Sygn. akt: KIO 3692/24 Warszawa, 30 października 2024 roku

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aneta Mlącka

Członkowie: I.N.

Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 października 2024 roku przez Odwołującego FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. (ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Tarnobrzeg (ul. Kościuszki 32, 39-400 Tarnobrzeg)

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. (ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. (ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg) tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca: ….……

Członkowie: …….

…….

Sygn. akt: KIO 3692/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Tarnobrzeg prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnobrzega odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy".

Odwołujący FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, OPZ, wzoru umowy oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostało wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny i w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób kreujący obowiązek wykonawcy, który jest niemożliwy do zrealizowania. Obowiązkiem tym jest osiągnięcie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „poziomu recyklingu"), który ustawodawca nakłada na Zamawiającego, a który to obowiązek, na podstawie postanowień pkt § 19 ust. 2 lit. k wzoru umowy Zamawiający przenosi na wykonawcę, pomimo, że wykonawca nie jest adresatem normy prawnej określonej w ww przepisie ustawy (nie posiada uprawnień do egzekwowania od mieszkańców prawidłowego segregowania odpadów) oraz z pominięciem faktów, zgodnie z którymi:

a) ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw - powoduje, że od 1 stycznia 2025 roku ma zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce, który pozbawi wykonawców przedmiotowego zamówienia odpadów, które mają kluczowe znaczenie w osiągnięciu poziomu recyklingu, natomiast Zamawiający odpady pochodzące z „systemu kaucyjnego" może wliczyć do swojego poziomu recyklingu. Wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, a przekłada się on na możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu przez Wykonawcę;

b) istnieje problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła" -największa grupa odpadów w całym strumieniu - około 50% to odpady zmieszane, z których możliwe jest odzyskanie ok 2-3%;

c) z najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce,

z powyżej wskazanych powodów Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określił OPZ w zakresie dot. obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów recyklingu w sposób niemożliwy do zrealizowania przez wykonawcę, a do tego na podstawie postanowień § 19 ust. 2 lit. k wzoru umowy ustanowił kary umowne za niewykonanie tego obowiązku, co stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny):

naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w z art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu tj. postanowień § 19 ust. 1 lit. k wzoru umowy, w wysokości rażąco wysokiej, z pominięciem przez Zamawiającego, że:

a)ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw - powoduje, że od 1 stycznia 2025 roku ma zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce, który pozbawi wykonawców przedmiotowego zamówienia odpadów, które mają kluczowe znaczenie w osiągnięciu poziomu recyklingu, natomiast Zamawiający odpady pochodzące z „systemu kaucyjnego" może wliczyć do swojego poziomu recyklingu. Wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, a przekłada się on na możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu przez Wykonawcę;

a)istnieje problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła" -największa grupa odpadów w całym strumieniu - około 50% to odpady zmieszane, z których możliwe jest odzyskanie ok 2-3%;

b)z najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce,

W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 19 ust. 1 lit. k wzoru umowy 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. art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy na mocy ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „nowelizacja u.g.o.") od 1 stycznia 2025 r. wejdzie w życie tzw. system kaucyjny. Zmiany, które ww akt prawny wprowadzi, mają kluczowe znaczenie dla określenia sposobu organizacji realizacji przedmiotu zamówienia ponieważ przekładają się bezpośrednio na jego wielkość. System kaucyjny obejmuje takie odpady jak: jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielokrotnego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Wszystkie te odpady w chwili obecnej stanowią część przedmiotu zamówienia i trudno jest w chwili obecnej ustalić jakie konsekwencje wywoła system kaucyjny na realizacje przedmiotowego zamówienia, dlatego konieczne jest takie ukształtowanie postanowień umowy, które pozwoli na dostosowanie realizacji umowy do stanu faktycznego spowodowanego nowym porządkiem prawnym. Innymi słowy, aby móc dokonać modyfikacji zmiany umowy w sposób odpowiadający konsekwencjom tej ustawy, konieczne jest wprowadzenie do postanowień wzoru umowy odpowiedniej regulacji dopuszczającej zmianę postanowień umowy. Brak takich postanowień powoduje naruszenie równowagi stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę wszystkie ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć - powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców;

4 . art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 17 ustawy w zw. z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 13 września 1996r., Dz.U. z 2024 r. poz. 399) - dalej: "UCPG zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c." i w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ukształtowanie postanowień § 3 ust. 1 lit. g oraz § 19 ust. 2 lit. r wzoru umowy w taki sposób, że Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania kwartalnych zbiorczych zestawień danych o rodzaju i ilości odpadów poddanych procesom recyklingu, a jeśli tego nie uczyni to Zamawiający ma prawo nałożyć na Wykonawcę karę

umowną w wysokości 100 zł za każdy dzień zwłoki, podczas, gdy tak ustanowione warunki zamówienia są nierealne do wykonania. Naruszenie wynika z faktu, że zgodnie z art. 9n ust. 2 ucpg sprawozdanie takie nie ma być składane kwartalnie tylko rocznie do dnia 31 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy. Co więcej nie ma możliwości, aby podmioty - instalacje, w których odpady poddawane są recyklingowy były w stanie w ujęciu kwartalnym przygotowywać tego rodzaju sprawozdania. W konsekwencji powyższego Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nadmierny, niemożliwy do zrealizowania czym naruszył wprost przepisy;

5. art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353[1] KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC poprzez sformułowanie w § 8 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, zgodnie z którą: wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony nie wcześniej niż 7 miesięcy od dnia podpisania umowy; wynagrodzenie Wykonawcy będzie podlegać waloryzacji jednorazowo; strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie wtedy, gdy wynagrodzenie ogłoszone w komunikatach, o których mowa w lit. g spadnie lub wzrośnie o co najmniej 10 % - porównując wynagrodzenie za kwartał poprzedzający dzień złożenia wniosku o waloryzację z wynagrodzeniem za kwartał, w którym została zawarta umowa; waloryzacja stanowić podzieloną przez 100 wartość: 0,5 razy poziom wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia, podstawą do ustalenia poziomu zmiany wynagrodzenia Wykonawcy jest poziom wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia - wyliczony na podstawie porównania wynagrodzenia za kwartał poprzedzający dzień złożenia wniosku o waloryzację z wynagrodzeniem za kwartał, w którym została zawarta umowa; nie wskazano od kiedy waloryzacja wynagrodzenia będzie obowiązywać, podczas, gdy takim momentem powinien być moment, od którego Wykonawca ponosi wyższe koszty wynagrodzenia; Zamawiający w taki sposób ukształtował klauzulę waloryzacyjną, że nie wynika z jej treści obowiązek przeprowadzenia waloryzacji - a jedynie jak napisał Zamawiający: „przewiduje" zmiany - zatem Zamawiający w tak podanej klauzuli przewiduje możliwość, ewentualność zmiany, podczas gdy z klauzuli waloryzacyjnej wynikać powinno, że w sytuacji zaistnienia przesłanek do zmiany wynagrodzenia - strony zobowiązane są do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego, zmiana ma charakter niejako automatyczny, bez względu na wolę stron;

W konsekwencji powyższego waloryzacja będzie możliwa, jeżeli poziom wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia wzrośnie o co najmniej 10% w stosunku do wysokości tego wskaźnika w poprzedzającym kwartale, co powoduje, że klauzula waloryzacyjna w normalnych realiach, zgodnie ze znanymi w chwili ogłoszenia Postępowania prognozami gospodarczymi, nie będzie mogła być zastosowana. Zatem tak ustalony poziom wskaźnika czyni postanowienia w § 8 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy postanowieniami pozornymi. Z tych powodów Zamawiający dokonał naruszenia wskazanych powyżej przepisów i ukształtował klauzulę waloryzacyjną w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są usługi, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Ponadto Zamawiający ukształtował warunki 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 sposób sprzeczny z regulacją ustawy pzp. Tak sformułowana klauzula prowadzi do obejścia przepisów prawa i czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną.

6. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej - wiedza i doświadczenie - rozdziału V pkt 4) 2. SWZ w sposób nieproporcjonalny i zbyt niski względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób zaniżający minimalne poziomy zdolności wykonawcy względem wielkości przedmiotu zamówienia, tj.: poprzez dopuszczenie do udziału w Postepowaniu wykonawców, który posiadają doświadczenie na poziomie realizacji usługi dla 25 000 mieszkańców, co jest niewystarczające do zapewnienia rękojmi należytego wykonania usługi w tym Postępowaniu. Takie ustanowienie warunków udziału w sytuacji, gdy Tarnobrzeg, gdzie ma być realizowana usługa jest miastem liczącym ponad 44 000 mieszkańców, powoduje, że Zamawiający naraża się na uzyskanie oferty od Wykonawcy, który w rzeczywistości nie będzie w stanie należycie wykonać usługi;

7 . art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 17 ustawy w zw. z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez takie ukształtowanie postanowień umownych, które są jednostronne i zabezpieczają jedynie interes Zamawiającego w treści §17 ust. 3 wzoru umowy, zgodnie z którym *Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego jeżeli wysokość ewentualnej straty z tego tytułu przekroczy wartość należnego zabezpieczenia,* ale takiego samego prawa nie daje Wykonawcy, w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Takie postanowienia są wyrazem pozycji dominującej Zamawiającego.

8 . art. 540 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 241 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 17 ustawy w zw. z art. 9z ust. 2a pkt 1 i art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach (tj. z dnia 13 września 1996r., Dz.U. z 2024 r. poz. 399) - dalej: "UCPG"- przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, ponieważ przedmiot zamówienia dotyczy realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, nie zaś osiągnięcia poziomów recyklingu. Osiągnięcie poziomów recyklingu, zgodnie z przepisami UCPG, jest obowiązkiem własnym Zamawiającego. Tymczasem kryterium oceny ofert w postaci wysokości kary umownej za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „poziomów recyklingu") nie ma istotnego związku ze świadczeniem, które Zamawiający nabędzie w wyniku rozstrzygnięcie przedmiotowego Postępowania. Co więcej tak ustalone kryterium nie wpływa na jakość świadczonych usług, bowiem Wykonawca ma jedynie marginalny wpływu na osiągany poziom recyklingu, podczas gdy to Zamawiający posiada narzędzia w jakie wyposażył Zamawiającego Ustawodawca, które mają bezpośrednie przełożenie na zwiększenie szansy na osiągniecie poziomów recyklingu w postaci np. do np. prawa do nakładania mandatów na mieszkańców, którzy nie segregują odpadów. Brak wpływu Wykonawcy na osiągany poziom recyklingu wyłącza możliwość podniesienia jakości świadczenia usługi za pomocą tak ustalonego kryterium oceny ofert jak kara umowna za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Wysokość tej kary nie ma działania motywującego, stymulującego Wykonawcy do podnoszenia jakości świadczenia usługi, bowiem nie jest to narzędzie zdatne do wpływu na jakość świadczenia usług, Z tych powodów, Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami pzp dokonał ustalenia kryterium oceny ofert w postaci „kryterium środowisko" o wadze 20%, ponieważ tak ustalone kryterium nie zagwarantuje mu, że wybór oferty najkorzystniejszej odpowiadał będzie uzasadnionym interesom i potrzebom Zamawiającego oraz nie wpłynie na jakość świadczonych usług jakimi są odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców. Ponadto, nie jest to kryterium środowiskowe - nie ma bowiem realnego przełożenia np. na obniżenie emisji spalin podczas wykonywania przedmiotu zamówienia, nie ma także żadnego innego dobroczynnego wpływu na środowisko podczas realizacji umowy wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.W zakresie zarzutu nr 1 - nakazanie Zamawiającemu wykreślenie kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 19 ust. 1 lit. k wzoru umowy;

1.W zakresie zarzutu nr 2 - nakazanie Zamawiającemu obniżenie wysokości kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 19 ust. 1 lit. k wzoru umowy do poziomu maksymalnie 5% wartości kary jaką zapłacić ewentualnie będzie musiał Zamawiający w przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu.

1.W zakresie zarzutu nr 3 - wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie systemu kaucyjnego od 1 stycznia 2025 r., możliwość zmiany obejmować musi: ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy;

1.W zakresie zarzutu nr 4 - wykreślenie postanowień § 3 ust. 1 lit. g wzoru umowy oraz § 19 ust. 2 lit. r wzoru umowy wprowadzenia do Wzoru Umowy i zastąpienie ich brzmieniem zgodnym z art. 9n ucpg, tj.: Sprawozdanie z osiągnięcia poziomów recyklingu jest przekazywane prezydentowi miasta w terminie do dnia 31 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy.

2.W zakresie zarzutu nr 5 - wykreślenie postanowień § 8 ust. 4 wzoru umowy i zastąpienie ich brzmieniem:

1)Ceny jednostkowe, określone w ofercie Wykonawcy, w następnych latach trwania Umowy, podlegać będą waloryzacji o wysokość wskaźnika inflacji za kwartał poprzedni (ostatni kwartał 2024 r.), opublikowanego w Monitorze Polskim przez Prezesa GUS, w przypadku gdy wysokość tego wskaźnika przekroczy 2%. Stanowić to będzie różnicę pomiędzy wskaźnikiem inflacji za kwartał poprzedni a wartością 2%. Pierwsza waloryzacja nastąpić będzie mogła po upływie pierwszych 3 miesięcy realizacji Umowy, w sytuacji, gdy inflacja za ostatni kwartał 2024 r. będzie wyższa o więcej niż 2% w stosunku do inflacji z pierwszego kwartału 2025 r.

1)Zrewaloryzowane ceny jednostkowe obowiązywać będą od pierwszego dnia następnego miesiąca po urzędowym ogłoszeniu wskaźnika inflacji w Monitorze Polskim i wprowadzone zostaną aneksem do Umowy.

1)Wykonawca jest zobowiązany do wystąpienia pisemnego o wprowadzenie waloryzacji. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w § 8 ust. 4 Umowy.

1)Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia to 20% wysokości wynagrodzenia netto.

2)Wykonawca jest zobowiązany do składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia w okresach miesięcznych. Zamawiający po otrzymaniu wniosku analizuje go i po akceptacji podnosi wartość wynagrodzenia. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy wraz z wnioskiem, o którym mowa powyżej składa oświadczenie o braku udziału podwykonawców w realizacji niniejszej umowy. W przypadku, gdy przy realizacji niniejszej umowy będą brali udział podwykonawcy, Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, o ile spełnione

zostaną przesłanki, o których mowa w art. 439 ust. 5 ustawy. Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania powyższej zmiany w terminie do 30 dni od dnia.

6) Strona Umowy, która otrzyma wniosek o waloryzację wynagrodzenia zobowiązana będzie w ciągu 7 dni do udzielenia odpowiedzi czy wyraża zgodę na waloryzację, czy wymaga uzupełnienia wątpliwości, brak stanowiska Strony w terminie 7 dni Strony Umowy uznają za wyrażenie zgody na wnioskowane warunki waloryzacji opisane we wniosku waloryzacyjnym. W przypadku wystąpienia wątpliwości co do zakresu wniosku waloryzacyjnego w ciągu 7 dni od jego otrzymania Strona Umowy zobowiązana jest do wskazania jakich informacji jeszcze potrzebuje, aby uwzględnić wniosek lub wskazać wątpliwości, na które druga Strona Umowy musi odpowiedzieć w ciągu 7 dni od daty otrzymania pisma z tymi informacjami. Odmowa wyrażenia zgody na waloryzację wymaga szczegółowego uzasadnienia faktycznego na piśmie. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia na skutek waloryzacji to 20% wartości wynagrodzenia umownego brutto.

6.W zakresie zarzutu nr 6 - zmiana postanowień rozdziału V pkt 4).2. SWZ w taki sposób, aby został zmieniony i uzyskał brzmienie:

a) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przed podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane :

jedną usługę obejmującą odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych z terenu jednej gminy zamieszkałej przez minimum 40 000 mieszkańców oraz czasie świadczenia nie krótszym niż 12 kolejnych miesięcy w ramach jednej umowy.

Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, ze Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez Wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia

7. W zakresie zarzutu nr 7 - dokonanie modyfikacji postanowień § 17 ust. 4 wzoru umowy poprzez dodanie ostatniego zdania o treści: *Wykonawca zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego jeżeli wysokość ewentualnej straty z tego tytułu.*

8. W zakresie zarzutu nr 8 - Wykreślenie Kryterium Środowiskowe 1.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za niezasadne zostały uznane zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny i w związku z art. 353^1 k.c. w związku z art. 387 § 1 k.c. w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób kreujący obowiązek wykonawcy, który jest niemożliwy do zrealizowania,
- art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w związku z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu, tj. postanowień § 19 ust. 1 lit. k wzoru umowy, w wysokości rażąco wysokiej,
- art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy na mocy ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw, od 1 stycznia 2025 r. wejdzie w życie tzw. system kaucyjny.

Zamawiający nie określił w SWZ wiążących i wymaganych do osiągnięcia poziomów recyklingu dla poszczególnych frakcji odpadów i jedynym wskazaniem w tym zakresie jest ustawowo nałożona na Zamawiającego norma na rok 2025 r., wynosząca 55%. Norma ta odnosi się do całego systemu odpadów odbieranych z terenu gminy, co w przypadku tego Zamawiającego oznacza konieczność uwzględnienia poziomu odzysku, jaki osiągają odbiorcy z terenów niezamieszkałych (w tym sam Odwołujący), z PSZOK, czy też planowanego do wprowadzenia w 2025 r. systemu kaucyjnego. Odwołujący nie wykazał zasadności pierwszego z zarzutów – nie wykazał, że zakładany poziom recyklingu na rok 2025 w wysokości 55% nie jest możliwy do uzyskania. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego pozostały gołosłowne.

Wspólną podstawę dla zarzutów stanowić miało postanowienie wzoru umowy określone w §19 ust. 2 lit. k: „*2.*

Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na potrącenie kary umownej z kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 2 umowy w następujących przypadkach i w następującej wysokości:
k) za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, a także ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, które wynikają z ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. z 2024 r, poz. 399 ze zm.) i rozporządzeń wykonawczych do Ustawy Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary w wysokości kary nałożonej na Zamawiającego."
W ocenie Odwołującego Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia dokumentacji postępowania, że przeniósł na Wykonawcę pełną odpowiedzialność, jaką Zamawiający może ponieść za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W opinii Odwołującego, Zamawiający w powyższym postanowieniu umownym przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej karom pieniężnym, jakie mogą być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu.
Kwestionując postanowienia umowne, Odwołujący dąży do istotnego ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy, co mogłoby przełożyć się na sposób wykonywania obowiązków przez wykonawcę. Jednakże oczekiwania Odwołującego pozostają w sprzeczności z potrzebą dyscyplinowania wszystkich uczestników systemu gospodarki odpadami. Zamawiający wskazał, że ma prawo oczekiwać, że wykonawca zrealizuje umowę w taki sposób, że przewidywane na dany rok poziomy recyklingu zostaną osiągnięte. W ocenie Izby, Zamawiający jako podmiot realizujący własny obowiązek przy pomocy profesjonalnego podmiotu, któremu powierza realizację umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, ma prawo wymagać osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia prawidłowej realizacji usługi.
Kara umowna ma charakter motywujący i jak wskazał Zamawiający: „To do Wykonawcy należy obowiązek odpowiedniego zagospodarowania odpadów w celu uzyskania jak najwyższych procentów odzysku i recyklingu. Samorząd nie osiągnie ekologicznego celu, jeśli odpady nie trafią do instalacji, które zapewnią recykling. Wpływ miasta na sposób zagospodarowania odpadów w naszym przypadku jest ograniczony jedynie do wyboru Wykonawcy, który zapewnia jak najwyższy poziom odzysku zebranych odpadów poprzez m.in. nadzór nad realizacja umowy i określoną w umowie presję karną."
Działania podejmowane przez Zamawiającego mają na celu przede wszystkim uzyskanie finalnego efektu w postaci osiągnięcia poziomu recyklingu, na co bezpośredni wpływ na sposób wykonania umowy. Nie można przy tym pominąć przyjętych praktyk w zakresie nadzoru nad sposobem segregacji śmieci przez mieszkańców, co pozwala wykonawcy na wykazanie uzasadnionych okolicznościami od niego niezależnymi przypadków, za które nie ponosi odpowiedzialności.
Izba miała na uwadze także okoliczność, że Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy z udziałem stron, że w dotychczas prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia również przewidywał w postanowieniach umownych kary za nieosiąganie poziomów recyklingu. Postanowienie takie nie powinno zatem stanowić nieznanego, czy też niejasnego elementu umowy. Choć obawy Odwołującego co do faktycznego przeniesienia na niego odpowiedzialności finansowej za przekroczenie norm nałożonych na Zamawiającego były zrozumiałe, to jednak nie prowadziły do ustalenia, że opis przedmiotu zamówienia był niejednoznaczny i nie pozwala ocenić zakresu odpowiedzialności.
Kara umowna stanowi substytut odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność; jest zwolniony od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Wykonawca zatem może nie zostać zobowiązany do zapłaty kary umownej jeśli wykaże, że nie ponosi winy za nieosiągnięcie określonych poziomów recyklingu.
Sposób, w jaki Zamawiający będzie ewentualnie dochodził od wykonawcy kary odpowiadającej wysokości kary nałożonej na Zamawiającego, ewentualnie będzie podlegał ogólnym zasadom odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, w tym możliwości miarkowania kary przez sąd.
Także Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron zwrócił uwagę na okoliczność, że zapłata kary nie jest okolicznością pewną, gdyż obowiązek jej zapłaty podlega ocenie w kontekście prawidłowości i możliwości zrealizowania zadania. Wprowadzona w umowie klauzula dotycząca kary za nieosiągnięcie poziomu recyklingu jest uwarunkowana nałożeniem na Zamawiającego kary, co w dotychczasowej praktyce jeszcze nie miało miejsca, chociaż jak wskazuje przykład Odwołującego za rok 2023 r., kary administracyjne były nakładane na odbiorców odpadów.
Należy także zauważyć, że podstawowym założeniem przy wykonywaniu umowy powinno być jej prawidłowe realizowanie. Wykonawcy realizujący umowę mają możliwość oceny ryzyka związanego z koniecznością zapłaty kary umownej (wynikającego z niemożliwości zrealizowania obowiązków umowy). Sam Odwołujący w treści odwołania wskazał (str. 14, pkt 16 c), że w przypadku utrzymania w SWZ obowiązku zapłaty kary umownej, w cenę oferty zmuszony będzie wliczyć ryzyko związane z wysokim prawdopodobieństwem konieczności zapłaty kary za osiągnięcie

poziomów recyklingu, co znacznie podwyższy koszt realizacji usługi – wyższą cenę oferty dla Zamawiającego. Powyższe oznacza, że sam Odwołujący zauważa, że jest w stanie podołać wymaganiom przedmiotowego postanowienia umownego.
Odwołujący nie wykazał, aby oszacowanie takiego ryzyka było niemożliwe.
Skład orzekający uznał, że system gospodarki odpadami stanowi wypadkową wielu czynników wpływających na osiągnięcie poziomów recyklingu i nie można zwolnić wykonawcy odpowiadającego w przeważającym zakresie (ok. 75% wszystkich odpadów) z odpowiedzialności finansowej za skutki naruszenia obowiązków nałożonych na gminę, a które powierzone zostają wykonawcy w ramach umowy.
Odwołujący nie wykazał, aby system kaucyjny faktycznie mógł istotnie wpłynąć na obniżenie wskaźników odzysku, a faktycznie może przyczynić się do podniesienia tego wskaźnika. System ten stanowi bowiem, niezależnie od umowy realizowanej przez wykonawcę, element gospodarki odpadami, który wlicza się do przedmiotowego wskaźnika odzysku i pozwala odzyskać odpady w zasadzie niezanieczyszczone i wyseparowane, co w przypadku dotychczasowej praktyki mogło istotnie wpływać na osiągane poziomy recyklingu. Ponadto w przypadku tej umowy, nie ma on znaczenia w tym sensie, że na wykonawcę nie został nałożony do osiągnięcia odpowiedni poziom odzysku frakcji odpadów objętych tym systemem.
Z powyższych względów Izba uznała, że ukształtowanie umowy przez Zamawiającego uwzględniające postanowienie § 19 pkt 2 lit. k znajduje uzasadnienie faktyczne i nie stanowi naruszenia przepisów prawa wskazywanych przez Odwołującego. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał niezgodności z przepisami prawa postanowienia umowy sformułowanego w § 19 ust. 2 lit. k wzoru umowy.
Zamawiający wskazał, że zgodnie z tym, na co zwracał uwagę Odwołujący, prowadzi intensywne działania edukacyjne w placówkach edukacyjnych miasta oraz wykazuje bardzo duże zaangażowanie w realizację obowiązków narzuconych przez ustawę, w celu zwiększenia poziomu odbierania odpadów segregowanych.
W odniesieniu do systemu kaucyjnego należy zauważyć, że jak słusznie zauważył Zamawiający, wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia i nie jest wiadomo, czy system ten zostanie wprowadzony z dniem 01 stycznia 2025 roku, z uwagi na opóźniające się prace legislacyjne. Stąd Zamawiający ustalił czas trwania przetargu na minimalny, bezpieczny okres.
Za niezasadny został uznany zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 17 ustawy w związku z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w związku z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny i w związku z art. 353^1 k.c. w związku z art. 387 § 1 k.c. w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ukształtowanie postanowień § 3 ust. 1 lit. g oraz § 19 ust. 2 lit. r wzoru umowy w taki sposób, że Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania kwartalnych zbiorczych zestawień danych o rodzaju i ilości odpadów poddanych procesom recyklingu, a jeśli tego nie uczyni, to Zamawiający ma prawo nałożyć na Wykonawcę karę umowną w wysokości 100 zł za każdy dzień zwłoki, podczas, gdy tak ustanowione warunki zamówienia są nierealne do wykonania.
Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 1 lit. g wzoru umowy oraz § 19 ust. 2 lit. r wzoru umowy, Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia umowne, że Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania kwartalnych zbiorczych zestawień danych o rodzaju i ilości odpadów poddanych procesom recyklingu, a jeśli tego nie uczyni, to Zamawiający ma prawo nałożyć na Wykonawcę kare umowną w wysokości 100 zł za każdy dzień zwłoki.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami prawa, Zamawiający może wymagać rocznych zbiorczych zestawień danych o rodzaju i ilości odpadów poddanych procesom recyklingu, a nie kwartalnych.
Zdaniem Odwołującego, tak ustanowione warunki zamówienia są nierealne do wykonania. Powyższe wynikać ma z faktu, że zgodnie z art. 9n ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, sprawozdanie takie nie ma być składane kwartalnie, tylko rocznie, do dnia 31 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy. Nie ma możliwości, aby podmioty - instalacje, w których odpady poddawane są recyklingowi - były w stanie w ujęciu kwartalnym przygotowywać tego rodzaju sprawozdania. W konsekwencji, w opinii Odwołującego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nadmierny, niemożliwy do zrealizowania.
Zamawiający wyjaśnił, że nie oczekuje od Wykonawcy sprawozdania, o którym mowa w art. 9n ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, składanego do dnia 31 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy, a jedynie zestawienia, tj. informacji, co się dzieje z odebranym odpadem. Zamawiający wyjaśnił także, że takie postanowienie umowne służyć ma Zamawiającemu do bieżącego nadzoru nad przebiegiem realizacji umowy, a także jako informacja potrzebna w zakresie ewentualnych działań własnych w celu realizacji obowiązków prawnych.
W ocenie Izby Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy. Odwołujący nie wykazał, aby takie ukształtowanie postanowień umownych naruszało przepisy prawa.

Odwołujący nie wykazał, aby postanowienia umowne były niemożliwe do zrealizowania. Tym bardziej, że jak wyjaśnił Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron, tego rodzaju postanowienia umowne dotychczas były stosowane. Zamawiający wyjaśnił także, jaki jest cel i czemu miałoby służyć wprowadzone postanowienie umowne. Z powyższych względów Izba oceniła, że przedstawiony zarzut jest bezzasadny.

Za niezasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz art. 5 k.c. poprzez sformułowanie w § 8 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej.

Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

Odwołujący nie wykazał, że waloryzacja nie będzie mogła być faktycznie zastosowana i że wprowadzone postanowienia umowne mają charakter pozorny. Waloryzacja ma służyć zapobieganiu skutkom sytuacji wystąpienia drastycznego wzrostu cen, nie zaś przewidywać automatyczną zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy w każdym przypadku, gdy wystąpi – nawet niewielki – wzrost cen.

Izba podziela stanowisko, że w sytuacji, gdy Wykonawca jest w stanie przewidzieć, o ile wzrośnie przeciętne wynagrodzenie w trakcie realizacji zamówienia, to ma możliwość odpowiednio skalkulować ofertę i założyć właściwy wzrost.

Ponadto z postanowień umowy jednoznacznie wynika, że waloryzacja dotyczyć będzie wynagrodzenia za usługi pozostałe do wykonania po dniu złożenia wniosku o waloryzację (§ 8 ust. 4 lit. c wzoru umowy). Powyższe oznacza, że wskazano, od kiedy ma obowiązywać waloryzacja.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przewiduje zastosowanie waloryzacji, co nie oznacza, że waloryzacja zostanie zastosowana. Także w tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym wbrew temu co twierdzi Wykonawca, z treści umowy wcale nie wynika, że zmiana wynagrodzenia ma charakter fakultatywny. Nic w tym zakresie nie zmienia użycie słowa „przewiduje". Po spełnieniu wymienionych w umowie przesłanek zmiany wynagrodzenia, wynagrodzenie to zostanie zmienione. Słowo przewiduje oznacza zamiar wprowadzenia. Z powyższych względów zarzut został uznany za bezzasadny.

Za niezasadny został uznany zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej - wiedza i doświadczenie - rozdziału V pkt 4) 2. SWZ w sposób nieproporcjonalny i zbyt niski względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób zaniżający minimalne poziomy zdolności wykonawcy względem wielkości przedmiotu zamówienia, tj.: poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, który posiadają doświadczenie na poziomie realizacji usługi dla 25 000 mieszkańców, co jest niewystarczające do zapewnienia rękojmi należytego wykonania usługi w tym postępowaniu.

Zamawiający w rozdziale V pkt 4) 2. SWZ przewidział, że: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące doświadczenia, w następującym zakresie: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przed podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane: jedną usługę obejmującą odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych z terenu jednej gminy zamieszkałej przez minimum 25 000 mieszkańców oraz czasie świadczenia nie krótszym niż 12 kolejnych miesięcy w ramach jednej umowy.

Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez Wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Odwołujący wskazał, że według danych GUS z 31 grudnia 2022 roku, Tarnobrzeg liczył 44 156 mieszkańców, a obecnie liczy prawie 43 939 mieszkańców. Mając na uwadze fakt, że Tarnobrzeg liczy około 44 000 mieszkańców, Odwołujący uznał, że Zamawiający dokonał w rozdziale V pkt 4) 2. SWZ ustalenia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, tj. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu na zbyt niskim, minimalnym poziomie zdolności, w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący dostrzegł rażącą dysproporcję pomiędzy warunkiem 25 000 mieszkańców, a rzeczywistą liczbą mieszkańców, którzy zamieszkują miasto Tarnobrzeg – 44 000. W ocenie Odwołującego, poprzez sformułowanie nadmiernie zaniżonego warunku udziału Zamawiający powoduje, że może otrzymać ofertę od Wykonawcy, który nie będzie w stanie prawidłowo wykonać usługi.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający naruszył przepisy prawa. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym Zamawiający jest uprawniony do kształtowania warunków udziału w postępowaniu w sposób pozwalający na wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom o doświadczeniu, czy potencjale mniejszym niż odpowiadające wielkości przedmiotu zamówienia.
Zamawiający wyjaśnił, że wykonanie zamówienia obejmuje około 34 000 mieszkańców, taka ilość mieszkańców wynika ze złożonych deklaracji mieszkańców Tarnobrzega. Dodatkowo specyfikacja zamówienia obejmuje mniejszy zakres usług niż w latach poprzednich. Odwołujący nie wykazał, aby doświadczenie wykonawcy na poziomie realizacji usługi dla 25 000 mieszkańców, nie zapewniło rękojmi należytego wykonania usługi w tym postępowaniu, a także aby wykonawca nie był w stanie należycie wykonać usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia.
Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, że nieadekwatne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu to warunki nadmiernie wygórowane, bezzasadnie ograniczające dostęp potencjalnie zainteresowanych zamówieniem wykonawców do udziału w postępowaniu.
W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określając wygórowanego warunku, nie ograniczył konkurencji. Nadto wymagania Zamawiającego nie są oderwane od celu prowadzenia postępowania. Nie ma zatem podstaw do uznania, że warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
Za niezasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 17 ustawy w związku z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez takie ukształtowanie postanowień umownych, które są jednostronne i zabezpieczają jedynie interes Zamawiającego w treści § 17 ust. 3 wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, jeżeli wysokość ewentualnej straty z tego tytułu przekroczy wartość należnego zabezpieczenia, ale takiego samego prawa nie daje Wykonawcy, w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami § 17 ust. 3 wzoru umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, jeżeli wysokość ewentualnej straty z tego tytułu przekroczy wartość należnego zabezpieczenia, ale takiego samego prawa Zamawiający nie daje Wykonawcy, w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Takie postanowienia zdaniem Odwołującego są wyrazem pozycji dominującej Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że ukształtowanie warunków umowy, które jest jednostronne, stanowi o wykorzystaniu pozycji dominującej Zamawiającego.
W ocenie Izby nie stanowi naruszenia przepisów prawa wpisanie możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania uzupełniającego, jeżeli wysokość ewentualnej straty przekroczy wartość należnego zabezpieczenia. Jak wyjaśnił Zamawiający: „z reguły to Zamawiający może ponieść istotną szkodę z tytułu nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, a nie na odwrót. Szkoda ta powinna być naprawiona w całości, dlatego też w pełni zasadne jest wpisanie możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego jeżeli wysokość ewentualnej straty przekroczy wartość należnego zabezpieczenia. Z kolei Wykonawca z reguły nie poniesie szkody na skutek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, bowiem po prostu nie zrealizuje dalszej części zamówienia, a więc nie poniesie określonych kosztów. Z tych też przyczyn przyjęta konstrukcja, którą kwestionuje Odwołujący, nie jest wyrazem dominującej pozycji Zamawiającego, a normalnym rozwiązaniem w umowach zawieranych przez Zamawiających Wykonawcami zamówień publicznych". Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, aby postanowienie umowne było wyrazem dominującej pozycji Zamawiającego. Jak wyjaśnił Zamawiający, czemu nie przeczył Odwołujący, przyjęta konstrukcja „jest normalnym rozwiązaniem w umowach zawieranych przez Zamawiających z Wykonawcami zamówień publicznych. Po prostu szkoda po stronie Zamawiającego jest z reguły wyższa niż zabezpieczenie".
Za nieuzasadniony został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 540 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 241 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 17 ustawy w związku z art. 9z ust. 2a pkt 1 i art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia.
Zamawiający określił: Kryterium Środowiskowe 1
Wykazanie się poziomem recyklingu za rok 2023, który będzie wyznaczany dla wszystkich zebranych i odebranych ogółem odpadów z terenów gmin obsługiwanych przez Wykonawcę wpisanego do rejestru działalności regulowanej w tych gminach w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jako współczynnik ilości odpadów komunalnych poddanych recyklingowi do ilości wytworzonych odpadów komunalnych wyliczony zgodnie z wytycznymi zawartymi w Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych - waga 20%

jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał 35% lub więcej - uzyska 20 pkt

jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał od 30 % do poniżej 35% -

uzyska 15 pkt

jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał od 25 do poniżej 30 % - uzyska 10 pkt

jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał od 20% do poniżej 25% - uzyska 5 pkt

-jeśli Wykonawca wykaże, że ze wszystkich odebranych przez firmę ton odpadów uzyskał mniej niż 20% - uzyska 0 pkt.

W opinii Odwołującego ocena oferty przez pryzmat kryterium dotyczącego „Wykazania się poziomem recyklingu za rok 2023, który będzie wyznaczany dla wszystkich zebranych i odebranych ogółem odpadów z terenów gmin obsługiwanych przez Wykonawcę", nie wnosi niczego do oceny jakości oferty, a samo kryterium ma pozorne znaczenie. Dlatego ustanowienie kryterium oceny ofert w postaci „Wykazania się poziomem recyklingu za rok 2023, który będzie wyznaczany dla wszystkich zebranych i odebranych ogółem odpadów z terenów gmin obsługiwanych przez Wykonawcę", nie daje Zamawiającemu żadnego efektu. Zdaniem Odwołującego, kryterium nie wpisuje się w potrzeby Zamawiającego, który zmierza do wyboru wykonawcy, dającego wyższą gwarancję należytej jakości zamówienia. Nie powoduje też wpływu na zwiększenie jakości lub efektywności - zatem jest sprzeczne z art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wyjaśnił, że: „zastosowane kryterium środowiskowego jest mocno związane z prawidłowym zagospodarowaniem odebranych odpadów wymaganym przez szereg przepisów prawnych. Zagospodarowanie to przekazanie odpadów do odpowiednich instytucji, które w prawidłowy sposób poddają je procesom odzysku lub recyklingu. Cały proces gospodarki odpadami jest to zatem wytwarzanie, transportowanie, zbieranie, składowanie oraz przetwarzanie odpadów, a także nadzór nad ilością powstających odpadów oraz ich prawidłowym utylizowaniem. O tym gdzie trafiają odpady i w jaki sposób będą zagospodarowywane decyduje Wykonawca. Zamawiający wybierając Wykonawcę chce mieć pewność iż wybiera Wykonawcę, który stosuje prawidłowe narzędzia i procedury dotyczące gospodarki odpadami ponieważ w znacznym stopniu wpływa to na środowisko naturalne i nasze zdrowie. Dlatego tak bardzo istotna jest procedura postępowania z odpadami oraz przekazywanie ich tylko takim podmiotom, które mają doświadczenie i uprawnienia w zakresie poprawnej utylizacji odpadów. Zamawiający, określając to kryterium miał na celu wybór Wykonawcy który zminimalizuje ryzyko niezrealizowania obowiązków w zakresie uzyskania odpowiednich poziomów recyklingu. Mając świadomość mnogości czynników wpływających na uzyskiwanie przez oferentów poziomów odzysku i recyklingu w poszczególnych gminach, Zamawiający jako kryterium ustanowił poziomy uzyskane przez oferentów w ramach ich całkowitego działania. Zdaniem Zamawiającego jest to obiektywna ocena zaangażowania oferenta w gospodarowanie odpadami.

Zamawiający nie liczy na wybór najtańszego z rozwiązań, zamiast rozwiązań najbardziej efektywnych w dłuższym okresie czasu. Uwzględnianie, poza ceną, również kryterium środowiskowego oferty wynika z faktu, że nie zawsze zakup produktu najtańszego (z najniższą ceną) jest rozwiązaniem najbardziej racjonalnym i ekonomicznie uzasadnionym. Może się bowiem okazać, że taka usługa - będzie znacznie droższa od innych (w przypadku nałożenia na gminę kary). Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, wybrane kryterium ma zagwarantować uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o właśnie aspekt środowiskowy możliwy do uzyskania w tym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. W ocenie Zamawiającego zastosowane kryterium jest oczywiście związane z przedmiotem zamówienia i w pełni uzasadnione. Świadczy o rzetelności Wykonawcy - czy firma dokłada wszelkich starań w zakresie wykonywanej usługi".

W ocenie Izby zastosowanie powyższego kryterium nie stanowi naruszenia przepisów prawa wskazanych przez Odwołującego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że powyższe kryterium jest związane z przedmiotem zamówienia. Co więcej, pozwala Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca jest rzetelny i jak określił to Zamawiający – czy dokłada wszelkich starań w zakresie wykonywanej usługi. Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron nie przedstawiał dodatkowej argumentacji w celu poparcia swojego stanowiska.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1) , zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..

……..

……..