z odbieraniem, przewożeniem odpadów. Zamawiający w żadnym z postanowień nie wyłączył bowiem z kosztów transportu odpadów kosztów osobowych, jakie się wiążą z realizacją usługi w tym zakresie.

Faktem jest natomiast, że pod pojęciem kosztu transportu odpadów nie mieściły się koszty zagospodarowania odpadów. Powyższe przyznał zamawiający w odpowiedzi na dowołanie. Jednakże samo powyższe ustalenie nie prowadziło do konieczności uwzględnienia zarzutu.

Po pierwsze, jak już wskazano, zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b Pzp zamawiający jest uprawniony do określenia w klauzuli waloryzacyjnej jedynie rodzaju kosztów, których wzrost uprawniał będzie wykonawcę do złożenia wniosku o waloryzację. A contrario nie muszą to być wszystkie bez wyjątku rodzaje kosztów. Z treści art. 439 ustawy Pzp nie można wyprowadzić także wniosku, iż zamawiający winien być obciążony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Prawdopodobnie zaś doboru rodzaju kosztów opisanych w klauzuli waloryzacyjnej musi podlegać ocenie biorąc pod uwagę specyfikę danego zamówienia.

Zdaniem Izby, odwołujący – w okolicznościach tej konkretnej sprawy – nie wykazał, aby pominięcie w skarżonej klauzuli kosztów zagospodarowania odpadów miało naruszać powołane przez niego w odwołaniu przepisy prawa.

Izba wzięła pod uwagę, że w analizowanej sprawie nie mieliśmy od czynienia z zamówieniem wieloletnim, gdyż czas realizacji przedmiotu zamówienia obejmował wyłącznie 2025 r. Odwołujący nie wykazał, aby w tej relatywnie krótkiej perspektywie czasowej niemożliwe było oszacowanie ryzyka wzrostu kosztów w zakresie zagospodarowania odpadów. Odwołujący na okoliczność braku możliwości oszacowania wzrostu kosztów

zagospodarowania odpadów nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu. W systemie odbioru i zagospodarowania odpadów obowiązuje zasada bliskości. Odwołujący nie wykazał ani nawet nie przedstawił żadnych statystyk aby niemożliwe było oszacowanie wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której zamierza kierować odpady w trakcie realizacji usługi na rzecz zamawiającego. Nie udowodnił także, że miał problemy z oszacowaniem wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów w tej, czy jakiegokolwiek innej instalacji w nieodległej przeszłości. Izba wzięła także pod uwagę, że wpływ na koszt zagospodarowania odpadów ma opłata za składowanie odpadów na składowisku. Na moment wyrokowana w sprawie znana już była jednak wysokość tej opłaty na 2025 r. W dniu 23 sierpnia 2024 r. opublikowane bowiem zostało obwieszczenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 28 lipca 2024 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2025 (M.P. poz. 794), w którym określono m.in. wysokość tej opłaty.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nr I. d) odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut nr I. a) odwołania.

Zarzut ten został skierowany wobec postanowień OPZ i projektu umowy, w których zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i rozporządzeniami wykonawczymi do ww. ustawy. Z obowiązkiem tym zaś została powiązana kara umowna na niewykonanie ww. zobowiązania niepieniężnego, opisana w § 17 ust. 1 pkt 3 projektu umowy.

Odwolujący domagał się nakazania zamawiającemu usunięcia z OPZ i projektu umowy ww. obowiązku i powiązanej z nim kary umownej.

W pierwszej kolejności podkreślił, że nałożony na wykonawcę obowiązek i zastrzeżona na wypadek jego niewykonania kara umowna pozostawały skorelowane z przepisami art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Stosownie do ww. przepisu gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej w tym przepisie.

Dostrzeżenia wymagało, że analogiczny obowiązek ustawodawca nałożył także w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach na podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Z kolei wysokość kary umownej z § 17 ust. 1 pkt 3 projektu umowy odpowiadała wysokości

kary pieniężnej, o której mowa w art. 9x ust. 3 ww. ustawy. Co istotne kara, o której mowa w ww. przepisie jest karą, jaką obowiązany jest uiścić podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, który nie osiągnie analogicznych poziomów przygotowania odpadów do ponownego użycia i recyklingu. Jednocześnie ustawodawca nie opisał w ustawie okoliczności, na podstawie których podmiot ten mógłby uwolnić się od konieczności wykonania obowiązku nałożonego ustawą.

W tej sytuacji usunięcie z projektu umowy obowiązku osiągnięcia poziomu selekcji przez wykonawców odbierających odpady komunalne tylko z tego powodu, że świadczą oni usługę w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu

byłoby wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g ucpg obowiązku osiągnięcia określonego w art. 3b ust. 1 ucpg analogicznego poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy zawartej z właścicielem nieruchomości.

Zdaniem Izby niezasadne byłoby usunięcie z umowy samej kary umownej, o której mowa w § 17 ust. 1 pkt 3 projektu umowy przy pozostawieniu obowiązku osiągnięcia wskaźnika należytej selekcji odpadów. Podkreślenia wymagało, że kara umowa ze swej istoty stanowi element przymuszenia celem wyegzekwowania spełnienia przez dłużnika świadczenia o charakterze niepieniężnym. Przy braku sankcji nałożony na wykonawcę obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia odpadów, zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i rozporządzeniami wykonawczymi do ustawy, pozostałby obowiązkiem martwym. Zamawiający pozbawiony zostałby tym samym możliwości przymuszenia wykonawcy do wykonania tego obowiązku. Wykonawca nie byłby zainteresowany wykonywaniem tego obowiązku w sytuacji, gdy w dalszym ciągu otrzymywałby wynagrodzenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych.

Kolejno odwołujący powołał się w odwołaniu na poziom odzysku i recyklingu odpadów, jaki jest uzyskiwany z terenu gminy Gaszowice w latach poprzednich. Wskazał, że wyniósł on odpowiednio 38,36% w 2022 r. oraz 38,30% w roku 2023 r. W tym zakresie odwołujący powołał się na dowody: analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Gaszowice za 2022 r. oraz analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Gaszowice za 2023 r. Argumentował także, że zagrożone jest osiągnięcie nawet wskaźnika 45% za 2024 r. Wskazywał dodatkowo, że on sam nie ma realnego wpływu na to, co właściciele nieruchomości umieszczają w pojemnikach na odpady.

Przywołane stanowisko odwołującego okazało się niezasadne. Analiza dokumentacji postępowania prowadziła do wniosku, że zamawiający przewidział dla wykonawcy szereg

instrumentów, przy wykorzystaniu których posiada on realny wpływ na możliwość zwiększania wskaźnika selekcji odpadów.

Zgodnie z pkt II. 7 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) wykonawca w zakresie realizacji zamówienia Wykonawca ma obowiązek Informowania Zamawiającego o nieruchomościach, na których brak jest pojemników na odpady komunalne.

W myśl pkt II. 14 OPZ wykonawca w zakresie realizacji zamówienia Wykonawca ma obowiązek prowadzenia dokumentacji fotograficznej w przypadku braku prowadzenia segregacji odpadów komunalnych na poszczególnych nieruchomościach oraz natychmiastowe przysyłanie fotografii Zamawiającemu na numer telefonu lub adres e-mail wskazany przez Zamawiającego.

Kolejno zgodnie z pkt. II.15 OPZ wykonawca ma prawo Odmówienia realizacji odbioru odpadów w przypadku stwierdzenia innych odpadów niż wymienione w Uchwale Rady Gminy Gaszowice w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Dotyczy to przede wszystkim odpadów budowlanych i rozbiórkowych (te odpady dowożone są do PSZOK), odpadów niebezpiecznych, takich jak baterie, akumulatory, lekarstwa, farby, rozpuszczalniki, oleje, środki ochrony roślin, świetlówki i lampy rtęciowe, trucizny, papy, eternit, a także innych odpadów mogących stanowić źródło infekcji.

Ponadto, jak wynikało z pkt V. 7.4 oraz pkt 7.6. OPZ, wykonawca ma obowiązek przekazywać zamawiającemu miesięczne raporty. Co istotne, w raportach tych powinny się znaleźć informacje m.in. o:

7.4. Właścicielach nieruchomości, którzy nie wypełniają obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych zgodnie z art. 9f ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Załącznik informacji stanowi dokumentacja (np.: fotograficzna), o której mowa w pkt 14. (rozdział II „W zakresie realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca ma obowiązek”).

7.6. Nieruchomościach, na których brak jest pojemników na odpady komunalne.

Zdaniem Izby aktywne i realne wykorzystanie przywołanych wyżej instrumentów przez wykonawcę może pozwolić na zwiększenie poziomu selekcji odpadów przez mieszkańców gminy.

W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że odwołujący realizuje obecnie analogiczne zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów na podstawie umowy zawartej z zamawiającym obejmującej 2024 r., co nie było sporne między stronami. Co istotne, w dokumentacji ww. postępowania zamawiający przewidział tożsame obowiązki raportowe nałożone na wykonawcę, jak opisane powyżej. Powyższe Izba ustaliła na podstawie treści SWZ dotyczącej ww. postępowania złożonej przez zamawiającego jako załącznik do odpowiedzi na odwołanie. Podkreślenia wymagało, że w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 31 lipca 2024 r. odwołujący wykonując analogiczną umowę nie poinformował zamawiającego o jakimkolwiek przypadku, aby nie był realizowany przez mieszkańców obowiązek selektywnej zbiórki. Powyższe Izba ustaliła na podstawie raportów za ww. okres, złożonych przez zamawiającego jako dowód w trakcie posiedzenia.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że bezzasadne okazało się wskazanie przez odwołującego jako naruszonego przepisu art. 433 pkt 2 i pkt 3 Pzp. Art. 433 Pzp stanowi, że Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zastrzegł karę umowną na wypadek okoliczności, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Wręcz przeciwnie – jak wskazano wcześniej - znaczną odpowiedzialność za nieosiągnięcie właściwego poziomu selekcji odpadów ponosi także wykonawca. Odwołujący nie wykazał także, aby kara umowna była zastrzeżona za niewykonanie obowiązku, który choćby pośrednio nie był związany z należyтым wykonaniem przez niego umowy. Zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 i pkt 3 Pzp okazał się zatem chybiony.

Odwołujący argumentował także w odwołaniu, że zamawiający nie przewidział w OPZ i projekcie umowy obowiązku współdziałania z wykonawcą celem osiągnięcia wymaganego poziomu selekcji odpadów.

Izba stwierdziła, że powyższe stanowisko odwołującego nie polegało na prawdzie. W tym kontekście dostrzeżenia wymagało bowiem, że zgodnie z § 5 pkt. 1 i 2 projektu umowy (załącznik nr 4 do SWZ) Zamawiający zobowiązany jest do:

- 1) współpracy z Wykonawcą w celu należytego wykonania umowy,
- 2) udzielania Wykonawcy wszelkich dostępnych informacji niezbędnych do wykonania niniejszej umowy.

W ramach żądań alternatywnych odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy obowiązku zamawiającego do wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 6ka ust. 2 i 3 ustawy porządkowej wobec wszystkich nieruchomości, co do których wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania wykonawcy o toku poszczególnych postępowań.

Zdaniem Izby tak sformułowane żądanie okazało się bezzasadne. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że zgodnie z art. 6ka ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

1. W przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości.
2. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta na podstawie powiadomienia, o którym mowa w ust. 1, wszczyna postępowanie w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi.
3. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa, w drodze decyzji, wysokość opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi za miesiąc lub miesiące, a w przypadku nieruchomości, o których mowa w art. 6j ust. 3b, za rok, w których nie dopełniono obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, stosując wysokość stawki opłaty podwyższonej, o której mowa w art. 6k ust. 3.

Zdaniem Izby, skoro obowiązek wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 6ka ust. 2 i 3 ustawy porządkowej, spoczywa na zamawiającym z mocy ustawy, to brak było konieczności wprowadzania go do projektu umowy. Zamawiający wykonując umowę będzie miał obowiązek realizować wymagania nakładane na niego przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa.

Według Izby bezzasadne byłoby także nakazywanie zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy obowiązku przeprowadzania przez pracowników zamawiającego kontroli segregacji odpadów w odniesieniu do zamieszkałych nieruchomości w ilości co najmniej 50 nieruchomości miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów,

wszczęć postępowania, o których mowa powyżej, a także informowania wykonawcy o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań.

Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający dlatego wszczął postępowanie na odbiór i zagospodarowania odpadów, gdyż nie jest w stanie realizować tych obowiązków siłami własnymi. W ramach tych obowiązków zamawiający oczekiwał również, aby wyłoniony wykonawca, będący profesjonalistą w tej dziedzinie i posiadający niezbędny ku temu potencjał osobowy i sprzętowy, prowadził również kontrolę selekcji odpadów w odniesieniu do zamieszkałych nieruchomości. Istota żądania odwołującego de facto sprowadzała się do tego, aby zamawiający kontrolował wykonawcę, czy ten z kolei należycie kontroluje sposób selekcji odpadów przez mieszkańców. Oznaczałoby to dublowanie obowiązków, a ponadto wymagało zaangażowania przez zamawiającego koniecznego personelu, którym ten nie musi dysponować, skoro obowiązki te postanowił zlecić profesjonalnemu wykonawcy.

Bezzasadne okazało się także nakazywanie zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy obowiązku prowadzenia przez niego działań edukacyjnych, w tym prowadzenia pikników dla mieszkańców w odniesieniu do obowiązku selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 8 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności:

- 8) prowadzą działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

Z przywołanego przepisu wynika zatem, że obowiązek prowadzenia przez gminy wobec mieszkańców akcji o

charakterze informacyjno – edukacyjnym w zakresie selektywnego zbierania odpadów jest obowiązkiem ustawowym. Skoro tak, to brak było podstaw do nakazywania zamawiającemu wprowadzania takiego obowiązku do projektu umowy.

Kolejno odwołujący podniósł w odwołaniu, że od 1 stycznia 2025 r. zostanie w Polsce wdrożony tzw. „system kaucyjny”. Odwołujący argumentował, że wpłynie to na ilość i skład odpadów będących przedmiotem umowy. Uważał, że znacząca ilość odpadów ze strumienia podlegających recyklingowi nie będzie już odbierana w ramach umowy zawartej z wykonawcą, lecz zwracana bezpośrednio przez ich posiadaczy do sklepów.

Izba stwierdziła, że faktycznie, wskutek wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 lipca 2023 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1852) w Polsce od stycznia 2025 r. zostanie

wprowadzony tzw. system kaucyjny. W ramach tego systemu część odpadów opakowaniowych będzie można oddawać bezpośrednio do niektórych placówek handlowych. Zdaniem Izby sama ta okoliczność nie świadczyła jednak o zasadności zarzutu.

Po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że pomimo wprowadzenia przez ustawodawcę systemu kaucyjnego od 2025 r., ten sam ustawodawca w dalszym ciągu pozostawił w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązek osiągnięcia nie tylko przez gminy, ale i przez podmioty odbierające odpady komunalne na podstawie umowy zawartej z właścicielem nieruchomości poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i rozporządzeniami wykonawczymi do ustawy. Tym samym należało dojść do wniosku, że sam ustawodawca uważa, iż możliwe jest chociażby osiągnięcie ww. limitu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy zawartej z właścicielem nieruchomości, pomimo wdrożenia systemu kaucyjnego w Polsce od stycznia 2025 r.

Izba wzięła także pod uwagę, że odwołujący nie wykazał swej tezy, jakoby po wdrożeniu systemu kaucyjnego znacząca ilość odpadów ze strumienia odpadów podlegających recyklingowi nie będzie już odbierana w ramach umowy zawartej z wykonawcą. Na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu. Wobec powyższego nie wiadomo było jaka ilość strumienia nie będzie odbierana. Odwołujący nie wykazał także, że akurat te grupy odpadów, które objęte będą systemem kaucyjnym, do tej pory były selekcionowane w stopniu wyższym niż pozostałe, co spowoduje, że ich wyłączenie z ogólnego strumienia zwiększy ryzyko niemożności osiągnięcia poziomu odzysku opisanego w projekcie umowy. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw aby nakazać zamawiającemu usunięcie zaskarżonego obowiązku i powiązanej z nim kary umownej, czy obniżenia jej o połowę, co było przedmiotem żądania ewentualnego.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nr I. a) nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o których mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego

przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania -

na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 8 ust. 1 pkt 1 § 5 pkt 2 lit. b w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: