

WYROK

Warszawa, 28 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę REMONDIS Górny Śląsk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej przy ul. Piotra Skargi 87 (41-706 Ruda Śląska) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Orzesze z siedzibą w Orzeszu przy ul. św. Wawrzyńca 21 (43-180 Orzesze)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym części zarzutu podniesionego w pkt III.1. *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu zmianę § 12 ust.1 lit n) załącznika nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia tj. projektowanych postanowień umowy (zwanych dalej jako: „PPU”) przez dodanie w treści § 12 ust.1 lit n) PPU do jego dotychczasowego brzmienia fragmentu wskazującego na prawomocność decyzji o nałożeniu kary na zamawiającego z określeniem obowiązku wykorzystania przez zamawiającego pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej polegającego na złożeniu odwołania od decyzji Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę REMONDIS Górny Śląsk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej w części 5/6 oraz zamawiającego Gminę Orzesze w części 1/6 i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Orzesze na rzecz wykonawcy REMONDIS Górny Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, kwotę w wysokości 100 zł 00 gr (sto złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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 3705/24

Uzasadnienie

Gmina Orzesze zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w Mieście Orzesze (maj 2025 – kwiecień 2027)* o numerze referencyjnym: WRZP.271.26.2024, zwane dalej jako: „postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 września 2024 r., pod numerem publikacji ogłoszenia: 583611-2024 (numer wydania Dz.U. S: 189/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 7 października 2024 r. wykonawca REMONDIS Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania, zaskarżając czynności podjęte przez zamawiającego polegające w szczególności

na:

- nieuprawnionym ukształtowaniu przedmiotu zamówienia w sposób, który obciąża wykonawcę negatywnymi konsekwencjami działań lub zaniechań zamawiającego, a także działań podmiotów trzecich, w tym mieszkańców Miasta Orzesze, a to w postaci zawarcia w § 12 ust.1 lit n) projektowanych postanowień umowy (zwanym dalej jako: „PPU”) oraz pkt 2.12 opisu przedmiotu zamówienia (zwanego dalej jako: „OPZ”) zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji wymaganych Dyrektywą 1999/31/WE z dnia 26 kwietnia 1999 r. oraz innymi przepisami prawa krajowego w wysokości równej kwocie kary nałożonej na zamawiającego za niewywiązywanie się z tego obowiązku, z zastrzeżeniem, że wykonawca zostanie obciążony karą dopiero w momencie, kiedy decyzja o nałożeniu kary na zamawiającego stanie się ostateczna i obciążenie wykonawcy karą umowną z tytułu braku osiągnięcia tych poziomów w treści § 12 ust. 1 lit. n) PPU;
- nieuprawnionym ukształtowaniu przedmiotu zamówienia w sposób, który obciąża wykonawcę negatywnymi konsekwencjami, których celem jest wzbogacenie się przez zamawiającego z tytułu kar umownych, a to w postaci odnoszenia się w treści § 12 ust. 1 lit. a), lit. b), lit. c), lit. e) lit. f), lit. h), lit. i), lit. j), lit. k) PPU – celem wyliczenia wysokości kary umownej – do wysokości wstępnego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 7 ust. 3 PPU w sytuacji, w której sam zamawiający w treści § 7 ust. 15 PPU wskazuje, że zakres zamówienia wykona dla min. 80% wartości umowy określonej w § 7 ust. 3 PPU;
- nieuprawnionym ukształtowaniu § 14 ust. 11.1 PPU w taki sposób, który w istocie iluzorycznym czyni możliwość uzyskania waloryzacji wynagrodzenia i który powoduje, że rzeczywiste utrzymanie równowagi ekonomicznej w ramach zawartej już umowy nie będzie możliwe.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w toku postępowania naruszył następujące przepisy:

1) naruszenie art. 353¹ k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 473 § 1 k.c., 471 k.c., 354 § 2 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 2) i 3) Pzp oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 Pzp, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/35/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko

w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu w treści § 12 ust.1 lit n) PPU oraz pkt 2.12 OPZ w zakresie określonej w nich odpowiedzialności wykonawcy za osiągnięcie wskazanych tam poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji wymaganych Dyrektywą 1999/31/WE z dnia 26 kwietnia 1999 r. oraz innymi przepisami prawa krajowego przygotowania do ponownego użycia i recyklingu mimo tego, że:

- wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części odpadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Miasta Orzesze, podczas gdy to na zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia tych poziomów, czemu służy wykonywanie obowiązków określonych w treści art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości

i porządku w gminach;

- brak jest w treści dokumentacji postępowania jakichkolwiek postanowień odnoszących się do zobowiązań zamawiającego co do koniecznego współdziałania z wykonawcą w celu wykonania narzucanego wykonawcy jednostronnie obowiązku osiągnięcia tych poziomów;

- poza odpadami komunalnymi odbieranymi przez wykonawcę, na terenie Miasta Orzesze niezależnie od umowy, która zostanie zawarta w ramach postępowania, odbierane są odpady komunalne od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych przez inne podmioty wpisane do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Orzesze,

a właściciele nieruchomości (każdej) mają prawo do przekazywania odpadów także do innych miejsc zbierania odpadów na terenie gminy oraz poza nią (tzw. punktów skupu surowców wtórnych lub punktów przyjmowania odpadów), podczas gdy dokumentacja niniejszego postępowania czyni wykonawcę tego zamówienia publicznego wyłącznie odpowiedzialnym za osiągnięcie wyżej wskazanych poziomów pomimo, że właściciele nieruchomości odpady nadające się do recyklingu mogą przekazywać do innych podmiotów oraz poza teren Miasta Orzesze, a tym samym prowadzić do obniżenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na skutek działań podejmowanych przez samych właścicieli nieruchomości;

- w dniu 14 kwietnia 2023 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi, wprowadzająca w Polsce tzw. system kaucyjny polegający na tym, że butelki jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje

o pojemności do trzech litrów, włącznie z ich zakrętkami i wieczkami z tworzyw sztucznych,

z wyłączeniem szklanych lub metalowych butelek na napoje, których zakrętki i wieczka są wykonane z tworzyw

sztucznych, puszki metalowe o pojemności do jednego litra, butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do półtora litra, będą obciążone kaucją, która będzie zwracana w chwili zwrotu wyżej wskazanych opakowań do sklepów, przez co znacząco zmniejszeniu ulegnie masa odpadów segregowanych odbieranych w ramach umowy, a w konsekwencji od 1 stycznia 2025 r. nie będzie istniała możliwość wykonania obowiązków, o których mowa powyżej wobec braku odpadów nadających się do recyklingu w strumieniu odpadów, które będą przekazywane do odbioru przez wykonawcę w ramach niniejszej umowy w stopniu umożliwiającym osiągnięcie tych poziomów;

- wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jakie odpady zostaną przez mieszkańców umieszczone w workach czy pojemnikach przeznaczonych do odbioru odpadów komunalnych przez wykonawcę, wobec czego wykonawca nie ma wpływu na skład tych odpadów;

2) naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c.

w zw. z art. 483 § 1 k.c. przez zastrzeżenie na rzecz zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji wymaganych Dyrektywą 1999/31/WE z dnia 26 kwietnia 1999 r. oraz innymi przepisami prawa krajowego (§ 12 ust. lit. n) PPU) w wysokości wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła” (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na surowce) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 12 ust. 1 lit. n) PPU stanowi nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania postanowień umownych

i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy recyklingu i odzysku;

3) naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 i art. 134 ust. 1 pkt 20, art. 431 oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c.

i art. 484 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji wymaganych Dyrektywą 1999/31/WE z dnia 26 kwietnia 1999 r. oraz innymi przepisami prawa krajowego

i wprowadzenie do § 12 ust. 1 lit. n) PPU kary umownej od wykonawcy w przypadku ich nieosiągnięcia, w sytuacji, w której wykonawca nie ma pełnej swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania (z uwagi na ich ograniczoną ilość na rynku, ograniczone moce przerobowe instalacji oraz brak wpływu na poziomy osiągane przez instalacje), co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym;

4) naruszenie art. 353¹ k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 473 § 1 k.c., 471 k.c., 354 § 2 k.c., art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 2) i 3) Pzp oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 Pzp przez wprowadzenie w treści § 12 ust. 1 lit. a), lit. b), lit. c), lit. e) lit. f), lit. h), lit. i), lit. j), lit. k) PPU, gdzie celem wyliczenia wysokości kary umownej, zamawiający odwołuje się do wysokości wstępnego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 7 ust. 3 PPU w sytuacji, w której sam zamawiający w treści § 7 ust. 15 PPU wskazuje, że zakres zamówienia wykona dla min. 80% wartości umowy określonej w § 7 ust. 3 PPU;

5) naruszenie art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy dojdzie do osiągnięcia przez wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za dany rok na poziomie co najmniej 10%, przez co wymóg wystąpienia minimalnej zmiany na poziomie 10% jest nad wyraz wysoki, a jednocześnie kierując się tym zapisem, możliwe byłoby ubieganie się o zmianę wynagrodzenia dopiero w roku 2026, bowiem dopiero wówczas zostanie opublikowany pierwszy wskaźnik wskazany przez zamawiającego jako bazowy dla ubiegania się o zmianę wysokości wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- zobowiązanie zamawiającego do wykreślenia § 12 ust.1 lit n) PPU oraz pkt 2.12 OPZ;

ewentualnie:

- zobowiązanie zamawiającego do wykreślenia § 12 ust.1 lit n) PPU oraz pkt 2.12 OPZ oraz zobowiązanie zamawiającego do dodania do § 5 nowego ust. 10 PPU i nadanie mu następującej treści:

10. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania niniejszej Umowy w celu umożliwienia Zamawiającemu osiągnięcia odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia

i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomu składowania odpadów komunalnych

w wysokościach określonych w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach;

ewentualnie:

- zobowiązanie zamawiającego do wykreślenia § 12 ust.1 lit n) PPU oraz pkt 2.12 OPZ oraz zobowiązanie zamawiającego do dodania do § 5 nowego ust. 10 PPU o następującej treści:

10. Zamawiający zobowiązuje się do współpracy w celu wykonania umowy, w szczególności przy przekazywaniu drogą elektroniczną informacji niezbędnych dla prawidłowego wykonywania umowy, w szczególności informowania o zmianach w liczbie i adresach nieruchomości objętych obowiązkiem odbierania odpadów komunalnych oraz sposobie gospodarowania odpadami komunalnymi. Zamawiający zobowiązuje się do:

a. wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych,

o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 u.c.p.g. 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,

b. przeprowadzenia w prasie lokalnej co najmniej 6 akcji edukacyjnych polegających na publikacji zasad selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, składu odpadów najbardziej przydatnych do recyklingu oraz konsekwencji nieprawidłowego gromadzenia odpadów komunalnych, co najmniej raz w miesiącu, obejmującej co najmniej jedną szpaltę,

c. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów

w odniesieniu do nieruchomości wielolokalowych w ilości co najmniej 20 nieruchomości miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcie postępowań, o których mowa w ust. 1 powyżej, a także informowania o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,

d. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli złożenia i rzetelności sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami

i odpadami opakowaniowymi;

ewentualnie:

- zobowiązanie zamawiającego do zmiany § 12 ust.1 lit n) PPU przez dodanie w treści § 12 ust.1 lit n) PPU po jego dotychczasowej treści: *i prawomocnej, przy czym należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a u.c.p.g. za dany rok (a w przypadku obowiązywania Umowy przez okres krótszy niż rok*

w danym roku kalendarzowym – kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a u.c.p.g. za dany rok pomnożona przez wynik dzielenia masy odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę w ramach niniejszej Umowy w danym roku kalendarzowym

w stosunku do masy wszystkich odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Miasta Orzesze w danym roku), na mocy ostatecznej decyzji administracyjnej, pomniejszona o opłaty podwyższone o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 u.c.p.g. oraz pieniężne kary administracyjne, o których mowa w art. 9x ust. 2 i 3 u.c.p.g., nałożone ostatecznymi decyzjami Burmistrza Miasta Orzesze lub decyzjami Samorządowego Kolegium Odwoławczego, które są należne za dany rok, przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a u.c.p.g., to znaczy winien złożyć odwołanie od decyzji Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego a także wykorzystać w pełni możliwość uzyskania zawieszenia, a następnie umorzenia administracyjnej kary pieniężnej zgodnie z przepisami u.c.p.g. (przy czym Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych wniosków lub środków odwoławczych, a Wykonawca winien tą argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym złożenie wniosku lub środka odwoławczego); kara ta będzie wymagalna

w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, o których mowa powyżej;

- zobowiązania zamawiającego do zmiany § 12 ust. 1 lit. a), lit. b), lit. c), lit. e) lit. f), lit. h), lit. i), lit. j), lit. k) PPU w ten sposób, by każda z kar umownych objęta ww. postanowieniami umownymi była obliczana w odniesieniu do wynagrodzenia wskazanego w § 7 ust.15 PPU, tj. do 80% wartości umowy określonej w § 7 ust.3 w miejsce dotychczasowego § 7 ust. 3 PPU;

- zobowiązanie zamawiającego do zmiany § 14 ust. 11.1 PPU, w ten sposób, aby minimalny poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosił 5% w stosunku do kosztów aktualnych na dzień składania ofert lub na dzień poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia.

Odwolujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą czynności zamawiającego wprowadzają nadmierne ryzyko po stronie wykonawcy

i ukształtowanie dokumentacji zamówienia w taki sposób, który jednoznacznie jest korzystny wyłącznie dla zamawiającego. W przypadku utrzymania kwestionowanych zapisów dokumentacji w postępowaniu, wykonawca pomimo zainteresowania udziałem

w postępowaniu, może zdecydować się na zaniechanie złożenia oferty i tym samym nieuzyskanie zamówienia publicznego lub zdecydować się złożyć ofertę, przez co zamawiający może obciążyć wykonawcę wysokimi karami umownymi za działania lub zaniechania zamawiającego lub mieszkańców Miasta Orzesze, na które to wykonawca nie ma wpływu, a także nałożyć na wykonawcę obowiązki, które w nadmiernym stopniu obciążają wykonawcę, podczas gdy brak jest podstaw prawnych i faktycznych do ich nałożenia, co prowadzi do zaburzenia równowagi stron. Zdaniem odwołującego nie ulegało wątpliwości, że w ten sposób w obu przypadkach może ponieść szkodę, gdyż albo nie uzyska zamówienia, albo zostanie obciążony dodatkowymi kosztami związanymi wyłącznie z działaniami lub zaniechaniami ze strony zamawiającego. Reasumując odwołujący stwierdził, że spełnione zostały przesłanki uprawniające go do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

22 października 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

22 października 2024 r. odwołujący złożył pismo stanowiące replikę do odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami i wniósł o uwzględnienie odwołania zgodnie z jego treścią.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 17 października 2024 r. w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”) wraz z załącznikami obejmującymi przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia (zwany dalej nadal jako: „OPZ”) oraz projektowane postanowienia umowy (zwane dalej nadal jako: „PPU”);

2) dokumenty załączone do odwołania:

- prezentację z Komitetu Ochrony Środowiska Krajowej Izby Gospodarczej – Nowy System ROP – Oczekiwanie Rynku Perspektywa Wdrożenia;
- prezentację – SSW, Abrys – System ROP vs system kaucyjny;
- analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Orzesze za lata 2021 - 2023;

3) dokumenty załączone do pisma procesowego odwołującego z 22 października 2024 r.:

- „Global Recycling League Table” Phase One report wraz z tłumaczeniem maszynowym na język polski;
- Morfologia odpadów komunalnych wytwarzanych w Polsce, Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy.

Izba ustaliła co następuje

Rozdział 2 pkt 2.12 OPZ posiadał następującą treść:

2.12. Poziom odzysku odpadów komunalnych

Wykonawca odpowiedzialny jest za osiągnięcie poziomów odzysku odpadów komunalnych

z uwzględnieniem poziomów odzysku wskazanych w obowiązujących w trakcie realizacji umowy: ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz.U. z 2024 r., poz. 399) oraz rozporządzeń :

- rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U z 2021 r., poz. 1530),
- rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz. U. z 2017 r., poz. 2412).

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za nieosiągnięcie wymaganych przepisami prawa poziomów odzysku i recyklingu oraz ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Zakres odpowiedzialności określony został w projekcie umowy.

Klasyfikacji zebranych odpadów komunalnych w tym odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz zużytych opon należy dokonywać zgodnie z obowiązującymi w trakcie realizacji umowy przepisami prawa.

Zgodnie z § 12 ust. 1 lit n) PPU:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

(...)

n. za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji wymaganych Dyrektywą 1999/31/WE z dnia 26.04.1999 r. oraz innymi przepisami prawa krajowego -

w wysokości równej kwocie kary nałożonej na Zamawiającego za niewywiązywanie się z tego obowiązku, z zastrzeżeniem, że Wykonawca zostanie obciążony karą dopiero w momencie, kiedy decyzja o nałożeniu kary na Zamawiającego stanie się ostateczna.

W § 12 ust. 1 lit. a), lit. b), lit. c), lit. e) lit. f), lit. h), lit. i), lit. j), lit. k) PPU zamawiający wysokość kar umownych określonych w tych postanowieniach odnosił do wynagrodzenia ryczałtowego brutto, o którym mowa w § 7 ust 3.

W treści § 7 ust 3 PPU zamawiający wskazał:

Wstępne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy stanowi sumę wyliczonych wartości za wskazaną ilość ton poszczególnych frakcji odebranych odpadów komunalnych,

z uwzględnieniem kosztów ich zagospodarowania zgodnie z formularzem ofertowym tj.: zł brutto i nie może przekroczyć tej kwoty, z zastrzeżeniem ust. 4.

§ 7 ust 15 PPU posiadał następujące brzmienie:

Zamawiający wskazuje, iż zakres zamówienia wykona dla min. 80% wartości umowy określonej w §7 ust. 3.

Zgodnie z § 14 ust. 11.1 PPU:

11.1. Strony umowy będą uprawnione do żądania zmiany wynagrodzenia, o ile poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, spowoduje zmianę kosztów Wykonawcy za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów lub miesięczną obsługę PSZOK o co najmniej 10%.

W celu ustalenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu w miesiącu styczniu każdego roku wykonywania umowy, uaktualnione kalkulacje cenowe, o których mowa w ust. 12 umowy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 353¹ k.c. – Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.;
- art. 387 § 1 k.c. – Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.;
- art. 483 § 1 k.c. – Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).;
- art. 473 § 1 k.c. – Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.;
- 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.;
- 354 § 2 k.c. – W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.;
- art. 5 k.c. – Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.;
- art. 8 ust. 1 Pzp – 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 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 433 pkt 2 i 3 – 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. 22 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 2029) –

1. Koszty gospodarowania odpadami, w tym koszty związane z niezbędną infrastrukturą i jej eksploatacją, są ponoszone przez pierwotnego wytwórcę odpadów lub przez obecnego lub poprzedniego posiadacza odpadów.

2. W przypadkach określonych w przepisach odrębnych koszty gospodarowania odpadami ponosi określony w tych przepisach wprowadzający produkty do obrotu na terytorium kraju. Do kosztów tych zalicza się koszty:

1) selektywnego zbierania odpadów powstałych z produktów, a następnie ich transportu

i przetwarzania oraz koszty niezbędne do realizacji innych celów i zadań, o których mowa

w przepisach odrębnych, pomniejszone o przychody z ponownego użycia, ze sprzedaży materiałów pochodzących z przetwarzania tych odpadów, a w przypadku wprowadzenia systemu kaucyjnego – z nieodebranej kaucji;

2) informowania posiadaczy odpadów powstałych z produktów o środkach służących zapobieganiu powstawaniu odpadów, zakładach zajmujących się ponownym użyciem

i przygotowaniu do ponownego użycia, systemach zbierania odpadów oraz o sposobach zapobiegania zaśmiecaniu;

3) gromadzenia danych dotyczących produktów wprowadzanych do obrotu oraz zbierania

i przetwarzania odpadów powstałych z produktów, a także sprawozdawczości w tym zakresie.

3. W przypadku zbiorowego wypełniania obowiązków wynikających z systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta realizowanych przez podmiot reprezentujący wprowadzających produkty koszty, o których mowa w ust. 2, różnicuje się w odniesieniu do poszczególnych produktów lub grup podobnych produktów, z uwzględnieniem ich trwałości, przydatności do naprawy, ponownego użycia i recyklingu oraz obecności w nich substancji niebezpiecznych.

4. Koszty, o których mowa w ust. 2, są ustalane między podmiotami uczestniczącymi

w systemie rozszerzonej odpowiedzialności producenta, tak aby nie przekraczały kosztów niezbędnych do świadczenia usług gospodarowania odpadami.

5. Przepisu ust. 2 nie stosuje się do systemów rozszerzonej odpowiedzialności producenta ustanowionych przepisami ustawy z dnia 20 stycznia 2005 r. o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji (Dz. U. z 2020 r. poz. 2056), ustawy z dnia 24 kwietnia 2009 r.

o bateriach i akumulatorach (Dz. U. z 2022 r. poz. 1113) oraz ustawy z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. z 2022 r. poz. 1622).;

- art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy – Zgodnie z zasadą „zanieczyszczający płaci” koszty gospodarowania odpadami muszą być ponoszone przez pierwotnego wytwórcę odpadów lub przez obecnego lub poprzedniego posiadacza odpadów.;

- art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp – SWZ zawiera co najmniej:

(...)

20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- art. 99 ust. 1 Pzp – Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.;

- art. 431 Pzp – Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.;

- art. 487 § 2 k.c. – Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.;

- art. 484 k.c. – § 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.;

- art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 poz. 399) –

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

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

1a. Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia

i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

1b. Przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych

i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

2a. Gminy są obowiązane nie przekraczać poziomu składowania w wysokości:

- 1) 30% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029;
- 2) 20% wagowo - za każdy rok w latach 2030-2034;
- 3) 10% wagowo - w 2035 r. i za każdy kolejny rok w latach następnych.

2b. Poziom składowania oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych przekazanych do składowania do masy wytworzonych odpadów komunalnych. Dla potrzeb obliczania poziomu składowania do odpadów przekazanych do składowania zalicza się również odpady poddane odzyskowi na składowisku odpadów.

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

4. Minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomu składowania oraz warunki zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych

i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych poddanych składowaniu, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania osiągnięcia tych poziomów przez każdą gminę oraz przepisami Unii Europejskiej określającymi sposób obliczania poziomu składowania oraz warunki zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych.

- art. 439 ust. 1 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.;

- art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp – 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.;

- art. 17 ust. 1 Pzp – 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Uzasadnienia odwołania zostało podzielone na trzy części. Pierwsza część, która była najtreściwsza pod względem podniesionej argumentacji dotyczyła poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji. Uzasadnienie w tej części odnosiło się do trzech pierwszych zarzutów tj. zarzutów oznaczonych w *petitum* odwołania pkt III. 1, III.2 i III.3. Część druga uzasadnienia odwołania odnosiła się do zarzutu dotyczącego sposobu wyliczania wysokości kar umownych określonego w pkt III.4 *petitum* odwołania. Część trzecia natomiast do zarzutu dotyczącego klauzuli waloryzacyjnej (pkt III. 5 *petitum* odwołania). Izba w uzasadnieniu orzeczenia odniosła się do podniesionych zarzutów w kolejności wynikającej z uzasadnienia odwołania.

W przypadku pierwszej grupy zarzutów, która obejmowała trzy pierwsze zarzuty, Izba w pierwszej kolejności uznała za zasadne wskazać, że odwołujący konstruując treść tych zarzutów podał w *petitum* odwołania bardzo dużą ilość przepisów, które zamawiający miał naruszyć. Przepisy te odnosiły się nie tylko do Pzp, ale również do k.c., a także do szeregu innych aktów prawnych takich jak ustawa z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 2029), ustawa z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 poz. 399), a nawet dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE

z 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego Rady nr 2004/35/WE z 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu. Zgodnie z art. 473 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513. Zgodnie natomiast z art. 513 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przedmiotem odwołania były czynności zamawiającego dotyczące ukształtowania treści dokumentacji przetargowej (OPZ i PPU). Tym samym Izba rozpoznając odwołanie w tej sprawie mogła ocenić czynność zamawiającego wyłącznie w zakresie jej zgodności lub niezgodności przepisami Pzp. Izba nie jest organem właściwym do stwierdzania naruszania przepisów innych ustaw czy dyrektyw unijnych. W związku z tym skład orzekający rozpoznając trzy pierwsze zarzuty skupił się na przepisach Pzp. Przy czym kluczowe znaczenie dla rozpoznania wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu (w tym również trzech pierwszych),

w okolicznościach przedmiotowej sprawy, miała zasada proporcjonalności określona w art. 16 pkt 3 Pzp.

Przechodząc do *meritum* Izba stwierdziła, że argumentacja odwołującego dotycząca trzech pierwszych zarzutów opierała się na założeniu, że niemożliwe jest osiągnięcie przez zamawiającego poziomów recyklingu na poziomie 55% i wyżej poczynawszy do 2025 r. Skład orzekający doszedł do przekonania, że założenie to nie zostało udowodnione przez odwołującego. Odwołujący na poparcie tego stwierdzenia złożył różne dowody, które nie przekonały Izby o trafności jego argumentacji lub nawet przemawiały na jej niekorzyść. Warto dodać, że odwołujący wraz z odwołaniem oraz pismem stanowiącym replikę na odpowiedź na odwołanie złożył szereg dokumentów, które nie odnosiły się *stricto* do sytuacji zamawiającego. Za takie dowody należało uznać:

- prezentację z Komitetu Ochrony Środowiska Krajowej Izby Gospodarczej – Nowy System ROP – Oczekiwanie Rynku Perspektywa Wdrożenia;
- prezentację – SSW, Abrys – System ROP vs system kaucyjny;
- dokument pn.: „Global Recycling League Table” Phase One report wraz z tłumaczeniem maszynowym na język polski;
- dokument pn.: Morfologia odpadów komunalnych wytwarzanych w Polsce, Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy.

Izba stwierdziła, że powyżej wskazane dokumenty okazały się nieprzydatne na potrzeby rozstrzygnięcia. Przy czym skład orzekający w żaden sposób nie kwestionował, ani nie podważał wartości merytorycznej tych dokumentów. Odnosiły się one do zagadnień natury ogólnej związanej z gospodarką odpadami. Żaden z tych dokumentów nie odnosił się do sytuacji zamawiającego, a odwołujący nie przekonał Izby, że fragmenty tych opracowań można było w dość prosty sposób przełożyć na sytuację zamawiającego. Tym samym Izba pominęła powyżej wskazane dowody.

Pewną wartość dowodową miały za to dowody odnoszące się do zamawiającego. Dowody te zostały załączone do odwołania i obejmowały analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Orzesze za lata 2021-2023. Z przedmiotowych analiz wynikało jednoznacznie, że zamawiający w latach 2021, 2022 i 2023 osiągnął wymagany prawem poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych oraz dopuszczalny poziom

ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (pkt 5 akapit ostatni każdej z trzech analiz). Należało przypomnieć, że poziomy recyklingu w tych latach wynosiły:

- 20% wagowo - za rok 2021;
- 25% wagowo - za rok 2022;
- 35% wagowo - za rok 2023.

Ponadto w latach 2021-2023 usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych

z nieruchomości zamieszkałych u zamawiającego były świadczone przez konsorcjum, którego liderem był odwołujący. Poza tym na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że odwołujący od 2017 r. wykonuje u zamawiającego usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych i w tym czasie nigdy nie były naliczane kary umowne na wykonawcę w związku z realizacją usługi. Odwołujący nie zaprzeczył temu stwierdzeniu więc Izba nie znalazła powodów, do tego aby nie wziąć go pod uwagę. W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający był w stanie do tej pory osiągać wynikające z ustawy poziomy recyklingu, nawet wtedy gdy zakres poziomu recyklingu odpadów zwiększał się o 10% z roku na rok (*vide*: wzrost pomiędzy latami 2022 i 2023). Zamawiający osiągał te poziomy z niezaprzeczalnym udziałem odwołującego, który z pewnością zna realia związane z realizacją zamówienia. Mimo tego odwołujący nie był w stanie przedstawić argumentacji i dowodów, które przekonałyby skład orzekający, że zamawiający z pewnością nie zrealizuje poziomów recyklingu w 2025 r.

i w latach następnych. Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz argumentację odwołującego Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy można było co najwyżej stwierdzić, że zamawiający będzie miał trudności z osiągnięciem zakładanego poziomu recyklingu w 2025 r., ale można było przyjąć, że z pewnością tego obowiązku nie spełni. Tym samym główne założenie z argumentacji odwołującego nie znalazło potwierdzenia.

Przy czym jednocześnie Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy przerzucanie ewentualnych kosztów związanych z nieosiągnięciem poziomów recyklingu

w kolejnej umowie w całości na wykonawcę na podstawie kar umownych naruszało zasadę proporcjonalności określoną w Pzp. W tym zakresie zarzut podniesiony w pkt III. 1*petitum* odwołania częściowo znalazł swoje potwierdzenie. W ocenie składu orzekającego postanowienia SWZ w tym wzorze umowy powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem

w szczególności jego rodzaju i zakresu). W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy rodzaj

i zakres zamówienia oraz okoliczności związane z realizacją umowy wskazywały, że postanowienia § 12 ust. 1 lit. n PPU naruszały zasadę proporcjonalności ponieważ zamawiający niezasadnie przerzucił w całości ryzyko kontraktowe związane z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu na wykonawcę. Przy czym w odwołaniach dotyczących treści SWZ bardzo istotne znacznie dla uwzględnienia zarzutu mają żądania sformułowane przez odwołującego. Skład orzekający zauważył, że w zakresie trzech pierwszych zarzutów odwołujący sformułował cztery żądania (pkt IV.3-IV.6 *petitum* odwołania). Przez te żądania (oprócz żądania zawartego w pkt IV.6), odwołujący dążył do tego, żeby wykreślić § 12 ust.1 lit n) PPU i pkt 2.12 OPZ. Gdyby takie żądanie zostało nakazane *tote facto* tylko zamawiający ponosiłby ciężary i dolegliwości związane z nieosiągnięciem poziomów recyklingu. Jak słusznie wyjaśnił zamawiający większość z obowiązków wynikających z ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 poz. 399), adresowanych do samorządu gminnego przez ustawodawcę, nie może zostać wykonana siłami własnymi urzędów gmin czy miast, które nie posiadają ani odpowiedniej infrastruktury, ani taboru samochodowego, ani też wystarczającej liczby przeszkolonego personelu, który zdołałby wykonać nałożony na gminy zakres zadań. Tym samym znaczna część zadań

z zakresu gospodarowania odpadami zostaje za sprawą systemu zamówień publicznych przeniesiona na wyspecjalizowane podmioty prywatne. W takiej sytuacji znajdował się zamawiający. Stąd skład orzekający uznał, że nie można było doprowadzić do odwrócenia niejako sytuacji i przez uwzględnienie odwołania przerzucić ciężar kar związanych

z ewentualnym niewykonaniem poziomów recyklingu wyłącznie na zamawiającego. Izba doszła do przekonania, że najlepszym rozwiązaniem byłoby wypracowanie modelu, w którym to zamawiający i wykonawca dzielą między siebie obowiązki i jaki sankcje związane karami za niewykonanie poziomów recyklingu. W okolicznościach przedmiotowej sprawy najbliższym tego modelu zdawało się być żądanie określone w pkt IV.6 *petitum* odwołania. Izba miała przy tym świadomość, że rozwiązanie wskazane w tym żądaniu nie było doskonałe, ale odwołujący nic lepszego nie zaproponował.

Pozostałe żądania ewentualne wskazywały albo na deklarację wykonawcy o wspieraniu zamawiającego w osiągnięciu poziomów recyklingu, albo na obowiązek prowadzenia przez zamawiającego działań edukacyjnych lub informacyjnych wśród mieszkańców. Żądanie z pkt IV.4 miało w ocenie składu orzekającego charakter ogólnikowej deklaracji, która nie niosła ze żadnych konkretnych treści, przez co żądanie nie zasługiwało na akceptację. Izba nie znalazła również powodów do nakazania żądanie z pkt IV.5. Jak wynikało z załączonych do odwołania analiz zamawiający prowadził w

latach 2021-2023 działania informacyjne i edukacyjne wśród mieszkańców (pkt 6 wszystkich trzech analiz), które przyczyniły się do tego, że w tych latach osiągnął on poziomy recyklingu. W związku z tym nie można było uznać, że zamawiający stosuje niewystarczające działania w tym zakresie. Co istotne oba te żądania zakładały wykreślenie § 12 ust.1 lit n) PPU i pkt 2.12 OPZ, co w tej sprawie było zbyt daleko idące ponieważ prowadziłoby do osłabienia pozycji zamawiającego względem wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy godne uwagi było tylko żądanie zawarte w pkt IV.6 *petitum* odwołania. Przy czym zgodnie z treścią art. 554 ust. 6 Pzp Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia

o określonej treści. Tym samym skład orzekający nie mógł nakazać zmiany § 12 ust.1 lit n) PPU cytując treść żądania z pkt IV.6 *petitum* odwołania. Istota tego żądania sprowadzała się do dwóch kwestii:

- możliwości naliczenia kary umownej przez zamawiającego dopiero wtedy gdy decyzja administracyjna nakładająca karę przez właściwy organ stanie prawomocna;
- należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na zamawiającego.

Izba w sentencji orzeczenia wskazała na zakres modyfikacji § 12 ust.1 lit n) PPU, która powinna być dokonana przez zamawiającego, nie narzucając tym samym określonej treści zmienianemu postanowieniu PPU. Zakres tej zmiany odnosił się do dodania fragmentu wskazującego na prawomocność decyzji o nałożeniu kary na zamawiającego z zakreśleniem obowiązku, wykorzystania przez zamawiającego pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej, polegającego na złożeniu odwołania od decyzji Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Skład orzekający nie formułował nakazu wskazującego, że należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na zamawiającego, ponieważ z treści § 12 ust.1 lit n) PPU nie wynikało, że zamawiający może nałożyć karę, która może być wyższa aniżeli kara nałożona na niego. Zamawiający wyraźnie stwierdził w ww. przepisie PPU, że naliczy wykonawcy karę umowną w wysokości równej kwocie kary nałożonej na Zamawiającego za niewywiązywanie się z tego obowiązku.

W konsekwencji spośród trzech pierwszych zarzutów Izba częściowo uwzględniła zarzut z pkt III.1 *petitum* odwołania.

Kolejny zarzut wskazany w odwołaniu dotyczył tego, że zamawiający w treści § 12 ust. 1 lit. a), lit. b), lit. c), lit. e) lit. f), lit. h), lit. i), lit. j), lit. k) PPU odnosił się do wynagrodzenia wskazanego w treści § 7 ust. 3 PPU, przy czym w treści § 7 ust. 15 PPU sam zamawiający wskazał, że zakres zamówienia wykona dla min. 80% wartości umowy określonej w § 7 ust. 3 PPU. W ocenie odwołującego, skoro zamawiający nie zapewnia wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia w 100% w odniesieniu do oczekiwanego przez niego wynagrodzenia, to nieuprawnione i nadwyżkowe było żądanie od wykonawcy zapłaty kar umownych

w wysokości liczonej od wynagrodzenia stuprocentowego, którego wykonawca prawdopodobnie nigdy od zamawiającego nie otrzyma.

Argumentacja odwołującego została skutecznie podważona przez stanowisko zamawiającego, argumentem odnoszącym się do wcześniej realizowanych umów, których stroną przez długi czas był odwołujący. Jak wyjaśnił zamawiający od 2017 r. realizowano 100% zamówienia, stosowano również zamówienia uzupełniające i nigdy zasadniczo nie zdarzyło się niezrealizowanie pełnego przedmiotu zamówienia poczynając od 2013 r. Odwołujący nie odniósł się do tego argumentu, który został przywołany przez zamawiającego. Tym samym Izba również nie znalazła powodów, aby go zakwestionować, a przez to uznać za niezasadny.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 353¹ k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 473 § 1 k.c., 471 k.c., 354 § 2 k.c., art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 2) i 3) Pzp oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 Pzp.

W odniesieniu do ostatniego z podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, że argumentacja odwołującego w tym zakresie było gołosłowna i ogólnikowa. Odwołujący nie wykazał, że zaproponowane przez zamawiającego postanowienia dotyczące klauzuli waloryzacyjnej były pozorne i niemożliwe do zastosowania. Ponadto jak słusznie wyjaśnił zamawiający proponowaną przez niego podstawą waloryzacyjną nie był „wskaźnik wzrostu towarów i usług konsumpcyjnych”, jak to opisywał odwołujący, bowiem wskaźnik ten nie odnosi się wprost do cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający stanął na stanowisku, że najbardziej miarodajnym ewentualnym wskaźnikiem mógłby być np. wskaźnik wzrostu cen paliwa, który również publikowany jest przez GUS. Zamawiający nie doprecyzował jednak wyraźnie, że wskaźnikiem tym może być wyłącznie wzrost cen paliwa, lecz zostawił wykonawcy prawo wskazania wskaźnika wzrostu określonych kosztów realizacji zamówienia, który byłby miarodajny.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu

w zakresie odnoszącym się do części zarzutu podniesionego w pkt III.1 *petitum* odwołania i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób godzący w zasadę proporcjonalności ustanowił treść § 12 ust. 1 lit. n) PPU.

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*. Izba dzieląc koszty odniosła się do żądań wskazanych przez odwołującego. Odwołujący wskazał *de facto* sześć żądań z czego jedno w ocenie składu orzekającego częściowo zasługiwało na uznanie. W konsekwencji Izba podzieliła koszty w części 5/6 na rzecz odwołującego i w części 1/6 na rzecz zamawiającego.

Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis uiszczony przez odwołującego (15 000 zł) oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników odwołującego i zamawiającego (po 3 600,00 zł dla strony). Łącznie suma kosztów wynosiła 22 200,00 zł. Zamawiający wykazał poniesienie kosztów w wysokości 3 600,00 zł (koszt wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego na poziomie 3 700,00 zł (22 200,00 zł x 1/6). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 18 600,00 zł (koszt wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 18 500,00 zł (22 200,00 zł x 5/6). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 100,00 zł (18 600,00 zł – 18 500,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....