

WYROK

Warszawa, dnia 4 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Żory, Aleja Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c., tj. zarzut I ppkt 3 odwołania oraz zarzutu naruszenia art. 436 pkt 4 ppkt b) 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zarzut I ppkt 4 odwołania.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą**

w Chorzowie, ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **768 zł 20 gr** (słownie: siedemset sześćdziesiąt osiem złotych dwadzieścia groszy) poniesioną przez **Gminę Miejską Żory, Aleja Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory** tytułem dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę,

3.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Techniki Sanitarnej ALBA Sp.**

z o.o. z siedzibą w Chorzowie, ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów na rzecz **Gminy Miejskiej Żory, Aleja Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory** kwotę

768 zł 20 gr (słownie: siedemset sześćdziesiąt osiem złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę,

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:.....

Sygn. akt KIO 4111/24

Uzasadnienie

Politechnika Gdańska, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Żory, w tym: odbiór, przetransportowanie i przekazanie do unieszkodliwienia nieużytecznych środków farmaceutycznych (przeterminowanych lub zbędnych leków, produktów leczniczych, wyrobów medycznych o kodach 200132, 200131*) w placówkach zlokalizowanych na terenie miasta Żory oraz zorganizowanie, utworzenie i prowadzenie PSZOK”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2024 r. pod pozycją 641259-2024.

W dniu 4 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia,

I. zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i § 3 ust. 5 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu

odpadów komunalnych poprzez wprowadzenie do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) (załącznik nr 1 do SWZ) oraz do § 4 ust. 2 pkt 7 Projektu umowy dla części 1 przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) obowiązku osiągnięcia przez Wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych;

- 2)art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i § 3 ust. 5 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych poprzez zastrzeżenie w § 8 ust. 1 pkt 6 Projektu umowy dla części 1 przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) kar umownych za niewywiązanie się z obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości rażąco wygórowanej,

pomimo że to zamawiający jest odpowiedzialny za osiągnięcie tych poziomów, a ponadto działania wykonawcy mają zaledwie marginalny wpływ na osiągnięcie tych poziomów, których osiągnięcie zależne jest przede wszystkim od działań podejmowanych przez zamawiającego oraz mieszkańców gminy, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, przerzuca na wykonawcę cały ciężar obowiązku zamawiającego w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na zakres zamówienia, który nie obejmuje wszystkich odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy Żory, a także nie uwzględnia wpływu zamawiającego na uzyskiwane poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy. Takie działanie zamawiającego narusza równowagę stron umowy oraz zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji, jako że zakłada nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, na osiągnięcie których wykonawca nie ma wyłącznego wpływu, co jednocześnie jest sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego;

- 3)art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. poprzez zaniechanie wprowadzenia do Projektu Umowy postanowień umożliwiających wprowadzenie zmian do umowy lub jej rozwiązanie w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania ofert skutkami wejścia w życie tzw.: systemu kaucyjnego wprowadzanego ustawą z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852) (dalej: Nowelizacja ustawy opakowaniowej) i nieznanymi jeszcze na dzień dzisiejszy aktami normatywnymi implementującymi do polskiego porządku prawnego zmiany wynikające z art. 8 i 8a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy, które wprowadzone zostały na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów, tj. regulacji wprowadzających do polskiego porządku prawnego system rozszerzonej odpowiedzialności producenta.

Zamawiający nie przewidział w Projekcie Umowy klauzul adaptacyjnych, które pozwoliłyby na dostosowanie sposobu realizacji umowy do nowych warunków, w których wykonawca będzie świadczył usługę po wejściu w życie systemu kaucyjnego oraz systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta, a które to warunki nie są znane wykonawcom i których konsekwencji finansowych nie da się oszacować w terminie składania ofert. Wprowadzenie systemu kaucyjnego zgodnie z Nowelizacją ustawy opakowaniowej powinno nastąpić z dniem 1 stycznia 2025 r., przy czym z informacji podawanych przez przedstawicieli Ministerstwa Klimatu i Środowiska wynika, że termin wejścia w życie systemu będzie przesunięty w czasie, a Ministerstwo pracuje nad nowelizacją ustawy z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852). W tej sytuacji nie ma pewności prawa regulującego istotne warunki realizacji zamówienia, a zwłaszcza terminu, w jakim zaczną obowiązywać przepisy wprowadzające system kaucyjny. Ponadto nie są znane konsekwencje wprowadzenia systemu kaucyjnego dla gospodarki odpadami, a w szczególności nie wiadomo jak oraz w jakim okresie system kaucyjny wpłynie na zmianę ilości i jakości strumienia odpadów, zmianę kosztów zagospodarowania odbieranych odpadów, zmianę częstotliwości odbioru odpadów, etc., co może mieć istotny wpływ na istotne warunki determinujące wykonywanie przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę. Brak pewności prawa istnieje również w odniesieniu do kwestii implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów (termin implementacji dyrektywy minął 5 lipca 2020 r.). W konsekwencji brak wprowadzenia przez Zamawiającego do projektu umowy postanowień umożliwiających wprowadzenie zmian dostosowujących warunki wykonywania umowy do systemu kaucyjnego lub jej rozwiązanie, przerzuca na wykonawcę całość ryzyka związanego ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć, a tym samym narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia

ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Podobnie rzecz się ma wobec braku klauzul adaptacyjnych dotyczących wejścia w życie przepisów ustanawiających system rozszerzonej odpowiedzialności producenta, który ma istotny wpływ na gospodarkę odpadami. Tym samym opis przedmiotu zamówienia nastąpił w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, naruszający zasady: efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i przygotowanie ofert umożliwiających ich prawidłową ocenę;

4)art. 436 pkt 4 ppkt b) 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia do Projektu Umowy postanowień określających zasady zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2024 r. poz. 427), jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, co jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego, zaś brak wprowadzenia do Projektu umowy stosownych regulacji – umożliwiających zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia;

5)art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (tj.: Dz. U. z 2024 r. poz. 236) oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że:

a)w §11 ust. 4 Projektu Umowy wskazano, iż Strony umowy będą uprawnione do żądania zmiany wynagrodzenia, o ile poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, przez który rozumie się wzrost lub spadek kwartalnych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zmieni się o co najmniej 5 punktów procentowych w stosunku do wysokości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, opublikowanego za II kwartał 2024 r. i wynoszącego 101,4%. Podczas gdy określony w Projekcie Umowy poziom zmiany wskaźników waloryzacji jest zbyt wysoki, aby waloryzacja wynagrodzenia w rzeczywistości wystąpiła, a zatem by w sposób rzeczywisty i skuteczny wypełniała cele określone art. 439 ustawy Pzp, tj. by chroniła strony przed skutkami zmian kosztów wykonywania zamówienia;

b)w §11 ust. 5 Projektu Umowy wskazano, iż „*Pierwszy pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia (wzrostu lub obniżenia) może złożyć każda ze Stron nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zmiana wynagrodzenia nastąpi o pełną wysokość zmiany wskaźnika, o którym mowa w ust. 4 i obowiązywać będzie od miesiąca następnego po dacie zawarcia aneksu*”, zaś w ust. 6., że „*Każdy kolejny wniosek o waloryzację (wzrost lub obniżenie), może być złożony po upływie 6 miesięcy od poprzedniego wniosku pod warunkiem, że wskaźnik cen towarów i usług wzrośnie lub obniży się o 5% w kwartale poprzedzającym złożenie wniosku o waloryzację w stosunku do wysokości wskaźnika z kwartału ostatniej waloryzacji*”, podczas gdy waloryzacja dla rzeczywistej realizacji jej celu, powinna być dopuszczalna w przypadku zaistnienia warunków jej zastosowania co kwartał, a tym samym postanowienia umowne projektowane przez Zamawiającego pozornie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp i nie zapewniają rzeczywistej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, przerzucając na wykonawcę ryzyka gospodarcze i naruszając zasadę równowagi stron umowy;

c)w §11 ust. 10 Projektu Umowy wskazano, iż „*Zamawiający wskazuje, że maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 2 to 10% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania, o którym mowa w § 10 ust. 2 umowy.*”, podczas gdy z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że znacznie przewyższy zakładany przez zamawiającego próg, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia do poziomu rzeczywistego wzrostu kosztów,

Powyższe uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

II. Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;
3. nakazanie zamawiającemu:
 - 1) jednośnie zarzutów 1 i 2 dokonania zmiany treści SWZ w zakresie części I:
 - a) w załączniku nr 1 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt 20.1 i 20.2 (str. 23) poprzez wykreślenie słów:

„Wykonawca zobowiązany jest do:

20.1. zagospodarowania odpadów z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych w sposób zapewniający osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia dokumentów potwierdzających osiągnięcie ww. poziomów, które będą stanowić potwierdzenie wyliczonych poziomów za rok 2025 i 2026. Dokumenty potwierdzające masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi powinny zawierać m.in. informacje o: kodzie odpadu, masie odpadu na wejściu do procesu recyklingu (z pominięciem wysortowanych zanieczyszczeń), nazwę i adres instalacji, w której odpady zostały poddane procesowi recyklingu oraz określenie procesu recyklingu.

20.2. Brak osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez Wykonawcę stanowić będzie uchybienie, zgodne z § 8 umowy.”

i zastąpienie ich słowami:

„Wykonawca ma obowiązek dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych określonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.”

- b) w § 4 ust. 2 pkt 7) Projektu umowy dla części 1 przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) poprzez wykreślenie słów:

„osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do strumienia odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych,”

i zastąpienie ich słowami:

„dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych określonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”.

- c) w § 8 ust. 1 pkt 6) Projektu umowy dla części 1 przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) poprzez wykreślenie ww. punktu w brzmieniu:

„za nieosiągnięcie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomu składowania, określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i rozporządzeń wykonawczych do ustawy oraz innych poziomów z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi jeśli w trakcie realizacji zamówienia na Zamawiającego nałożony zostanie obowiązek osiągnięcia innych poziomów niż określone powyżej. Poziomy, o których mowa powyżej muszą zostać osiągnięte niezależnie od okresu świadczenia usługi w danym roku kalendarzowym. Kara pieniężna dotycząca poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu zostanie obliczona jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Strony wspólnie ustalają, że Wykonawca zapłaci karę wyłącznie w sytuacji, gdy dojdzie do nieosiągnięcia ww. poziomów w ramach strumienia odpadów odebranych przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz w przypadku, gdy kara zostanie faktycznie zapłacona przez Zamawiającego,”

- 2) jednośnie zarzutu 3 – wprowadzenia do Projektu Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy lub jej rozwiązania w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i

odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852) wprowadzającej system kaucyjny oraz ustawy implementującej do polskiego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów w zakresie systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta, co z pewnością wpłynie na zmianę warunków realizowania zamówienia, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy

ewentualnie

skrócenia terminu wykonania przedmiotu umowy określonego w: rozdziale 4) pkt 4) SWZ, rozdziale II pkt 2.4 SOPZ, § 2 Projektu umowy z 24 miesięcy do 12 miesięcy od dnia jej zawarcia;

3)odnośnie zarzutu 4 – wprowadzenia do Projektu Umowy postanowień w zakresie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia zgodnie z art. 436 pkt 4 ppkt b) ustawy Pzp;

4) odnośnie zarzutu 5 – wprowadzenia w Projekcie Umowy:

a)zmiany § 11 ust. 4 Projektu Umowy poprzez zmianę klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel klauzuli i pozwalał na dostosowanie Umowy do zmieniającej się sytuacji gospodarczej, tj.: obniżenie wysokości wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych z 5 punktów procentowych do 1,5 punktu procentowego,

b)zmiany § 11 ust. 5 i 6 Projektu Umowy poprzez zmianę częstotliwości wnioskowania o zmianę wynagrodzenia umownego w okresach kwartalnych, (w miejsce projektowanego zapisu – co 6 miesięcy), tj. dopuszczenie składania wniosku o zmianę wynagrodzenia nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy, obliczanych od miesiąca, w którym zawarto umowę, lub wprowadzono zmiany w umowie na podstawie poprzednio złożonego wniosku.,

c)zmiany w § 11 ust. 10 poprzez zwiększenie maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 15% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania, o którym mowa w § 10 ust. 2 umowy.

Odwolujący wniósł także o zmianę dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazaną, ale konieczną do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania, tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Nadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in., że:

Odnosnie zarzutu 1 i 2 odwołujący podniósł m.in., że szczegóły opis przedmiotu zamówienia został opisany w załączniku nr 1 do SWZ natomiast projektowane postanowienia umowy w załączniku nr 3 do SWZ. Zarówno w SOPZ (ppkt 20.1 i ppkt 20.2. na str. 23), jak i w projekcie Umowy (§ 4 ust 2 pkt 7) wprowadzony został obowiązek osiągnięcia przez wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, zwanego dalej „poziomem recyklingu”.

Obowiązek ten jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, albowiem zamawiający zmierza do całkowitego obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością za osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, a brak realizacji tego obowiązku sankcjonuje nałożeniem na wykonawcę kary umownej, która zostanie obliczona jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Zgodnie z projektowanym § 8 ust. 1 pkt 6 Umowy wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną w sytuacji, gdy dojdzie do nieosiągnięcia ww. poziomów w ramach strumienia odpadów odebranych przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz w przypadku, gdy kara zostanie faktycznie zapłacona przez zamawiającego.

Oznacza to w istocie przerzucenie na wykonawcę kary należnej Gminie Miejskiej Żory za brak wypełnienia obowiązku w zakresie osiągania poziomów recyklingu. Osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jest szczegółowym obowiązkiem gminy wynikającym z art. 3b ust. 1 u.c.p.g., a zatem to na zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych za dany rok kalendarzowy. W przypadku systemu gminnego ustawodawca jednoznacznie przesądził, że obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, jak też ewentualna kara w przypadku jego nieosiągnięcia, obciąża gminę. Uprawnienie gminy do zapewnienia sobie możliwości oddziaływania na sposób gospodarowania odpadami komunalnymi przez podmiot, któremu udzielono zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, nie powinno być utożsamiane z możliwością przenoszenia całkowitej odpowiedzialności na wykonawcę za realizację obowiązków publicznoprawnych przynależnych

gminie.

Sądy administracyjne stoją na stanowisku, iż w zakresie zadań własnych gmina nie może zaniechać wykonywania swoich obowiązków ani przerzucać ich wykonywania na inne podmioty, gdyż tak czyniąc faktycznie przestaje wykonywać swoje ustawowe obowiązki, co w świetle prawa oznacza, że organy gminy działają niezgodnie z prawem (tak np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lipca 2007 r., sygn. akt II OSK 1048/06; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt I OSK 1372/05; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2016 r., sygn. akt IV SA/Po 888/15). Ponadto w orzecznictwie przyjmuje się, że „umowa cywilnoprawna nie może modyfikować praw i obowiązków publicznoprawnych” (np. wyrok NSA z 16 maja 2012 roku, sygn. akt II FSK 2086/10), co w szczególności obejmuje niedopuszczalność kontraktowej modyfikacji zasad ponoszenia odpowiedzialności publicznoprawnej, np. w postaci kary pieniężnej (np. wyrok WSA w Warszawie z 13 maja 2010 roku, sygn. akt VI SA/Wa 279/10).

Odwolujący podniósł także, że z § 3 ust. 5 rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g u.c.p.g. oraz odpady komunalne zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne. W konsekwencji na poziom recyklingu osiągany przez gminę składa się działanie szeregu podmiotów, w tym podmiotów zbierających odpady, które zbierają w przeważającej mierze odpady nadające się do recyklingu. Działania tych podmiotów powodują, że odpady te „odpływają” ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia i istotnie ograniczają możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu przez wykonawcę.

Jest to okoliczność niezwykle istotna, gdyż wobec wejścia w życie systemu kaucyjnego oraz funkcjonowania punktów skupu surowców wtórnych znaczna część odpadów komunalnych nadających się do recyklingu nie trafi do strumienia odpadów objętego przedmiotem zamówienia, lecz do innych podmiotów zbierających odpady. Stosownie do § 3 ust. 5 pkt 2 ww. rozporządzenia wprowadzenie systemu kaucyjnego w 2025 roku nie powinno wpłynąć na wykonywanie przez Zamawiającego obowiązku przynależnego gminom w art. 3b ust. 1 u.c.p.g., natomiast z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością istotnie ograniczy możliwość osiągnięcia tych poziomów przez wykonawcę.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, pominął szereg okoliczności mających wpływ na osiągnięcie poziomów recyklingu. Zamawiający nie uwzględnił, że działania wykonawcy polegające na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych są tylko jednym z czynników składających się na możliwość uzyskania poziomów recyklingu. Wykonawca nie może przejmować od zamawiającego odpowiedzialności za osiągnięcie poziomów recyklingu, ponieważ ich osiągnięcie zależy od wielu czynników, na których wykonawca nie ma żadnego wpływu. W szczególności wykonawca nie dysponuje instrumentami pozwalającymi na kształtowanie ilości i rodzaju odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie danej gminy, na sposób gospodarowania odpadami komunalnymi nieobjętymi zamówieniem (nieruchomości niezamieszkałe, system kaucyjny, podmioty zbierające odpady, mieszkańcy kompostujący odpady) i na jakość odpadów, które zobligowany jest odebrać i zagospodarować realizując przedmiot zamówienia.

Zamawiający pomija okoliczność, że wiele przedmiotów i substancji, które stają się odpadami komunalnymi, w ogóle nie mogą zostać poddane recyklingowi ze względu na ograniczenia fizyko-chemiczne. Strumień odpadów zbieranych selektywnie nie może w całości zostać poddany recyklingowi, gdyż odpady te zawierają zanieczyszczenia i wtrącenia. Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Oznacza to, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów do recyklingu. W masie tej nie są uwzględniane wszelkie zanieczyszczenia i wtrącenia, które zostaną odrzucone w procesach poprzedzających przekazanie odpadu do recyklingu. Masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejsza się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe i technologiczne stosowane przez recyklerów nie mogą zostać przetworzone. Ponadto w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane.

Zamawiający pomija także, że działania wykonawcy mają marginalny wpływ na osiągnięcie poziomów recyklingu, gdyż wykonawca nie ma wpływu na to, jakiego rodzaju odpady i w jakiej ilości zostaną wytworzone przez mieszkańców gminy miasta Żory ani na to, że mieszkańcy mogą przekazywać odpady nadające się do recyklingu innym podmiotom niż

wykonawca (punkty skupu, zbiórki akcyjne, butelkomaty), co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez wykonawcę, a także pozbawia wykonawcę możliwości oddziaływania, na to czy strumień tych odpadów zostanie przekazany do zagospodarowania w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu. Ponadto podkreślenia wymaga, że mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co również bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez wykonawcę. Wykonawcy pozostają do zagospodarowania odpady gorszej jakości, nienadające się w znacznej mierze do recyklingu.

Odpady komunalne objęte przedmiotem zamówienia stanowią jedynie część odpadów wytwarzanych na terenie Gminy Miejskiej Żory. Poza zamówieniem pozostają odpady komunalne wytwarzane na nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy, których gospodarowanie jest przedmiotem umów zawieranych przez właścicieli takich nieruchomości, jak również odpady komunalne zbierane przez podmioty zbierające odpady na terenie gminy, jak choćby PSZOK, który jest objęty częścią 2 przedmiotowego zamówienia. Skoro więc wykonawca nie jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy, to nie może ponosić odpowiedzialności za osiągnięcie poziomów recyklingu na takich samych zasadach i w takim samym stopniu jak zamawiający, nawet przy przyjęciu, że wykonawca zapłaci karę wyłącznie w sytuacji, gdy dojdzie do nieosiągnięcia ww. poziomów w ramach strumienia odpadów odebranych przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz w przypadku, gdy kara zostanie faktycznie zapłacona przez zamawiającego. Nie można bowiem oczekiwać, że wykonawca osiągnie taki sam poziom recyklingu, jaki ma osiągnąć gmina, jako że kluczowe znaczenia dla możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu ma nie tylko masa, ale także jakość odpadów. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania w toku realizacji przedmiotowej umowy.

To zamawiający jako gmina ma instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów, którymi nie dysponuje wykonawca. Chodzi tu o działania prawotwórcze, stosowanie zachęt ekonomicznych, a także sankcjonowanie nieprawidłowości w realizacji obowiązku selektywnego gromadzenia odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. Co szczególnie istotne, to zamawiający jako gmina tworzy system gospodarki odpadami – zob. art. 6c ust. 1 u.c.p.g., uchwalając szereg aktów normatywnych w tym zakresie z regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminie na czele, a następnie egzekwuje stosowanie przepisów w praktyce, w tym prowadzi działalność kontrolną zarówno w stosunku do mieszkańców, jak i właścicieli nieruchomości niezamieszkałych. Pewnym paradoksem jest, że obowiązki nałożone na wykonawcę na podstawie przepisów u.c.p.g. ograniczają możliwość osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu. Zgodnie z art. 6ka ust. 1 u.c.p.g. w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości. Obowiązek ten powielono w pkt 4.5 SOPZ. Wprowadzie zamawiający w pkt 6 SOPZ przewiduje procedurę na wypadek niedopełnienia obowiązku selektywnego zbierania odpadów przez właścicieli nieruchomości, ale brak mechanizmu odwrotnego, który nakładałby obowiązek należytego posegregowania odpadów zmieszanych przez właściciela nieruchomości, co pozwoliłoby zwiększyć szanse na uzyskanie wymaganych poziomów. Problem z niewłaściwą realizacją obowiązku selektywnej zbiórki polega przede wszystkim na tym, że odpady surowcowe trafiają do pojemników na odpady zmieszane, podczas gdy powinny trafiać do pojemników na frakcje selektywnie gromadzone.

Wpływ na możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu ma jakość selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, w szczególności przewaga odpadów selektywnie gromadzonych nad niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi. Zgodnie z SOPZ prognozowana ilość odpadów zmieszanych obejmuje ponad 60% wszystkich odpadów przewidzianych do odebrania w okresie realizacji zamówienia. Tymczasem wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania ani na rzetelność segregacji odpadów przez mieszkańców (z zastrzeżeniem procedur opisanych w pkt 6 SOPZ). Nawet następcze wysortowanie w instalacji odpadów surowcowych ze strumienia odpadów zmieszanych nie oznacza możliwości poddania ich recyklingowi, jest to możliwe w odniesieniu do zaledwie marginalnej ilości odpadów, które nie uległy zanieczyszczeniom. Odebranie papieru czy tworzyw sztucznych razem z odpadami zmieszanymi uniemożliwia poddanie ich recyklingowi z uwagi na zanieczyszczenia znajdujące się w odpadach zmieszanych takie jak materia organiczna, tłuszcze, inne zabrudzenia. Co więcej, przepisy nie dopuszczają uznania za poddane recyklingowi bioodpadów pochodzących ze strumienia odpadów zmieszanych. Bioodpady stanowiące odpady komunalne poddane obróbce tlenowej lub beztlenowej zalicza się do odpadów poddanych recyklingowi, jeżeli zostały zebrane w sposób selektywny (§ 6 ust. 4 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z 3.08.2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych).

Nie obserwuje się zmian krajowego prawa w zakresie wdrożenia rozszerzonej odpowiedzialności producenta,

wymagań dotyczących ekoprojektowania, wspierania inwestycji w zakresie recyklingu. Działalność w zakresie recyklingu staje się ekonomicznie nieopłacalna. Około 30% przedsiębiorców zajmujących się recyklingiem zakończyła swoją działalność w ostatnich latach z uwagi na brak rentowności. Jest to trend obecny nie tylko na rynku polskim, ale także na innych rynkach europejskich. Ponadto rośnie luka inwestycyjna w zakresie instalacji zajmujących się przetwarzaniem, recyklingiem i odzyskiem odpadów. Budowa instalacji wymaga jednak znaczących nakładów finansowych i jest niezwykle czasochłonna z uwagi na niezwykle czasochłonne procesy uzyskiwania zgód i pozwoleń środowiskowych na inwestycje. Polski rząd, pomimo apelów i próśb firm z różnych sektorów gospodarki, nie wspiera przedsiębiorców zajmujących się recyklingiem. Nie podejmuje też wystarczających działań w celu dostosowania polskiego prawa do standardów unijnych. Z uwagi na ograniczoną liczbę instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów w Polsce i dużą dostępność surowców na rynku, to recyklerzy określają warunki przyjęcia odpadów do recyklingu, narzucając wysokie standardy jakościowe, jakim muszą odpowiadać odpady. Wielu z nich w ogóle odmawia przyjęcia odpadów surowcowych wysortowanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych do przetworzenia.

Zamawiający całkowicie pominął okoliczność, że w świetle nadal obowiązujących przepisów, od 1 stycznia 2025 r. funkcjonować będzie system kaucyjny, co spowoduje odpływ odpadów, które nadają się do recyklingu, ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Tym samym udział odpadów zmieszanych w strumieniu objętym przedmiotem zamówienia wzrośnie. Na mocy ustawy z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852) ustawodawca wprowadził tzw. „system kaucyjny”. System ten obejmuje 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. Idea systemu polega na nałożeniu dodatkowych opłat na towary objęte systemem tzw. „kaucji”, którą będzie można odzyskać, zwracając pustą butelkę czy puszkę. Opakowania będą zbierane przez jednostki handlowe i nie będą „wyrzucane” do pojemników na odpady selektywnie gromadzone. Butelki i puszki objęte systemem kaucyjnym to odpady nadające się do ponownego wykorzystania lub recyklingu, które od 1 stycznia 2025 r. nie będą zbierane przez Wykonawcę. W 2025 r. i kolejnych latach szanse Wykonawcy na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu zostaną istotnie zmniejszone. Wskazać przy tym należy, że doniesienia mediów oraz deklaracje przedstawicieli Ministerstwa Środowiska w zakresie przesunięcia wejścia w życie systemu kaucyjnego wprowadzają niepewność prawa – nie wiadomo bowiem kiedy ostatecznie przepisy wejdą w życie. Podkreślić należy, że jak dotąd przepisy nie zostały znowelizowane, a zatem z dużym prawdopodobieństwem zaczną obowiązywać z dniem 01.01.2025 r. Objęcie kaucją pewnych kategorii opakowań zmobilizuje społeczeństwo do zwracania tych opakowań w wyznaczonych miejscach. W krajach, w których wprowadzono już podobne systemy odnotowano duży wzrost selektywnego zbierania odpadów. Ustawodawca krajowy również jest przekonany, że system ten spowoduje wiele pozytywnych zmian.

Na tę chwilę nie są określone metody weryfikacji ani kontroli prawidłowości zagospodarowania odpadów odebranych w ramach systemu kaucyjnego. Wykonawca nie posiada żadnych narzędzi oddziaływania na podmioty odpowiedzialne za gospodarowanie odpadami w ramach systemu kaucyjnego. Istnieje również duże prawdopodobieństwo, że część odpadów odpłynie do gmin ościennych, w których mieszkańcy pracują czy robią zakupy, by tam przekazać je za kaucją uprawnionym podmiotom. Na chwilę obecną brak jest regulacji normatywnej, która określałaby, na jakich zasadach ustalane będzie pochodzenie z terenu danej gminy odpadów przekazywanych do systemu kaucyjnego.

Wykonawca nie może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, a wszystkie instrumenty i kompetencje – takie jak działania prawodawcze, nakładanie sankcji za nieprawidłowości w zakresie postępowania z odpadami przez mieszkańców, zachęty ekonomiczne – pozostają w gestii zamawiającego. Określenie spoczywającego na wykonawcy obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i związanej z jego nieosiągnięciem kary umownej nastąpiło w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający szeregu okoliczności związanych z systemem gospodarki odpadami w gminie i realiami wykonywania umowy o zamówienie publiczne. W szczególności pominięto, że ze strumienia odpadów, który przekazany zostanie wykonawcy do odbioru i zagospodarowania wykonawcy w toku realizacji przedmiotu zamówienia z uwagi na znaczący udział odpadów zmieszanych nie jest możliwe osiągnięcie poziomów recyklingu w wysokości 55% i 56%.

Postanowienia umowne wskazane w § 8 ust. 1 pkt 6, przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność kontraktową za nie jego czyny, stanowią zatem klauzule abuzywne. Stosownie do art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonanie świadczenia umownego było możliwe, a skutki jego niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji dominującej i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku

zobowiązaniowego, jak i zasadom współzycia społecznego, w tym zasadom uczciwości obrotu oraz lojalności i zaufania względem kontrahenta.

Obciążenie jednej strony umowy obowiązkiem i karą umowną za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych stanowi naruszenie przepisów ustawy. Kara umowna z § 8 ust. 1 pkt 6 Projektu Umowy stanowi powielenie kary pieniężnej, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z u.c.p.g. Tymczasem zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy p.z.p. Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

Zamawiający przerzucił na wykonawcę ryzyko wystąpienia jakichkolwiek okoliczności, które mogą wpłynąć na nieosiągnięcie wskazanych poziomów. Takie działanie zamawiającego jest niezgodne z art. 433 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy Umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Działania zamawiającego są sprzeczne nie tylko ze wskazanymi powyżej przepisami ustawy Pzp oraz u.c.p.g., ale także z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, przez to wykraczają poza zasadę swobody umów określoną w Kodeksie cywilnym. Podkreślenia wymaga, że umowa o świadczenie usług jest umową starannego działania a nie umową rezultatu. Jeżeli jednak przyjąć, że po stronie wykonawcy istnieje obowiązek osiągnięcia określonego rezultatu, to wówczas należałoby dokonać analogii do umowy o dzieło i przyjąć, że to zamawiający dostarcza materiał do wykonania dzieła. Oznaczałoby to, że zamawiający jest odpowiedzialny za odpady przekazywane wykonawcy do obrotu i zagospodarowania, jak i za to, by materiał ten nadawał się do wykonania dzieła w sposób oczekiwany, czyli by były to odpady zapewniające możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu.

Opisana rola gminy w systemie gospodarki odpadami i jej kompetencje określone w ustawach jednoznacznie potwierdzają, że kara umowna określona w § 8 ust. 1 pkt 6 projektu umowy określona została w wysokości rażąco wygórowanej, zaś nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomu recyklingu jest nieproporcjonalne, gdyż nie uwzględnia faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ przede wszystkim działania zamawiającego, mieszkańców oraz uwarunkowania rynkowe, w szczególności dostępność instalacji zajmujących się recyklingiem (moce przerobowe) i opłacalność takiej działalności przekładająca się wprost na możliwość przekazania przez wykonawcę odebranych z terenu gminy odpadów do recyklingu. W niniejszym postępowaniu doszło do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia dokonany został w sposób naruszający przepisy art. 99 i art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Obowiązek spoczywający na wykonawcy w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu powinien zostać zastąpiony obowiązkiem dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. W tym celu należy całkowicie wykreślić karę umowną, o której mowa w § 8 ust. 1 pkt 6 projektu umowy. Wykonawca nie może być karany za brak osiągnięcia poziomów recyklingu. Wina jest obligatoryjną przesłanką naliczenia kary umownej. Jeżeli wykonawca nie ponosi winy, to nie może być mowy o karze umownej. Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt KIO 909/13; z dnia 29 października 2024 r., sygn. akt KIO 3638/24; z dnia 31 października 2024 r., sygn. akt KIO 3691/24; z dnia 31 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 102/24; z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3176/23.

Odnosnie zarzutu 3 odwołujący podniósł m.in., że zamawiający nie przewidział w Projekcie Umowy klauzul adaptacyjnych pozwalających na wprowadzenie do umowy niezbędnych zmian wynikających z wejścia w życie ustawy z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852), która wprowadza tzw. system kaucyjny. Zamawiający nie przewidział także w Projekcie Umowy klauzul adaptacyjnych pozwalających na wprowadzenie do umowy niezbędnych zmian wynikających przyjęcia aktów normatywnych implementujących do polskiego porządku prawnego zmiany wynikające z art. 8 i 8a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy, które wprowadzone zostały na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów, tj. regulacji wprowadzających do polskiego porządku prawnego system rozszerzonej odpowiedzialności producenta. Termin implementacji dyrektywy upłynął w dniu

5 lipca 2020 r. Zgodnie z ustawą z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw w jej aktualnym brzmieniu, w dniu 1 stycznia 2025 r. ma wejść w życie tzw. system kaucyjny, który ma donieść znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. Argumentacja przytoczona w uzasadnieniu zarzutów nr 1 i 2 w zakresie dotyczącym systemu kaucyjnego pozostaje adekwatna również do uzasadnienia zarzutu nr 3. Na obecnym etapie trudno jest bowiem oszacować skutki, jakie system kaucyjny wywrze na cały system gospodarowania odpadami, w tym przede wszystkim na ceny zagospodarowania odpadów, jak również na realną możliwość ich zagospodarowania. Wpływ systemu kaucyjnego na zmianę warunków realizacji zamówienia jest oczywisty, tym niemniej brak jest możliwości racjonalnego skalkulowania ryzyk gospodarczych związanych z tym systemem, zwłaszcza w kontekście ustalania jakości i ilości odbieranych odpadów, kosztów ich transportu i zagospodarowania. Wobec powyższego odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do wprowadzenia do Projektu Umowy postanowień, które pozwoliłyby na dostosowanie warunków jej realizacji do niemożliwych do przewidzenia w momencie składania oferty skutków wejścia w życie nowelizacji ustawy opakowaniowej lub nawet rozwiązania umowy, w przypadku, gdy system kaucyjny w radykalny sposób wpłynie na możliwość realizacji zamówienia i osiągania przez wykonawcę godziwego zysku. Wobec doniesień medialnych oraz informacji z Ministerstwa Klimatu i Środowiska o projektowanych zmianach nowelizacji ustawy, istnieje duża niepewność w zakresie tego, kiedy rzeczywiście system kaucyjny wejdzie w życie. Od kilku tygodni pojawiają się informacje o planowanym przesunięciu terminu wejścia w życie ustawy, przy czym nie ma jednoznacznych deklaracji o ile miesięcy zostanie on przesunięty ani czy na pewno to nastąpi. Na dzień dzisiejszy nie został złożony w Sejmie żaden projekt ustawy w tym zakresie.

Aktualnie zatem znana jest jedynie treść nowelizacji ustawy i wskazany w niej termin wejścia w życie. Nie są natomiast znane ani możliwe do przewidzenia konsekwencje jakie ona przyniesie dla systemu gospodarki odpadami. Z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że system kaucyjny spowoduje zmiany w zakresie ilości odbieranych odpadów i ich jakości. Może to pociągać za sobą konsekwencje w zakresie częstotliwości odbioru odpadów, a zatem i liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia.

Dotąd wykonawcy „obniżyli” swoje koszty zagospodarowania odpadów poprzez sprzedaż surowców, tj. głównie odpadów objętych systemem kaucyjnym - butelek PET, butelek szklanych oraz puszek, które zostaną „wyjęte” ze strumienia odpadów objętego przedmiotem zamówienia przez system kaucyjny. Dodatkowo, ze względu na wysoką jakość tych odpadów były one przeznaczane do recyklingu, co pozwalało wykonawcom na osiąganie dochodów ze sprzedaży tzw. DPR, czyli dokumentów potwierdzających recykling. Przy kalkulowaniu cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów wykonawcy uwzględniali powyższe czynniki obniżające im koszty realizacji usług. Wejście systemu kaucyjnego w znaczący sposób zmniejszy możliwości wykonawców w tym zakresie, albowiem zmniejszy się ilość odpadów, które będzie można poddać recyklingowi. Przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 102/24.

Nadto system kaucyjny może również spowodować wzrost cen oferowanych przez recyklerów za zagospodarowanie odpadów z uwagi na konieczność wprowadzenia modernizacji instalacji do przetwarzania odpadów i dostosowania ich do systemu kaucyjnego, a także ze względu na konieczność „odrobienia strat” spowodowanych utratą cennego surowca jakim są odpady objęte systemem kaucyjnym. Nowe rozwiązania mogą zatem znacząco wpłynąć na cały rynek gospodarki odpadami, w tym przede wszystkim na koszty realizacji zamówienia. Nie można również przewidzieć w jakiej perspektywie czasowej nastąpią ww. zmiany. Niezależnie od planowanego opóźnienia wejścia w życie nowelizacji ustawy opakowaniowej, należy mieć na uwadze, że pełne wdrożenie i działanie systemu kaucyjnego będzie następowało stopniowo i będzie wymagało z jednej strony „zejścia z rynku starego towaru”, jak i ukształtowania nowych nawyków u wytwórców odpadów, w związku z czym ciężko przewidzieć jakie przełożenie na tzw. „żółty worek” nastąpi w początkowej fazie obowiązywania systemu kaucyjnego. Zgodnie z raportem „System kaucyjny w Polsce – koszty, perspektywy, szanse” system kaucyjny (funkcjonujący w pełnym zakresie, a nie w fazie początkowej czy przejściowej) winien zmniejszyć wolumen odpadów objętych systemem kaucyjnym (a więc nie wszystkich odpadów selektywnych) o ok 18% - 20%.

W chwili obecnej nie jest jednak możliwe wykazanie lub uprawdopodobnienie skutków finansowych tego systemu dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Wykonawcy w aktualnej sytuacji prawnej – ze względu na dużą niepewność zarówno co do prawa, jaki i konsekwencji jego wprowadzenia, nie mogą należycie i jednoznacznie oszacować ryzyk związanych z wykonywaniem usług objętych zamówieniem, jak również w należyty i transparentny sposób wycenić usług objętych zamówieniem.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział możliwości dostosowania postanowień umowy do skutków, jakie przyniosą przepisy dotyczące systemu kaucyjnego. Biorąc pod uwagę aktualnie obowiązujący stan prawny, wykonawcy przy sporządzaniu ofert muszą uwzględniać system kaucyjny i kalkulować bliżej nieokreślone ryzyka gospodarcze, co wpłynie na wysokość cen określonych tych kalkulacjach. Tymczasem, z uwagi na to, że wysoce prawdopodobne jest przesunięcie wejścia w życie nowelizacji ustawy, dopiero na etapie realizacji zamówienia konieczne

będzie „zastosowanie” nowych regulacji prawnych uwzględniających skutki systemu kaucyjnego. Zasadne jest zatem wprowadzenie do umowy mechanizmów jej zmiany i dostosowania do nowych warunków realizacji zamówienia. Właśnie we takim celu ustawodawca przewidział regulację, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W tym celu konieczne jest sformułowanie i przedstawienie zainteresowanym wykonawcom na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Obowiązek przewidzenia zmian umowy w dokumentach zamówienia stanowi urzeczywistnienie zasady przejrzystości postępowania, gwarantującej równe traktowanie wszystkich wykonawców. Co więcej dopiero kiedy system kaucyjny zacznie obowiązywać, możliwe będzie ustalenie jego wpływu na zakres zamówienia i sposób jego wykonywania zarówno co do ilości odpadów, harmonogramu ich odbioru, ilości wykorzystywanych pojazdów oraz możliwości i kosztów ich odbioru i zagospodarowania.

Zapewnienie w umowie możliwości zmiany jej warunków jest zatem niezwykle istotne ze względu na zasady racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi oraz przejrzystości postępowania. Zasady te wymagają, aby wydając środki publiczne, Zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Zasadom tym przeczy sytuacja, w której wykonawcy muszą wycenić w ofercie niedające się określić ani wycenić ryzyka multiplikowane bezzasadnie przez Zamawiającego. Podobnie nieznane są jeszcze skutki przyjęcia regulacji dotyczących systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta (systemu ROP). Jest to strategia ochrony środowiska, która nakłada na producentów odpowiedzialność za cały cykl życia produktów, w tym za ich utylizację i recykling. Oznacza to, że producenci są zobowiązani do zarządzania produktami, które wprowadzają na rynek, od momentu ich powstania aż do końca ich życia. Koszty, które ponosi podmiot generujący odpady, mają służyć opłaceniu zbierania oraz segregowania powstałych odpadów, ich transportu oraz przetwarzania. Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie systemu Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta zrewolucjonizuje polski system gospodarki odpadami. Prawdopodobnie przesunięcie terminu wejścia w życie przepisów o systemie kaucyjnym ściśle związane jest z postulatami samorządów oraz branży odpadowej o konieczności wdrożenia w pierwszej kolejności przepisów o ROP, a dopiero w dalszej kolejności wprowadzenia systemu kaucyjnego. System prawny powinien gwarantować stabilność legislacji i idącą za tym przewidywalność, która jest kluczowa dla rozwoju usług związanych z zagospodarowaniem odpadów, choćby z punktu widzenia długofalowego planowania działań inwestycyjnych i modernizacyjnych. Tymczasem z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Ustawodawca pozostaje nieprzewidywalny, a to nakłada na profesjonalnego wykonawcę, działającego z należytą starannością, obowiązek kalkulacji szeregu ryzyk kontraktowych, zwłaszcza w przypadku zamówień, których termin realizacji jest dłuższy niż 12 miesięcy. W tych warunkach konieczne jest więc przewidzenie klauzul adaptacyjnych, co zapewni możliwość elastycznego dopasowania do aktualnego stanu faktycznego i prawnego, co pozostanie z korzyścią dla obu Stron umowy. Zamawiający i Wykonawca są wszakże obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia. Ciągłe zmiany przepisów przekładają się na wzrost kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów. To właśnie gminy, a za nimi mieszkańcy, płacą za brak skutecznej i przemyślanej polityki państwa w zakresie gospodarki odpadami.

Brak możliwości zmiany umowy powoduje, iż całe ryzyko związane z realizacją umowy spoczywa na wykonawcy, co jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego. Zamawiający powinien wprowadzić do Projektu umowy mechanizmy, które będą umożliwiały dostosowanie treści zawartej umowy do prawnych i gospodarczych realiów jej wykonywania, które zaistnieją w okresie realizacji zamówienia, zwłaszcza, że w SWZ na stronie 3 Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek przestrzegania „(...) Innym przepisów powszechnie obowiązującego prawa mających wpływ na wykonywanie przedmiotu umowy. W przypadku utraty mocy lub zmiany ww. aktów prawnych (przepisów) Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ma obowiązek stosowania się do obowiązujących w danym czasie aktów prawnych, co oznacza, że Wykonawca zobowiązany jest stosować ww. przepisy z uwzględnieniem ewentualnych zmian stanu prawnego w tym zakresie.”. Zamawiający powinien więc stosować się do zmienionych regulacji prawnych oraz zapewnić możliwość dostosowania do nich warunków umowy. Zamawiający ma bowiem obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Oferty składane przy Wzorze Umowy o aktualnej treści będą nieporównywalne, ponieważ każdy wykonawca inaczej wyceni ryzyko wynikające z wejścia w życie systemu kaucyjnego. Dodatkowo, art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia przesłanek do zmiany umowy, które są precyzyjne, jednoznaczne, określają rodzaj i zakres zmian oraz warunki wprowadzenia zmian, czego Zamawiający zaniechał.

Odnosnie zarzutu 4 odwołujący podniósł m.in., że zamawiający w SWZ wskazał, iż umowa zostaje zawarta na

czas oznaczony i wchodzi w życie z dniem jej podpisania z tym, że dzień rozpoczęcia świadczenia usługi nastąpi nie wcześniej niż 02.01.2025 r. i będzie trwała do dnia 31.12.2026 r. lub do wyczerpania środków finansowych przewidzianych na realizację zadania (tj. osiągnięcia maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z zawartych umów). Umowa o wykonanie przedmiotowego zamówienia z pewnością zostanie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a zatem zgodnie z art. 436 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp do jej obligatoryjnych postanowień należą zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w enumeratywnie wymienionych w tym przepisie sytuacjach. Zamawiający zaniechał wprowadzenia do Projektu Umowy klauzul dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2024 r. poz. 427). W świetle ustawowego obowiązku uregulowania powyższych kwestii zamawiający powinien uzupełnić projekt umowy, tak aby odpowiadał on przepisom prawa.

Odnosnie zarzutu 5 odwołujący podniósł m.in., że sposób waloryzacji wynagrodzenia określony w § 11 Projektu Umowy ust. 4-6 oraz w ust. 10 stanowią jedynie pozorne spełnienie przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 439 ustawy Pzp i nie zapewnia realnej możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy i jako taki nie odpowiada wymaganiom ustawy.

Wątpliwości budzi narzucony przez zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera możliwość ubiegania się o dokonanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy. W wyżej przytoczonych zapisach jest to poziom wynoszący 5 punktów procentowych w stosunku do wysokości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, opublikowanego za II kwartał 2024r. i wynoszącego 101,4% dla pierwszej waloryzacji, oraz 5 punktów procentowych dla każdej kolejnej waloryzacji, przy czym wzrost będzie liczony w stosunku do wysokości wskaźnika z kwartału ostatniej waloryzacji. Podkreślenia wymaga, że takiej wartości kwartalne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych nie osiągnęły nawet w okresie pandemii. Oznacza to, że waloryzacja ma charakter iluzoryczny. W nieproporcjonalny sposób określony został współczynnik rozkładu ryzyka – każdorazowo kiedy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych jest wyższa od 5% ryzyko rozkładane jest równomiernie, ale w sytuacji gdy suma tych wskaźników będzie niższa od 5% – całość ryzyka spoczywa na wykonawcy. Założenia zamawiającego zawarte w Projekcie Umowy nie przystają do rzeczywistości gospodarczej. Zgodnie z informacjami publikowanymi przez GUS Ceny towarów i usług konsumpcyjnych według szybkiego szacunku we wrześniu 2024 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku wzrosły o 4,9% (wskaźnik cen 104,9), a w stosunku do poprzedniego miesiąca wzrosły o 0,1% (wskaźnik cen 100,1). Zmianę cen towarów i usług konsumpcyjnych w okresie 2023-2024 dokumentuje wykres publikowany na stronie internetowej <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/szybki-szacunek-wskaznika-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-we-wrzesniu-2024-roku,21,25.html>

Inflacja na poziomie nawet 4,9% w skali roku, to nadal bardzo wysoki poziom wzrostu cen, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę czas trwania przedmiotowego zamówienia – z założenia opiewający na 24 miesiące świadczenia usługi. Dokonując waloryzacji co 6 miesięcy, wykonawca nie będzie miał szans zwiększenia wynagrodzenia umownego, kiedy zamawiający ograniczył globalną wartość zmiany ceny do 10% wartości nominalnej wynagrodzenia. Na niespójność samego zamawiającego, który z jednej strony warunkuje możliwość ubiegania się o waloryzację od zaistnienia sytuacji, w której nastąpiło już 5% wzrostu wskaźnika waloryzacji, a z drugiej strony ogranicza maksymalny (w skali co dwuletniego kontraktu) poziom waloryzacji do zaledwie 10% wynagrodzenia w ujęciu całkowitym. Zakładając więc, że w każdym półroczu ceny wzrastałyby np. o 5%, to w drugim roku świadczenia usług wykonawca nie miałby już możliwości w pełnym zakresie dostosować

Zamawiający powinien konsekwentnie przewidywać odpowiednio zwiększone maksymalne poziomy waloryzacji, tj. na poziomie ok. 15%. Klauzula waloryzacyjna ma charakter wręcz pozorny. Z jednej strony wskaźnik inflacji umożliwiający zmianę wynagrodzenia ustalony jest na wysokim poziomie, a z drugiej strony mamy zbyt niskie limity maksymalnej waloryzacji, czyli jeżeli ceny wzrastałyby jednak znacząco, to wykonawca, w szczególności z obecną częstotliwością (co 6 miesięcy) uprawnienia do żądania zmiany wynagrodzenia i tak nie miałby możliwości uzyskania pełnej rekompensaty związanej z wzrostem kosztów realizacji kontraktu. Wykonawca nie wie i obiektywnie nie ma możliwości pozyskania wiedzy co do tego, w jaki sposób, przez cały okres realizacji zamówienia, kształtować się będzie poziom cen, zwłaszcza wobec niepewnej sytuacji geopolitycznej, więc wszelkie rozważania co do sytuacji gospodarczej w kraju w najbliższych latach są mocno niepewne. Mając na uwadze dynamicznie zmieniającą się sytuację gospodarczą i polityczną na świecie, ale też okres realizacji zamówienia.

Zamawiający powinien być wziąć pod uwagę powyższe okoliczności i stworzyć Wzór Umowy w taki sposób, aby

umowa mogła zostać elastycznie dostosowana do aktualnej rzeczywistości gospodarczej. Reakcja ta powinna być „naturalna”, tj. odpowiadająca faktycznym wahaniom cen, a nie sztucznie uzależniona od przekroczenia procentowego progu zmiany ceny i w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawcy limitowana (stąd postulat podniesienia limitu maksymalnej waloryzacji do poziomu 15%).

Zasadnym jest także obniżenie wysokości wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych uprawniającego do ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia z 5 punktów procentowych do 1,5 punktu procentowego. W skali kwartału taka stawka odpowiada prognozom NBP oraz innych instytucji zajmujących się prognozowaniem poziomu inflacji i wzrostu cen. Odpowiada to inflacji na poziomie 6% w skali roku – i tak jest to wartość przekraczająca prognozy NBP (zob. <https://nbp.pl/projekcja-inflacji-i-pkb-lipiec-2024/>).

Odwolujący ma świadomość, że zamawiający musi wskazać we Wzorze Umowy zasady uprawniające strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz maksymalny poziom waloryzacji, ale poziom ten muszą być adekwatne do sytuacji rynkowej, a nie sztucznie ukształtowane, po to, aby uniemożliwić właściwą waloryzację, czyli zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na realny wzrost cen towarów i usług. Narzucony przez zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera stronom możliwość ubiegania się o dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy na poziomie co najmniej 5% w skali kwartału nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i w nieproporcjonalny sposób przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Tylko klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Waloryzacja wynagrodzenia ma na celu uelastycznienie umowy o zamówienie publiczne i dostosowywanie jej do zmieniających się warunków realizacji zamówienia po to, żeby wykonawcy nie musieli (w momencie składania ofert) szacować ryzyka inflacji i zawyżać cen jednostkowych na wypadek większych wzrostów cen, mając świadomość tego, że zmiana tej ceny w trakcie realizacji umowy będzie bardzo trudna. Intencją klauzul waloryzacyjnych, o których mowa w przepisie art. 439 ustawy Pzp było to, żeby jej zapisy ułatwiały, a nie utrudniały dostosowanie umów do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Stąd, minimalny poziom cen wzrostu cen powinien być realny, umożliwiający złożenie wniosku o waloryzację, gdy wzrost cen towarów i usług ma wpływ na koszty realizacji zamówienia, a maksymalne poziomy waloryzacji muszą być na tyle wysokie, żeby wykonawca miał gwarancję, że nawet jeżeli w trakcie realizacji kontraktu ceny wzrosną znacząco (np. w przypadku wyjątkowo pesymistycznego scenariusza wzrostu cen np.: na poziomie powyżej 10% rocznie), to strony dostosują umowę do aktualnej sytuacji gospodarczej. Klauzule waloryzacyjne w umowach o zamówienie publiczne zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, mają na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji.

Przepis art. 439 ustawy Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. (zob. red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, Wydanie II). Prawidłowo sformułowane klauzule waloryzacyjne pozwalają więc na dostosowanie umowy do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Nie służą one jakimkolwiek uprzywilejowaniu jednej ze stron umowy (zwłaszcza, że działają symetrycznie), a ich celem jest wyłącznie przywrócenie stosunku zobowiązaniowego do stanu pierwotnie uzgodnionego przez strony i zapobieżenie sytuacjom, gdzie wykonawcy zmuszeni są wręcz do zawyżania cen ofertowych (poprzez wkalkulowanie zbyt ryzyka wzrostu cen na zbyt dużym poziomie), co jest zjawiskiem niepożądanym z punktu widzenia finansów publicznych. Klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp ma kluczowe znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia, zatem jej postanowienia powinny być nie tylko precyzyjne, ale też adekwatne do celu, jakemu klauzula ma służyć. W tym kontekście aktualne brzmienie klauzuli waloryzacyjnej celowi takiemu nie służy i świadczy wręcz o zachwianiu równowagi stron. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3600/2.

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

W związku z tym, że projektowana przez zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie jest dostosowana do realiów kontraktu i zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, w ocenie Odwołującego nie odpowiada ona tym samym wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie, a co najmniej stanowi o pozornym ich wypełnianiu. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje także zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów innych przedsiębiorców i stanowi naruszenie przepisu art. 3531 k.c. i 5 k.c. oraz art. 9 ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (tj.: Dz. U. z 2024 r. poz. 236).

Poszanowanie ustawowo ustanowionej zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych, które już dziś pozwalają na przyjęcie za pewne, że inflacja w kolejnych miesiącach jest niemożliwa do przewidzenia. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1283/20.

Zamawiający w dniu 6 listopada 2024r. przekazał wykonawcom kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez platformę zakupową logintrade.net.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca

Zamawiający w dniu 26 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, tj. następujących zarzutów oznaczonych zgodnie z numeracją użytą w odwołaniu:
 - zarzut punkt I ppkt 1,
 - zarzut punkt I ppkt 2,
 - zarzut punkt I ppkt 5,
2. umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów uwzględnionych w całości przez zamawiającego, tj. następujących zarzutów oznaczonych zgodnie z numeracją użytą w odwołaniu:
 - zarzut I ppkt 3,
 - zarzut I ppkt 4,
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i załączony do odwołania dowód, tj.: Kwartalne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1995 roku.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie miasta Żory za 2023 rok.
2. Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie miasta Żory za 2022 rok.
3. Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie miasta Żory za 2021 rok.
4. Protokoły z wykonania usług objętych umową nr GOK.7031.7.1.2023.JL z dnia 29.12.2023 za okres od 01.01.2024 do 30.06.2024.
5. Protokoły z wykonania usług objętych umową nr ZGOK.7031.5.5.2021.JL z dnia 03.11.2021 za okres od 01.01.2023

do 31.12.2023.

6. Informacje o osiągniętych poziomach recyklingu za zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych (20 03 01) od Instalacji PreZero Recykling Południe Sp. z o.o. oraz BM Recykling Sp. z o.o.
7. Informacje o osiągniętych poziomach recyklingu z segregowanych odpadów komunalnych (papier – 20 01 01, plastik – 20 01 99, popiół – 21 01 99, plastik – 20 03 07) od Instalacji PreZero Recykling Południe Sp. z o.o. oraz RIPOK w Rybniku SEGO, Przedsiębiorstwo Spedycyjno- Transportowe Transgór.
8. Korespondencja e-mail wraz z informacją z Zakładu Gospodarowania Odpadami Gać Sp. z o.o. o poziomach recyklingu osiągniętych w roku 2023.
9. Raport Instytutu Ochrony Środowiska – Państwowego Instytutu Badawczego „Morfologia odpadów komunalnych wytwarzanych w Polsce”.
10. Wydruk – zestawienie poziomu recyklingu odpadów z żółtego worka w roku 2022 w poszczególnych krajach Unii Europejskiej – The Circular Economy for Plastics – A European Analysis wraz z tłumaczeniem na język polski.
11. Wymagania Recyklera szkła – SIBELCO – Specyfikacja dla stłuczki szklanej stosowanej w recyklingu szkła.
12. Wymagania Recyklera papieru – Tektura Opakowaniowa Papier TOP S.A. Ogólne warunki dostawy makulatury – Wymagania jakościowe dla Makulatury.
13. Wymagania Recyklera tworzyw sztucznych – Indorama Recycling Poland Sp. z o.o. – Ogólne warunki handlowe.
14. Wymagania Recyklera tworzyw sztucznych – Atus Group Sp. z o.o. – Oferta nr 00007125.
15. Wymagania Recyklera drewna – Woodeco – Umowa dotycząca zakupu surowca drzewnego.
16. Wymagania Recyklera drewna – Silva Recycling - Normy Zakładowe dla przyjmowanych odpadów.
17. Artykuł prasowy „To się nie uda. 55 procent recyklingu w 2025 roku jest poza zasięgiem większości gmin” P.T.; Portal Samorządowy.
18. Artykuł prasowy „Potężna luka w systemie. Polska potrzebuje nowych spalarni i sortowni odpadów”, Portal Samorządowy.
19. Artykuł prasowy „Polska branża recyklingu na granicy bankructwa. Rynek zalewa tani plastik z Rosji”; Bankier.pl
20. Artykuł prasowy „Recykling opakowań z systemu kaucyjnego gminy zaliczą do poziomów odzysku; Serwis Samorządowy PAP;
21. Artykuł prasowy „System kaucyjny oznacza podwyżkę cen odbioru odpadów” dr J.P., W.D., M.S., J.B.; Przegląd Komunalny nr 1/2023.
22. Wyciąg z projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem powodzi oraz niektórych innych ustaw (druk nr 802), uchwalonej przez Sejm w dniu 21.11.2024.
Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

W dniu 26 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów uwzględnionych w całości przez zamawiającego, tj. zarzutów oznaczonych zgodnie z numeracją użytą w odwołaniu - zarzutu I ppkt 3 oraz zarzutu I ppkt 4. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze w zakresie w jakim dotyczy powyższych zarzutów zostało umorzone na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, tj. ze względu na uwzględnienie tych zarzutów przez zamawiającego i wobec tego, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zarzuty naruszenia:

- 1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i § 3 ust. 5 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (zarzut I ppkt 1 odwołania);
- 2) art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i § 3 ust. 5 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (zarzut I ppkt 2 odwołania)

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Załączniku nr 1 Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w punkcie 19 Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych podał m.in.:

„20. Wykonawca zobowiązany jest do:

20.1. zagospodarowania odpadów z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych w sposób zapewniający osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach. Wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia dokumentów potwierdzających osiągnięcie ww. poziomów, które będą stanowić potwierdzenie wyliczonych poziomów na rok 2025 i 2026. Dokumenty potwierdzające masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi powinny zawierać m.in. informacje o: kodzie odpadu, masie odpadu na wejściu do procesu recyklingu (z pominięciem wysortowanych zanieczyszczeń), nazwę i adres instalacji, w której odpady zostały poddane procesowi recyklingu oraz określenie procesu recyklingu.

2.2.2. Brak osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez wykonawcę stanowić będzie uchybienie, zgodnie z § 8 umowy”.

§ 4 ust. 2 pkt 7 Projektu umowy dla części 1 stanowi, że „Strony ustaliły, że Wykonawcę obciążają następujące obowiązki: (...) osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do strumienia odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych”.

Z kolei § 8 ust. 1 pkt 6 Projektu umowy dla części 1 stanowi „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (...) za nieosiągnięcie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych oraz poziomu składowania, określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i rozporządzeń wykonawczych do ustawy oraz innych poziomów z zakresie gospodarki odpadami komunalnymi jeśli w trakcie realizacji zamówienia na Zamawiającego nałożony zostanie obowiązek osiągnięcia innych poziomów niż określone powyżej. Poziomy, o których mowa powyżej muszą zostać osiągnięte niezależnie od okresu świadczenia usługi w danym roku kalendarzowy. Kara pieniężna dotycząca poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu zostanie obliczona jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Strony wspólnie ustalają, że Wykonawca zapłaci karę wyłącznie w sytuacji, gdy dojdzie do nieosiągnięcia ww. poziomów w ramach strumienia odpadów odebranych przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz w przypadku, gdy kara zostanie faktycznie zapłacona przez Zamawiającego.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj.: Dz. U. z 2024 r., poz. 399, 1717) stanowi, że „Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej: (...)

5) 55 % wagowo – za rok 2025;

6) 56 % wagowo – za rok 2026;

7) 57 % wagowo – za rok 2027; (...).”.

Z kolei art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Opis jednoznaczny to taki opis, który jest precyzyjnie określony i nie budzi wątpliwości. Natomiast opis wyczerpujący to taki opis, który przedstawia przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Opis przedmiotu zamówienia ma bowiem wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/13 i KIO 1832/23.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że gminy, co jest niewątpliwe, są zobowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

Jednocześnie gminy są zobowiązane osiągnąć określone w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Za rok 2025 ma on wynieść co najmniej „55 % wagowo”, natomiast za rok 2026 co najmniej „56% wagowo”. Tak więc obowiązek nałożony na wykonawców wynika z art. 3b ust. 1 powyższej ustawy. Gminy zostały bowiem zobowiązane do osiągnięcia określonych poziomów recyklingu, tj. przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. „Osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest więc szczegółowym obowiązkiem gminy w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Wobec powyższego niezwykle istotną kwestią jest kwestia dotycząca możliwości prawnych nałożenia na Wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów recyklingu. Gmina – jak wynika z doktryny i dotychczasowego orzecznictwa

- ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienie publiczne (konkurencyjne), bądź w trybie zamówienia in-house obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Poprzez takie zobowiązanie, zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się jednak ciężającej na niej odpowiedzialności wynikającej z ustawy z ucp. Gmina zobowiązana jest bowiem z mocy tej ustawy powierzyć przedsiębiorcy wykonywanie zadania odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w trybie postępowania o zamówienie publiczne bądź też w trybie zamówienia in-house. A skoro tak Zamawiający ma prawo zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób wykonywania powierzonego zadania ma bowiem decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. A ponadto – jak wynika z ukształtowanej już linii orzeczniczej Izby w tym zakresie - „przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągania wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu” (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22 i KIO 2447/22). Zamawiający ma więc prawo do obciążenia Wykonawcy obowiązkiem osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23)

W kontekście powyższego zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 k.c. sposób wyegzekwowania od wykonawcy wypełnienia tego obowiązku. Jest to o tyle istotne, że zamawiający oczekuje prawidłowej realizacji usługi, stanowiącej przedmiot tego zamówienia. Ma ona bowiem bezpośredni wpływ na wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach a więc osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Poziom ten ustawa określiła „w wysokości co najmniej: (...) 35% wagowo - za rok 2023, 45% wagowo - za rok 2024, 55% wagowo - za rok 2025”. Obowiązek ten – zdaniem odwołującego – jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i zmierza do całkowitego obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością za nieosiągnięcie wymaganych poziomów. Jest też nie do osiągnięcia przez wykonawców, gdyż to jedynie zamawiający dysponuje odpowiednimi instrumentami, za pomocą których może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Co więcej jest to uprawnienie – w jego ocenie - które nie powinno być utożsamiane z możliwością przenoszenia całkowitej odpowiedzialności na wykonawcę za realizację obowiązków publicznoprawnych, które przynależą gminie.

Istotnie zadaniem gminy jest stworzenie na swoim terenie systemu gospodarki odpadami, który umożliwi osiągnięcie poziomów recyklingu na wskazanym przez ustawę poziomie. Nie polega on przy tym na osiąganiu określonych poziomów recyklingu, ale na zbudowaniu systemu, który jest środkiem do tego celu. Natomiast osiąganie określonych poziomów recyklingu nie jest zadaniem, lecz miernikiem rezultatu. Zadaniem gminy jest więc stworzenie na swoim terenie takiego systemu gospodarki odpadami, który umożliwi osiągnięcie poziomów recyklingu na wymaganym poziomie.

„Prawidłowa realizacja w/w usługi ma bezpośredni i znaczący wpływ na wypełnienie obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku. Brak obwarowania prawidłowego wykonania usługi karami umownymi byłoby poważnym narażeniem środków publicznych. Nie gwarantowałyby także osiągnięcia celu jaki gmina poprzez zlecenie usługi winna osiągnąć ponieważ z mocy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach gmina ma obowiązek powierzyć przedsiębiorcy wykonywanie zadania odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, przedsiębiorcy wyłonionemu w drodze przetargu (obecnie można zawierać również umowy in house), to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób ich wykonywania ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu.” (Konrad Szinzel, Poziomy recyklingu a odpowiedzialność firm wywozowych) Skoro więc gmina ma obowiązek powierzyć przedsiębiorcy wykonywanie zadania odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy to także powinna zapewnić sobie jego prawidłową realizację. Sposób wykonywania tego zadania ma bowiem wpływ na wypełnianie przez gminę nie tylko obowiązków związanych z selektywną zbiórką, ale i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu.

Istotnym jest także, że analogiczny obowiązek jak w odniesieniu do wykonawcy wyłonionego w drodze przetargu – na co słusznie wskazał zamawiający - ustawodawca nałożył w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach na podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Na tego wykonawcę także nakładana jest kara w sytuacji gdy ten nie osiągnie wymaganych ustawą poziomów przygotowania odpadów do ponownego użycia i recyklingu. „Niewypełnienie (...) ustawowego obowiązku, wynikającego z art. 9g pkt 1 u.c.p.g. stanowił dostateczną podstawę do wymierzenia stronie administracyjnej kary pieniężnej (...) w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych, poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.”. (wyrok WSA w Łodzi z dnia 17 kwietnia 2024 r., sygn. akt II

SA/Łd 90/24). Tak też wyrok WSA w Bydgoszczyz dnia 9 września 2024 r., sygn.. akt II SA/Bd 122/24. To przecież wykonawca zarówno ten wyłoniony w drodze przetargu, jak i ten, który samodzielnie zawiera umowy z właścicielami nieruchomości niezamieszkałych, samodzielnie kształtuje politykę zawieranych umów. Jest więc zorientowany w cechach terenu, na którym działa, w tym ma wiedzę na temat wszelkich utrudnień związanych z działalnością prowadzoną w tym zakresie. Ryzyko to (ryzyko prowadzenia własnej działalności gospodarczej) obciąża przecież wykonawcę.

W konsekwencji powyższego usunięcie „z projektu umowy obowiązku osiągnięcia poziomu selekcji przez wykonawców odbierających odpady komunalne tylko z tego powodu, że świadczą oni usługę w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu byłoby wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g ucpg obowiązku osiągnięcia określonego w art. 3b ust. 1 ucpg analogicznego poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy zawartej z właścicielem nieruchomości.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2024 r., sygn. akt KIO 2942/24)

Wprowadzone do umowy kary umowne mają bowiem zagwarantować wykonawcy nie tylko zrealizowanie ciążących na nim obowiązków, ale i doprowadzić do osiągnięcia określonych poziomów recyklingu. Uregulowanie to (zastrzeżenie kar umownych w przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu) nie wykracza poza granice zasady swobody kontraktowej stron wynikającą z art. 353¹ k.c. Kary umowne mają bowiem zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Skoro więc zamawiający nałożył na wykonawcę określony obowiązek, w tym osiągnięcia określonego poziomu recyklingu, to ma też prawo wyegzekwować jego wykonanie i nałożyć na wykonawcę kary umowne w przypadku niewykonania tego obowiązku. Niezasadne byłoby więc usunięcie z projektu umowy kary umownej z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Zamawiający pozbawiony zostałby bowiem możliwości przymuszenia wykonawcy do jego wykonania. (Tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/13 i KIO 1832/23)

Wykonawca – jak wykazał zamawiający - ma realną możliwość wpływania na wysokość wymaganych ustawą poziomów. Przede wszystkim ma on obowiązek bieżącego kontrolowania czy odbierane odpady są zbierane w sposób selektywny, który to obowiązek - zgodnie z SOPZ Część 1, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt 5 – realizowany jest za pomocą procedury określającej zasady postępowania w przypadku stwierdzenia niewłaściwego sposobu gromadzenia odpadów komunalnych. Wykonawca zobowiązany jest więc do przekazywania zamawiającemu Raportów Miesięcznych zawierających informacje dot. nieruchomości, na których nie jest prowadzona poprawna selektywna zbiórka odpadów. Wpływ na poziom recyklingu ma także doposażanie nieruchomości w pojemniki i worki do selektywnej zbiórki odpadów. Obowiązki te (wynikające z projektu umowy obowiązki wykonawcy) powodują, że wykonawca ma realny wpływ na sposób segregacji odpadów.

Tymczasem odwołujący będący wykonawcą realizującym od trzech lat umowę z tej procedury (informowania zamawiającego o stwierdzonych nieprawidłowościach - nieselektywnej zbiórce odpadów) nie skorzystał. Natomiast innych nieprawidłowości ujawnionych podczas odbioru odpadów jest od kilku do kilkunastu miesięcznie na ponad 7 000 nieruchomości. Okoliczność tę potwierdzają protokoły z wykonania usług objętych umową z odwołującym, stanowiące odpowiednio punkt 4 i 5 spisu dowodów złożonych przez odwołującego. Natomiast wykonawca – jak podkreślał zamawiający – nie informował go o tym, że poziom zanieczyszczeń poszczególnych frakcji odpadów jest tak wysoki na jaki dziś wskazuje.

Zamawiający prowadził wiele akcji edukacyjnych. Przykładowo wskazał na dzień bez opakowań plastikowych, dzień recyklingu, jak również wizyty studyjne kierowane do zarządców nieruchomości zamieszkałych. Organizuje też pikniki, w ramach których promuje selektywną zbiórkę odpadów, jak również korzystanie z butelek i woreczków wielokrotnego użytku. Działania edukacyjno-informacyjne prowadzi także na łamach lokalnej prasy, w mediach społecznościowych czy placówkach oświatowych. Działania edukacyjne przewidział także w trakcie realizacji umowy przez wykonawcę wyłonionego w tym postępowaniu. Zaplanował więc, co wprost wyraził w treści SWZ, zorganizowanie przez wykonawcę wspólne z zamawiającym pojedynczej bądź kilku akcji edukacyjno-informacyjnych z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi. Celem takiej akcji ma być np. uświadomienie mieszkańcom konieczności ograniczenia ilości wytwarzania odpadów, promowanie segregowania odpadów, promowanie powtórnego wykorzystania surowców wtórnych oraz prawidłowe zbieranie i gospodarowanie odpadami komunalnymi. Elementem takiej akcji ma być także zamieszczenie i eksponowanie dwóch różnych plakatów/naklejek/banerów na samochodach wykorzystywanych do odbierania odpadów komunalnych (2 szt. pojazdów) tematycznie nawiązujących do akcji edukacyjno-informacyjnej.

Zamawiający regularnie spotykał i spotyka się z wykonawcą realizującym zamówienie. Co więcej konsekwentnie deklarował i deklaruje wsparcie i chęć współdziałania przy realizacji zamówienia.

W tym miejscu podkreślić należy, że sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych oraz sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi wynika z regulacji ustawowej. Poziomy recyklingu są więc obliczane w sposób w nim wskazany i wymagany. Oznacza to

więc, że obowiązek osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu ma charakter ustawowy i jest elementem należytego wykonania przedmiotu umowy. Tym samym nie narusza jakiegokolwiek przepisu prawa, nie jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz nie narusza zasad współżycia społecznego.

Istotnie gmina Żory w latach 2023 i 2022 faktycznie nie osiągnęła poziomów recyklingu wymaganych ustawą. W roku 2023 poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wyniósł 26,68% na ustawowo wymagany 35%, w roku 2022 wyniósł 23,28% na ustawowo wymagany 25%. (punkt 1 i 2 spisu dowodów złożonych przez odwołującego) Natomiast w roku 2021 poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wyniósł 22,84% na ustawowo wymagany 20% a więc gmina osiągnęła wówczas wymagany poziom recyklingu. (punkt 3 spisu dowodów złożonych przez odwołującego)

Odwołujący przedstawił także informacje na temat osiąganych poziomów recyklingu ze zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych (20 03 01), z segregowanych odpadów komunalnych (papier – 20 01 01, plastik – 20 01 99, popiół – 21 01 99, plastik – 20 03 07), stanowiące odpowiednio punkt 6, 7 i 8 spisu dowodów złożonych przez odwołującego. Faktycznie pokazują one poziom recyklingu otrzymywany w ramach poszczególnych frakcji odpadów w różnych okresach roku 2023 i 2024 z informacją o odpadach dostarczonych przez odwołującego i o procesach jakim zostały one poddane.

Kolejną grupę dowodów stanowią wymagania recyklarów (szkła, makulatury, butelki PET, chemia gospodarcza oraz surowiec drzewny i opakowania z drewna), przy czym pochodzą one i dotyczą różnych lat i okresów. Pierwsza specyfikacja wskazuje, że obowiązywać będzie od 1 stycznia 2025 r., kolejna zaś została wydana w marcu 2022 r., inne stanowią jedynie ogólne warunki handlowe bliżej niesprecyzowane. Jest i oferta pochodząca z lutego 2024 r. oraz marca 2020 r. Pokazują one tylko – jak wskazał sam odwołujący - oczekiwania wybiórczo wskazanych recyklarów.

Odwołujący przedstawił także szereg artykułów (punkt 17 do 21 spisu dowodów złożonych przez odwołującego) na temat możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu i elementu, które można będzie wliczać do poziomu recyklingu a nie będzie mógł tego uczynić wykonawca. Do października 2025 r. odroczono bowiem wprowadzenie systemu kaucyjnego, a więc tego elementu systemu z którego korzyść będzie czerpał zamawiający.

Natomiast przedstawiona informacja pochodząca z Morfologii odpadów komunalnych wytwarzanych w Polsce przygotowana na podstawie informacji zawartych w sprawozdaniach marszałków województw z realizacji zadań z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi w 2020 r. wskazuje, że „do procesów ponownego użycia i recyklingu przekazano 2 880,7 tys. Mg odpadów komunalnych, tym samym efektywność wyniosła ok. 21%”. W raporcie wskazano także, że „w procesach mechanicznych Instalacji Komunalnych przetworzono 66% wytworzonych odpadów komunalnych w 2020 r.”, jak również, że „instalacje wysortowały 60% odpady z metali, 30% z tworzyw sztucznych oraz 25% odpadów z papieru”. Odwołujący wskazał także na poziom recyklingu komunalnych odpadów tworzyw sztucznych, który w krajach Unii Europejskiej przekraczał 35% a jedynie w 16 krajach, w tym w Polsce wynosił 25%. Niemniej jednak są to informacje zbiorcze dotyczące w pierwszym wypadku województw, w drugim zaś także innych krajów. Nie oddają więc faktycznych możliwości osiągnięcia wymaganych poziomów na danym terenie objętym postępowaniem o udzielenie tego zamówienia. Tym bardziej, że w 2021 roku poziom recyklingu został osiągnięty przez tego zamawiającego. Jest to rzeczywiście trudne, aczkolwiek nie niemożliwe.

Kara umowa nakładana na wykonawcę odpowiada karze administracyjnej nakładanej na zamawiającego i jest konsekwencją wykonania umowy będącej przedmiotem tego zamówienia. Zamawiający, konstruując postanowienia projektu umowy nie zrobił niczego ponad to, co nakładają na niego obowiązujące przepisy prawa. Co więcej zamawiający wykazał, że zależy mu aby te poziomy odwołujący osiągnął. Stąd też szeroko prowadzone przez niego działania edukacyjne oraz bieżąca i stała współpraca w tym zakresie z wykonawcą realizującym tą usługę. Wobec tego wykonawca, kalkulując cenę oferty, koszt ten powinien w kalkulować w cenę swojej oferty.

Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – na co już wyżej wskazano - zobowiązuje zamawiającego do wyłonienia wykonawcy usługi w trybie postępowania o zamówienie publiczne (konkurencyjnego), bądź w trybie zamówienia in-house, co jednocześnie oznacza nałożenie na tego wykonawcę wszystkich obowiązków związanych z realizacją tej usługi. Tak więc to wykonawca wyłoniony w drodze przetargu – zgodnie z z wymogami SWZ - ma osiągnąć określone poziomy recyklingu. Niemniej jednak w sytuacji gdy wymagane ustawą poziomy recyklingu nie zostaną osiągnięte zamawiający, mimo naliczenia kar umownych wykonawcy, nie zwolni się z zarzutu działania niezgodnego z prawem związanego z niewykonaniem ustawowych zadań i związanej z tym kary grzywny. Nieuprawnione jest więc twierdzenie, że odpowiedzialność za nieosiągnięcie poziomów recyklingu poniesie wyłącznie wykonawca.

Wskazywane przez odwołującego kwestie związane z wprowadzeniem systemu kaucyjnym a tym samym zmianą ich rozliczania przez gminę niczego nie zmienia. Nadal bowiem obowiązują przepisy nakładające na gminy obowiązek osiągnięcia bardzo wysokich poziomów recyklingu, z którego to obowiązku gmina nie może się zwolnić. Co więcej zobowiązana jest na podjęcie działań, które spowodują jak najlepsze efekty wprowadzone w gminie systemu.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (tj.: Dz. U. z 2024 r. poz. 236) oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp (zarzut I ppkt 5 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w § 11 Projektu Umowy wskazał:

- „1. Każda ze stron zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych jest uprawniona do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy.
2. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie podlegało zmianom w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co odpowiada wymogom zawartym w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z zasadami opisanymi poniżej.
3. Zmiana wynagrodzenia uzależniona jest od wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w kwartalnych komunikatach.
4. Strony umowy będą uprawnione do żądania zmiany wynagrodzenia, o ile poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, przez który rozumie się wzrost lub spadek kwartalnych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zmieni się o co najmniej 5 punktów procentowych w stosunku do wysokości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, opublikowanego za II kwartał 2024r. i wynoszącego 101,4%.
5. Pierwszy pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia (wzrostu lub obniżenia) może złożyć każda ze Stron nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zmiana wynagrodzenia nastąpi o pełną wysokość zmiany wskaźnika, o którym mowa w ust. 4 i obowiązywać będzie od miesiąca następnego po dacie zawarcia aneksu.
6. Każdy kolejny wniosek o waloryzację (wzrost lub obniżenie), może być złożony po upływie 6 miesięcy od poprzedniego wniosku pod warunkiem, że wskaźnik cen towarów i usług wzrośnie lub obniży się o 5% w kwartale poprzedzającym złożenie wniosku o waloryzację w stosunku do wysokości wskaźnika z kwartału ostatniej waloryzacji.
7. Zamawiający po zaakceptowaniu wniosku, o którym mowa w ust. 8, wyznacza datę podpisania aneksu do umowy, nie późniejszą niż 14 dni roboczych od daty złożenia kompletnego wniosku.
8. Procedura zmiany wynagrodzenia wszczynana jest na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego. Pisemny wniosek winien zawierać wyliczenie poziomu zmiany cen w oparciu o komunikat Prezesa GUS uprawniający do zmiany wynagrodzenia.
9. Zmiana wynagrodzenia odnosić się będzie do tej części przedmiotu umowy, która jeszcze nie została zrealizowana (działa na przyszłość od momentu dokonania zmiany).
10. Zamawiający wskazuje, że maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości 14 wynagrodzenia, o których mowa w ust. 2 to 10% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania, o którym mowa w § 10 ust. 2 umowy.
11. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z niniejszym paragrafem, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym powyższym zmianom dotyczącym zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) przedmiotem umowy są usługi;
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.”.

Treść powyższych postanowień zakwestionował odwołujący.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 439 ustawy Pzp stanowi:

- „1. 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.
2. W umowie określa się:
 - 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; (...).”.

Przepis ten stanowi, że w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy zamawiający zobowiązany jest zamieścić w treści umowy postanowienia dotyczące zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Określa także obligatoryjne elementy z jakich mają się składać postanowienia waloryzacyjne. To właśnie w ramach określonych w tym przepisie zasad zamawiający może swobodnie kształtować postanowienia waloryzacyjne. I tak w art. 439 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, na którego naruszenie wskazuje odwołujący, wskazane jest, że klauzula waloryzacyjna powinna zawierać element dotyczący poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, który ma uprawniać strony przyszłej umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia.

Taki też element został uwzględniony w treści Projektu umowy przygotowanego przez zamawiającego. W jego

treści zamawiający wskazał bowiem, że „*pierwszy pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia (wzrostu lub obniżenia) może złożyć każda ze Stron nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy*”, „*o ile poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, przez który rozumie się wzrost lub spadek kwartalnych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, opublikowanego za II kwartał 2024r. i wynoszącego 101,4%*”. Podał także, że „*maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości 14 wynagrodzenia*”.

Kwestionowane postanowienia Projektu umowy określają poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, który uprawnia strony umowy, w tym wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, jak również sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na wysokość wynagrodzenia wykonawcy a także określa maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, którą w tym stanie faktycznym ustalono na poziomie 10%. Obligatoryjne elementy umowy zostały więc zawarte w treści Projektu umowy.

Kwestią sporną jest określony przez zamawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów oraz maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, której wystąpienie skutkować będzie możliwością wystąpienia o waloryzację wynagrodzenia. Wzrost wskaźnika cen towarów i usług lub jego obniżenie o 5% w kwartale poprzedzającym złożenie wniosku o waloryzację w stosunku do wysokości wskaźnika z kwartału ostatniej waloryzacji powoduje – w ocenie odwołującego – że przewidywana waloryzacja wynagrodzenia nie tylko, że nie nastąpi, ale jest ona iluzoryczna.

Podkreślić jednak należy, że z art. 439 ustawy Pzp „w żaden sposób nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację w szczególności wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy.” (np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2063/22) Ustawodawca nie nałożył bowiem na zamawiającego obowiązku 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji usługi z uwagi na wzrost cen materiałów lub kosztów. Dlatego też to wykonawca powinien odpowiednio skalkulować koszty realizacji umowy i, opierając się na realiach rynkowych, przedstawić cenę złożonej oferty. Mechanizm waloryzacji – jak słusznie wskazał zamawiający - jest rozwiązaniem szczególnym, który ma na celu ograniczenie, a nie wyłączenie ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. W tym zakresie zamawiający ma więc swobodę, co do sposobu określenia zmiany wynagrodzenia i ukształtowania jego elementów.

Odnosząc się do argumentu odwołującego jakoby w sytuacji gdy suma wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych będzie niższa od 5% całość ryzyka spoczywała wyłącznie na wykonawcy stwierdzić należy, że niezależnie od tego jak duże ryzyko zostanie w umowie przypisane wykonawcy to właśnie wykonawca dokonuje jego wyceny i ten dodatkowy koszt (koszt tego ryzyka) uwzględnia w cenie oferty. Wykonawca powinien bowiem, kalkulując cenę oferty, wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk. Koszt ten można bowiem wycenić. Nie można przecież na etapie składania ofert zakładać zwiększenia wynagrodzenia i oferować wykonania zamówienia za cenę, która nie gwarantuje pokrycia kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia. Cena powinna być bowiem tak skalkulowana aby obejmowała wszelkie ryzyka jakie mogą wystąpić w trakcie trwania umowy

Klauzula zastosowana w Projekcie umowy – jak wyjaśnił Zamawiający - jest dostosowana do realiów tego kontraktu i rzeczywistości gospodarczej, a postanowienia wprowadzone do tego Projektu umowy *de facto* nie zmierzają do uniknięcia przez zamawiającego ponoszenia wzrostu kosztów. Przeciwnie wprowadzona klauzula waloryzacyjna uwzględnia współczynnik rozkładu ryzyka.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: