Sygn. akt: KIO 771/25

WYROK

Warszawa, dnia 25 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Luiza Łamejko

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2025 r. przez wykonawcę ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Walim

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego przewidzianej w §11 ust. 1 pkt 4 lit. f Projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 8 do SWZ) kary umownej
i nakazuje zamawiającemu Gminie Walim dokonanie modyfikacji przedmiotowego postanowienia oraz ewentualnie innych powiązanych postanowień umownych przez obniżenie ww. kary umownej do wysokości 30%.
2.Umarza postępowanie odwoławcze w pozostałym zakresie.
3.Kosztami postępowania obciąża Gminę Walim i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ALBA Dolny Śląsk Sp.
z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 468 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Gminę Walim tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
3.2. zasądza od Gminy Walim na rzecz wykonawcy ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 19 468 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

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 771/24

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

Gmina Walim (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2025 r. pod pozycją 116314-2025.

W dniu 3 marca 2025 r. wykonawca ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1.naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1061 z późn. zm.) (dalej jako: „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 (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399 z późn. zm.) (dalej jako: u.c.p.g.) 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 oraz art. 3c u.c.p.g., przez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia (pkt 16.3 OPZ) obowiązku osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;

2.naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 3531 k.c., 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c.
w zw. z art. 3b u.c.p.g. 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 oraz art. 3c u.c.p.g., przez wprowadzenie do Projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 8 do SWZ) w § 11 ust. 1 pkt 4 f) kar umownych za nieosiągnięcie przez gminę poziomów przygotowania do ponownego użycia
i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: poziomów recyklingu) oraz w § 4 ust. 1 pkt j) obowiązku zapewnienia podczas realizacji zamówienia ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z art. 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024.399 t.j.),

pomimo, że:

• Wykonawca nie jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy Walim, gdyż zgodnie z zapisami SWZ do obowiązków Wykonawcy należy zagospodarowanie wyłącznie bioodpadów oraz niewielkich ilości odpadów z PSZOK (odpady wielkogabarytowe, opony, odpady problemowe), natomiast większość strumienia odpadów, tj. odpady zmieszane, papier, tworzywa szt. i szkło mają być zgodnie z OPZ jedynie transportowane przez Wykonawcę do wskazanej przez Zamawiającego instalacji tj. Zakładu Segregacji i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu, z którym Wykonawcy nie wiąże żadna umowa i na którego efektywność przetwarzania odpadów wykonawca nie ma żadnego wpływu, dlatego też Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie poziomu recyklingu;

• Obowiązek osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania może być nakładany tylko na Wykonawcę, który świadczy usługę zagospodarowania całości strumienia odpadów komunalnych, natomiast w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca ma obowiązek zrealizować jedynie odbiór tego rodzaju odpadów (bez zagospodarowania), gdyż zgodnie z zapisami Specyfikacji „Odpady komunalne zmieszane Wykonawca zobowiązany jest przekazywać do Zakładu Segregacji i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu.”;

Odwołujący podniósł ponadto, że:

• to na Zamawiającym jako gminie spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych za dany rok kalendarzowy;

• Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców
i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;

• mieszkańcy oraz właściciele nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych 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;

• mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;

co narusza zasady współżycia społecznego, równowagę stron umowy oraz zasady uczciwej konkurencji, jako że zakłada nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym
w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz ograniczenia poziomu składowania odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, w sytuacji, gdy Wykonawca zgodnie z SWZ jest obowiązany przekazywać odpady do instalacji wskazanych rzez Zamawiającego, a zatem nie ma żadnego wpływu na możliwość osiągnięcia bądź ograniczenia wskazanych poziomów, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem *a priori* obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych; jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy Pzp, gdyż obowiązek nałożony na wykonawcę pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako taki narusza zasadę uczciwej konkurencji;

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści

specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany
w uzasadnieniu odwołania - wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - na okoliczności wskazane w odwołaniu;

- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje:

1.Odbieranie oraz odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (tzw. „mieszanych"), z domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno- wypoczynkowe z terenu Gminy Walim z miejscowości: Walim, Dziećmorowice, Glinno, Jugowice, Michałkowa, Niedźwiedzica, Nowa Wieś, Nowy Julianów, Stary Julianów, Olszyniec, Podlesie, Rzeczka, Zagórze Śląskie, zgłoszonych przez Wykonawcę do systemu odbierania odpadów komunalnych organizowanego przez Gminę Walim.

2. Odbieranie z nieruchomości i PSZOK-u następujących frakcji odpadów:

a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (20 03 01);

b) papier i tektura/opakowania z papieru i tektury(15 01 01);

c) opakowania z tworzyw sztucznych/ opakowania wielomateriałowe, metale, opakowania
z metali/ tworzywa sztuczne (15 01 06);

d) szkło/ opakowania ze szkła (15 01 07);

i transport wymienionych frakcji odpadów do Zakładu Segregacji i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu.

3. Odbieranie z nieruchomości i zagospodarowanie całej masy selektywnie zbieranych odpadów ulegających biodegradacji, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach (Dz.U.2023.1587 t.j.)

4. Odbieranie i zagospodarowanie pozostałych wymienionych poniżej odpadów gromadzonych w sposób selektywny z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych usytuowanego w Jugowicach nr działki (85/1,85/2) – dworzec PKP: W PSZOK zbierane są selektywnie następujące frakcje odpadów:

a) odpadów zielonych (20 02 01),

b) leki inne niż wymienione w 20 01 31(20 01 32);

c) zużytych baterii i akumulatorów (20 01 34),

d) zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego(20 01 36),

e) mebli i innych odpadów wielkogabarytowych(20 03 07),

f) odpadów budowlanych i rozbiórkowych (17 01 01, 17 01 07),

g) zużytych opon, (16 01 03),

h) odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi (20 01 99),

i) tekstylia i odzież (20 01 10, 20 01 11),

j) 20 01 28 farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice i inne niż wymienione
w 20 01 27.

5. Zorganizowanie dwa razy w czasie trwania umowy (w miesiącu maju lub czerwcu 2026 r.
i 2027 r.) zbiórki odpadów wielkogabarytowych (20 03 07), mebli, zużytych opon (16 01 03) zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (20 01 36), z nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia, zlokalizowanych w obrębie odbierania odpadów wraz
z zagospodarowaniem zebranych odpadów, w formie tzw. "wystawki" z nieruchomości. Termin odbioru zostanie uzgodniony z Zamawiającym pisemnie i wpisany do harmonogramu odbierania odpadów komunalnych.

6. Opróżnianie koszy ulicznych, w tym koszy usytuowanych przy przystankach autobusowych i wiatach turystycznych (odpady zmieszane 20 03 01).

7. Zapewnienie odbioru odpadów komunalnych zmieszanych (20 03 01) i segregowanych
z podziałem na frakcje(15 01 01, 15 01 06, 15 01 07) zebranych podczas masowych imprez organizowanych przez gminę oraz przez gminne jednostki organizacyjne, a także w trakcie akcji sprzątania gminy Walim. Przewidywany przez Zamawiającego strumień wymienionych odpadów w czasie okresu trwania umowy nie powinien przekroczyć masy 10 Mg.

Odwołujący zaznaczył, że wnosi odwołanie w zakresie dokumentacji, tj.:
w szczególności opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych zapisów umownych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 16 OPZ (załącznik nr 9 do SWZ) określił szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, a w pkt 16.3 wskazał obowiązki, do których wykonania zobowiązany jest Wykonawca tj.: do zapewnienia podczas realizacji zamówienia:

• osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z art.3 b i 3 c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku
w gminach (Dz. U. z 2024r. poz.399 z późn. zm.). Rozliczenie osiągnięcia odpowiednich poziomów następować będzie proporcjonalnie do okresu świadczenia usługi.

Natomiast w pkt 16.4 OPZ Zamawiający wskazał, że ustalenie czy Wykonawca osiągnął wymagane poziomy, o których mowa powyżej nastąpi na podstawie przedłożonych sprawozdań oraz miesięcznych raportów. W przypadku niewywiązania się z w/w obowiązków na Wykonawcę nałożona zostanie kara umowna zgodnie z §11 umowy.

Jednocześnie w załączniku nr 8 do SWZ - Projektowane postanowienia umowne Zamawiający wprowadził relewantne postanowienia umowne, tj. wskazał, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

• § 11 ust. 4 pkt f) w przypadku nieosiągnięcia przez Gminę wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości obliczonej w sposób wskazany w art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024.399 t.j.) lub - w przypadku zmiany regulacji prawnych - w sposób wskazany
w obowiązujących na dzień zapłaty kary przepisach prawa. Podstawą naliczenia kary umownej jest informacja o osiągniętym poziomie przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zawarta w zaakceptowanym (zatwierdzonym) przez właściwy organ rocznym sprawozdaniu Wójta Gminy Walim z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi, za każdy rozpoczęty rok obowiązywania umowy. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kary w terminie 14 dni od dnia doręczenia mu na piśmie kopii sprawozdania, o którym mowa w zdaniu poprzednim;

Zgodnie z pkt 2.1 oraz 2.2. OPZ Przedmiot Zamówienia obejmuje odbieranie oraz odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (tzw. „mieszanych"), z domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno- wypoczynkowe z terenu Gminy Walim z miejscowości: Walim, Dziećmorowice, Glinno, Jugowice, Michałkowa, Niedźwiedzica, Nowa Wieś, Nowy Julianów, Stary Julianów, Olszyniec, Podlesie, Rzeczka, Zagórze Śląskie, zgłoszonych przez Wykonawcę do systemu odbierania odpadów komunalnych organizowanego przez Gminę Walim, a także odbieranie z nieruchomości i PSZOK-u następujących frakcji odpadów:

a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (20 03 01);

b) papier i tektura/opakowania z papieru i tektury(15 01 01);

c) opakowania z tworzyw sztucznych/ opakowania wielomateriałowe, metale, opakowania z metali/ tworzywa sztuczne (15 01 06);

d) szkło/opakowania ze szkła (15 01 07);

W OPZ wskazano również, że przedmiotem zamówienia jest również transport wymienionych frakcji odpadów do Zakładu Segregacji i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu.

W załączniku nr 8 do SWZ, tj. w § 3 Projektu umowy Zamawiający doprecyzował, iż:

1. Przedmiot umowy określony w § 2 ust. 1 obejmuje:

1) odbieranie odpadów komunalnych zmieszanych (20 03 01) z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (tzw. „mieszanych"), domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno wypoczynkowe na terenie Gminy Walim oraz zapewnienie odbioru odpadów komunalnych zmieszanych, zebranych podczas akcji sprzątania gminy Walim i transport wymienionych odpadów do Zakładu Segregacji

i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu

2) odbieranie selektywnie zebranych odpadów ulęgających biodegradacji z ww. nieruchomości, ze szczególnym uwzględnieniem biodpadów (w tym odpady kuchenne, zielone, opakowaniowe odpady ulęgające biodegradacji) oraz odpadów ulegających biodegradacji-zielonych (20 02 01) z PSZOK wraz z ich zagospodarowaniem w instalacjach wskazanych przez Wykonawcę w pkt. 11 oferty, na zasadach określonych w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024.399 t.j.) oraz rozporządzeniami wykonawczymi, oraz pozostałych odpadów zbieranych w PSZOK

3) odbieranie i transport, z ww. nieruchomości oraz PSZOK, do Zakładu Segregacji
i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu odpadów zawierających frakcje: papieru, szkła, metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych zebranych indywidualnie przez właścicieli nieruchomości z pojemników dostarczonych przez Zamawiającego oraz worków.

Zamawiający zobowiązał zatem wykonawcę do zagospodarowania zdecydowanej większości całej odbieranej masy odpadów w konkretnej – wybranej przez Zamawiającego – instalacji, tj. do Zakładu Segregacji i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu. Istotne jest zatem, że Wykonawcy zlecone zostaje zagospodarowanie tylko bioodpadów oraz niewielkie ilości odpadów z PSZOK (odpady wielkogabarytowe, opony, odpady problemowe) (§ 3 ust. 1 pkt 2) projektu umowy).

Tym samym, większość strumienia odpadów (około 73%), tj. odpady zmieszane, papier, tworzywa szt. i szkło wg SWZ mają być jedynie dostarczane przez Wykonawcę do wskazanej przez Zamawiającego instalacji, tj. Zakładu Segregacji i Zagospodarowania Odpadów przy ul. Beethovena 43 w Wałbrzychu, z którym Wykonawcy nie wiąże żadna umowa i na którego efektywność przetwarzania odpadów wykonawca nie ma żadnego wpływu.

Odwołujący zaznaczył, że frakcje odpadów przekazywane do instalacji wskazanej przez Zamawiającego takie jak papier, tworzywa sztuczne, szkło a nawet odpady zmieszane to główne strumienie odpadów umożliwiające osiągniecie poziomów recyklingu. Odwołujący zaznaczył, że takimi frakcjami wykonawca nie będzie zarządzał, a zatem nie ma wpływu na osiągnięcie poziomu recyklingu, bowiem poziomy recyklingu może osiągnąć tylko ten kto zarządza odpadem. Aby osiągnąć poziom recyklingu zgodnie ze wzorem ustawowym podmiot ten musi posiadać odpowiednią ilość odpadów, które można poddać recyklingowi.

W ocenie Odwołującego, nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu, w sytuacji, kiedy przedmiotem zamówienia jest jedynie zagospodarowanie:

• tylko wybranych frakcji odpadów, dla których możliwe jest zagospodarowanie w formie jedynie odzysku (odzysk nie jest recyklingiem odpadów) oraz

• bioodpadów, dla których recykling możliwy jest tylko w instalacjach produkujących nawóz lub kompost (przyjmuje się, że nawóz lub kompost możliwy jest do wyprodukowania z max 50 % dostarczonych ilości wskutek zanieczyszczeń oraz ubytku wilgoci w trakcie procesu,

jest obowiązkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy uregulował obowiązek Wykonawcy w zakres ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024.399 t.j.). Zarówno w OPZ w wskazanym pkt 16.3, jak i w Projekcie Umowy w § 4 ust. 1 pkt j), Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiąze ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, Wykonawca w ramach tego Postępowania ma jedynie odebrać odpady komunalne, z których można wyodrębnić bioodpady, wobec czego oczywistym jest, że nie może odpowiadać za wynik ich zagospodarowania, jakim jest ograniczenie masy bioodpadów.

Odwołujący wskazał, że art. 3c u.c.p.g. mówi o obowiązku ograniczenia przez gminy masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania tylko do 16 lipca 2020 r. Podobnie mówi rozporządzenie Ministra Środowiska z 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, tj. iż obowiązek ograniczenia poziomów istnieje do roku 2020.
Z kolei art. 3b ust. 2a u.c.p.g. określa obowiązek nieprzekraczania składowania wszystkich odpadów (nie tylko ulegających biodegradacji) od 2025 r. do 2029 r. Natomiast art. 3b ust. 1 u.c.p.g. mówi o obowiązku osiągania poziomów recyklingu i ponownego użycia odpadów komunalnych, w tym odpadów ulegających biodegradacji.

Zgodnie z wyjaśnieniami Ministerstwa Klimatu i Środowiska dotyczącymi przekazywania danych w ramach sprawozdawczości komunalnej za 2021 r. sporządzanej
w BDO dotyczące: odpadów budowlanych i rozbiórkowych, ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających

biodegradacji przekazywanych do składowania, sposobu obliczania poziomu składowania z dnia 20.01.2022 r. „W sprawozdaniach składanych za pośrednictwem BDO, na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nadal należy umieszczać informacje dotyczące osiągniętego poziomu ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Określony poziom ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji należało osiągnąć do lipca 2020 r. Dane będą zbierane i sprawozdawane w tym zakresie.

Sposób do wyliczenia tego poziomu znajduje się w rozporządzeniu z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz. U. poz. 2412)". Do tej pory nie weszło w życie żadne rozporządzenie, które odniesie się do kolejnego etapu ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu wyliczania poziomu.

Istotne jest jednak, jak wskazał odwołujący, że w rozporządzeniu z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji wskazano sposób obliczenia poziomu ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, który uwzględnia udział odpadów biodegradowalnych we wszystkich frakcjach odebranych odpadów komunalnych. Odwołujący podkreślił, że w sytuacji, gdy Wykonawca nie jest odpowiedzialny za zagospodarowanie całego strumienia odpadów komunalnych objętych zamówieniem, a jedynie jego niewielkiej części (około 15 % całej masy odebranych odpadów), nie można na niego przerzucać obowiązku gminy, którym jest ograniczenie poziomu składowania odpadów ulegających biodegradacji z całej masy odebranych odpadów.

Odwołujący stwierdził, że nałożenie na Wykonawcę obowiązków niemożliwych do zrealizowania stanowi o jawnym naruszeniu przepisów prawa, uzasadnia także konieczność nakazania Zamawiającemu wykreślenia tych postanowień z dokumentacji jako niezwiązanych z przedmiotem zamówienia, a zatem nieproporcjonalnych i nadmiernych w stosunku do niego. W ocenie Odwołującego, obowiązek spoczywający na wykonawcy 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 oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

W ocenie Odwołującego, wprowadzony w dokumentach zamówienia obowiązek osiągnięcia przez wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zmierza do całkowitego obarczenia Wykonawcy odpowiedzialnością za osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, a brak realizacji tego obowiązku sankcjonuje nałożeniem na wykonawcę kary umownej w wysokości kary należnej Gminie Walim za brak wypełnienia tego obowiązku. Tymczasem Wykonawca nie ma wpływu na sposób zagospodarowania frakcji odpadów selektywnie zbieranych oraz zmieszanych odpadów komunalnych, gdyż do jego obowiązków należy jedynie odebranie tych odpadów i ich transport do instalacji wskazanej przez Zamawiającego.

Nadto Odwołujący podkreślił, że 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 osiągniecia 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. Odwołujący zwrócił uwagę, że 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 r., 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).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie 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. W opinii Odwołującego, 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 r. nie powinno wpłynąć na wykonywanie przez Zamawiającego obowiązku przynależnego gminom w art. 3b ust. 1 u.c.p.g., natomiast z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością istotnie ograniczy możliwość osiągnięcia tych poziomów przez wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że objęta przedmiotowym zamówieniem usługa odbioru
i zagospodarowania odpadów dotyczy wyłącznie odpadów „ulegających biodegradacji z ww. nieruchomości, ze szczególnym uwzględnieniem biodpadów (w tym odpady kuchenne, zielone, opakowaniowe odpady ulęgające biodegradacji) oraz odpadów ulegających biodegradacji-zielonych (20 02 01) z PSZOK (§ 3 ust. 1 pkt 2 Projektu Umowy); odbieranie
i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Jugowicach powstających w gospodarstwach domowych obejmujących odpady, zużyty sprzęt elektroniczny i elektryczny, przeterminowane leki
i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyte opony, meble i odpady wielkogabarytowe, odpady budowlane i rozbiórkowe, odpady zielone. (§ 3 ust. 1 pkt 4 Projektu Umowy); odpadów wielkogabarytowych, mebli, zużytych opon, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego z nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia, zlokalizowanych w obrębie odbierania odpadów wraz z zagospodarowaniem zebranych odpadów. Odbiór odpadów prowadzony będzie z nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów (§ 3 ust. 1 pkt 6 Projektu Umowy). Co do pozostałych frakcji odpadów zebranych selektywnie, w szczególności odpadów nadających się do recyklingu, takich jak papier czy tworzywa sztuczne, przetwarzanie organizuje Zamawiający.

To oznacza, jak wskazał Odwołujący, że może nastąpić sytuacja, w której wykonawca nie osiągnie tych poziomów recyklingu ze względu na charakterystykę odpadów powierzonych mu do zagospodarowania, a Zamawiający pomimo braku jakiejkolwiek odpowiedzialności Wykonawcy w tym zakresie, będzie miał prawo do nałożenia na niego kary umownej (za okoliczności pozostające całkowicie poza kontrolą Wykonawcy), co jest sprzeczne
z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, w tym zasadą proporcjonalności, a także z istotą kary umownej, która stanowi substytut odszkodowania.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający pominął szereg okoliczności mających wpływ na osiąganie poziomów recyklingu. Zamawiający nie uwzględnił, że działania wykonawcy polegające na odbieraniu
i zagospodarowaniu odpadów komunalnych (niewielkiej części całego strumienia) jest tylko jednym z czynników składających się na możliwość uzyskania poziomów recyklingu. Wykonawca nie może przejmować od Zamawiającego odpowiedzialności za osiąganie poziomów recyklingu, ponieważ ich osiąganie 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) i na jakość odpadów, które zobligowany jest odebrać i zagospodarować realizując przedmiot zamówienia.

Jak zauważył Odwołujący, 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 ww. rozporządzenia 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. Nie wszystkie procesy przetwarzania czy odzysku odpadów stanowią recykling.

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 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. Odwołujący zaznaczył, 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.

Odwołujący skonstatował, że skoro więc wykonawca nie jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy Walim, nie może ponosić odpowiedzialności za osiągnięcie poziomów recyklingu.

Odwołujący stwierdził, że 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 wykraczając poza zasadę swobody umów określoną
w Kodeksie cywilnym. Odwołujący wskazał, 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 materiału do wykonania dzieła. Oznaczałoby to, że Zamawiający jest odpowiedzialny za odpady przekazywane wykonawcy do obioru i zagospodarowania, jak i za to, by materiał ten nadawał się do wykonania dzieła
w sposób oczekiwany, czyli by były to opady zapewaniające możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu.

W tych okolicznościach uznać trzeba, zdaniem Odwołującego, że opisana powyżej rola gminy w systemie gospodarki odpadami i jej kompetencje określone w ustawach jednoznacznie potwierdzają, że kara umowna określona w § 11 ust. 4 pkt f)) Umowy nie powinna być w wprowadzana, gdyż nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomu recyklingu oraz ograniczenia poziomu składowania jest całkowicie nieproporcjonalne
w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto nakłada na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności całkowicie od niego niezależne.

Odwołujący podniósł również, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia 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.

W ocenie Odwołującego, obowiązek spoczywający na wykonawcy w zakresie ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z art. 3c u.c.p.g. (wskazany w OPZ oraz w § 4 ust 1 pkt j) Projektu Umowy) oraz obowiązek osiągniecia poziomów recyklingu (wskazany w OPZ oraz w Projekcie Umowy), 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 oraz ograniczenia poziomu składowania odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.

Odwołujący wskazał, że w wyniku zadanych pytań, Zamawiający w dniu 3 marca 2025 r. dokonał modyfikacji SWZ oraz Projektu Umowy w zakresie wykreślenia kar umownych za niezrealizowanie obowiązku podczas ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z art. 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024.399 t.j.); oraz zmienił zapis § 11 ust. 1 pkt 4 ppkt f) poprzez obniżenie wysokości kary umownej naliczanej na podstawie art. 9x ust. 3 u.c.p.g. do 50 % jej wysokości, czym w istocie Zamawiający jedynie doprowadził do zgodności sposobu naliczania kar umownych z ustawą, tj. art. 12b u.c.p.g. Odwołujący wskazał, że w warunkach przedmiotowego zamówienia kary umowne za nieosiągnięcie poziomów recyklingu nie powinny być w ogóle naliczane. Odwołujący nie zgodził się

z odpowiedzią na pytanie nr 6 z dnia 2 marca 2025 r., iż Zamawiający ma prawo do nałożenia na Wykonawcę wyłonionego w trybie postepowania o zamówienia publiczne obowiązku uzyskania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie tym samym prawidłowej realizacji usług, albowiem to Zamawiający wskazuje wykonawcy sposób zagospodarowania przeszło 72% odebranych odpadów. Odwołujący zaznaczył, że Wykonawca, nie mając wpływu na sposób zagospodarowania odebranych odpadów nie może odpowiadać za jego efekty.

W ocenie Odwołującego, nietrafne są również pozostałe argumenty Zamawiającego wskazane w odpowiedzi na pytanie nr 6 – Wykonawca ma bowiem obowiązek do informowania Zamawiającego o wszelkich stwierdzonych nieprawidłowościach w zakresie selektywnego zbierania odpadów przez właścicieli nieruchomości, jak również jest obowiązany do odbierania odpadów zebranych selektywnie w sposób wykluczający ich mieszanie. Wykonanie przez Wykonawcę wskazanych obowiązków jest niezwykle istotne, jednak po pierwsze Zamawiający ma możliwość kontroli i egzekwowania tych obowiązków z pomocą innych narzędzi – w tym kar umownych wskazanych w § 11 ust. 1 pkt 4 ppkt b) . Nie można jednak uznać, że zasadne jest w takim przypadku nakładanie kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, która jest nieproporcjonalna i nieadekwatna w stosunku do ww. obowiązków – zwłaszcza
w kontekście wyżej przytoczonej argumentacji Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, należy zatem całkowicie wykreślić karę umowną, o której mowa w § 11 ust. 4 ppkt f) Umowy. Wykonawca nie może bowiem być karany za brak osiągnięcia poziomów recyklingu, skoro to Zamawiający narzuca sposób zagospodarowania przeszło 72 % odebranych w ramach zamówienia odpadów.

Odwołujący podkreślił, że wina jest obligatoryjną przesłanką naliczenia kary umownej. Jeżeli wykonawca nie ponosi winy, to nie może być mowy o karze umownej. Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt KIO 909/13.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez dokonanie zmiany treści SWZ wraz z załącznikami, tj. w szczególności:

1. wykreślenia w OPZ punktów 16.3. ppkt 1) oraz ppkt 4);

2. wykreślenia w Projekcie Umowy postanowień wskazanych w § 4 ust. 1 pkt j) i zastąpienie ich obowiązkiem 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 oraz obowiązkiem dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w art. 3 c ust.1 u.c.p.g. .

3. wykreślenia w Projekcie Umowy postanowień wskazanych w § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt f);

4. wprowadzenia zmian w dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian;

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 marca 2025 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w części odwołanie, tj.:

1. w całości wnioski zawarte na str. 19 odwołania co do pkt 1 i w tym zakresie dokona modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez dokonanie zmiany treści SWZ wraz załącznikami poprzez wykreślenie w OPZ punktów 16.3. ppkt 1) oraz ppkt 4);

2. w części wnioski zawarte na str. 19 odwołania co do pkt 2 poprzez zmianę zapisów
w Projekcie Umowy postanowień wskazanych w § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt j projektu umowy poprzez zastąpienie treścią: „*podczas realizacji zamówienia do dążenia aby uzyskać jak najlepszy efekt zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Zamawiającemu osiągnięcie jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych określonych w art. 3b ust. 1 oraz zobowiązany jest aby dążyć do uzyskania jak najlepszych efektów ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w art. 3 c ust.1 u.c.p.g.*"

3. w części wnioski zawarte na str. 19 odwołania co do pkt 2 poprzez zmianę zapisów
w Projekcie Umowy postanowień wskazanych w § 11 ust. 1 pkt 4) ppkt f projektu umowy poprzez zastąpienie treścią: „*w przypadku nieosiągnięcia przez Gminę wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 30 % obliczonej w sposób wskazany w art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024.399 t.j.) lub - w przypadku zmiany regulacji prawnych - w sposób wskazany w obowiązujących na dzień zapłaty kary przepisach prawa. Podstawą naliczenia kary umownej jest informacja o osiągniętym poziomie przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zawarta w zaakceptowanym (zatwierdzonym) przez właściwy organ rocznym sprawozdaniu Wójta Gminy Walim z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi, za każdy rozpoczęty rok obowiązywania umowy. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kary w terminie 14 dni od dnia doręczenia*

mu na piśmie kopii sprawozdania, o którym mowa w zdaniu poprzednim".

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

W przedmiotowym postępowaniu, na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części, sporna pozostała kwestia kary umownej, jaką przewidział Zamawiający
w §11 ust. 1 pkt 4 lit. f Projektowanych postanowień umownych.

Izba ważąc argumenty obu stron stwierdziła, że w sytuacji, w której gmina nie realizuje samodzielnie odbierania i zagospodarowania odpadów, zasadnym jest następcze obciążenie wykonawcy zamówienia publicznego karami umownymi z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Bez wątpienia, sposób realizowania odbioru i zagospodarowania odpadów ma wpływ na osiągnięcie wymaganych wskaźników. Jest zatem uzasadnione, aby wykonawca zamówienia był odpowiednio zmotywowany do osiągnięcia określonych wskaźników.

Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego polegającego na rezygnacji z kary umownej. Izba zważyła, że do obowiązków wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu należy odbiór odpadów oraz zagospodarowanie części odpadów, co stanowi istotny czynnik mający wpływ na osiągnięcie wymaganych wskaźników. Jakość zbierania odpadów u źródła w znaczącym stopniu wpływa na efektywność dalszych działań recyklerów – im większy będzie udział odpadów zebranych selektywnie, tym łatwiej będzie osiągnąć wymagane poziomy recyklingu. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że wykonawca dysponuje środkami dyscyplinującymi właścicieli nieruchomości do rzetelnego prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów. Wykonawca, w przypadku stwierdzenia niewłaściwego zbierania odpadów, ma obowiązek zawiadomić o nieprawidłowym zbieraniu odpadów właściciela nieruchomości oraz zobowiązany jest zawiadomić pisemnie, za pośrednictwem poczty elektronicznej, o tym fakcie Zamawiającego, dołączając protokół i materiał dowodowy umożliwiający identyfikację nieruchomości oraz w sposób niepodważalny potwierdzający brak segregacji odpadów lub segregację niezgodną z regulaminem (pkt 6.1 i 6.2 OPZ). Należyte wykonanie przez wykonawcę określonych obowiązków ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. Z tego względu, gmina, która musi powierzyć wykonanie określonego zadania podmiotowi zewnętrznemu, powinna mieć możliwość zapewnienia sobie należytej realizacji takiego zadania, a sporna kara umowna jest środkiem służącym temu celowi. Podmiot, który faktycznie realizuje obowiązki gminy nie może być całkowicie zwolniony
z odpowiedzialności.

Izba miała jednak na uwadze, że wykonawca odpowiada za zagospodarowanie jedynie części odpadów, jakie zostaną odebrane w ramach przedmiotowego zamówienia. Wobec tego, za uzasadnione Izba uznała obniżenie poziomu kary przewidzianej w §11 ust. 1 pkt 4 lit. f Projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 8 do SWZ) do zaproponowanych przez Zamawiającego 30%. W ocenie Izby, taka wysokość kary jest adekwatna do udziału, jaki ma wykonawca w realizacji zadań gminy i jego odpowiedzialności.

W zakresie pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na ich uwzględnienie przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

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

Zgodnie z dyspozycją § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę uwzględnione w całości – do ponoszenia i rozliczenia kosztów stosuje się § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia. Przepis § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia nakazuje obciążyć kosztami zamawiającego.

Przewodnicząca:……..