

Sygn. akt KIO 1829/23
KIO 1830/23
KIO 1831/23
KIO 1832/23

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Irmina Pawlik
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17, 20, 21 i 27 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez:

1. wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** (sygn. akt KIO 1829/23)
2. wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** (sygn. akt KIO 1830/23)
3. wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** (sygn. akt KIO 1831/23)
4. wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** (sygn. akt KIO 1832/23)

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego **Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław** przy udziale:

1. wykonawcy **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 po stronie odwołującego,
2. wykonawcy **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jarosław (adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 po stronie odwołującego,
3. wykonawcy **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2 i 3 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowania odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 w sprawach o sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23.
2. Oddala odwołania o sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** (sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23) i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** tytułem wpisów od odwołań (sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23)
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław** kwotę **15 056 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu w sprawach o sygn. akt: KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i

KIO 1832/23.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1829/23

KIO 1830/23

KIO 1831/23

KIO 1832/23

Uzasadnienie

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia na:

1. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście”.
Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S 113-354029.
2. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki”.
Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S 113-352424.
3. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna”.
Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S 113-353497.
4. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”.
Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S 113-353497kk

W dniu 26 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniach na:

1. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście”.
2. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki”.
3. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna”.
4. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”.

Odwołania zarejestrowano pod sygnaturami KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art.

- 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty z uwagi na zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ilości odbieranych odpadów na podstawie budzących wątpliwości danych przyjętych przez Zamawiającego z uwagi na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w oderwaniu od danych historycznych co do masy odpadów komunalnych odbieranych z terenu Sektora i nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia utrzymującego się spadkowego trendu w zakresie masy odpadów komunalnych odbieranych z terenu Sektora I w ostatnich 6 miesiącach, w sytuacji gdy Zamawiający jednocześnie określa w § 11 ust. 12 projektu umowy minimalny gwarantowany zakres zamówienia za ledwie na poziomie 30% wartości umowy, co stanowi przeniesienie ryzyka nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty na wykonawców, zwiększa ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert i stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych,
- 2.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b ucpg poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kar umownych za nieosiągnięcie ww. poziomów w nadmiernej wysokości, oderwanej od stopnia zawinienia wykonawcy, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję, tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert,
- 3.art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 18 ust. 3 pkt 5 i § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy, że zmiana postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 ust. 1 i ust. 10 w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest możliwa po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastosowaniem wzoru, który określa 50% współczynnik rozkładu ryzyka, w sytuacji gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie różna o +/- 6% w przypadku pierwszej waloryzacji i +/- 4,5 % w przypadku kolejnych waloryzacji, z jednoczesnym zastrzeżeniem maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do wysokości +/- 8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto oraz obowiązkiem wykazania łącznego spełnienia warunków uznawanych przez Zamawiającego za dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanej z realizacją zamówienia w postaci: 1) udokumentowania istotnej zmiany kosztów paliwa na podstawie wzorów określonych przez Zamawiającego, 2) udokumentowania istotnej zmiany kosztów zatrudnienia w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, 3) udokumentowania zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów w instalacji komunalnej albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, podczas gdy takie 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 uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego,
- 4.art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. SWZ w sposób nieprecyzyjny, niejasny i niejednoznaczny, co narusza zasadę przejrzystości postępowania,
- 5.art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.2. SWZ w sposób nieprecyzyjny, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków oraz zmianę dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazaną, ale konieczną do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian, tj.:

- 1)Odnosnie zarzutu Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany załącznika nr III – Zestawienie kosztów zadania poprzez zmniejszenie szacowanej ilości odpadów komunalnych podlegających

odebraniu i zagospodarowaniu w ramach przedmiotowego zamówienia, zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i zamówienia objętego prawem opcji, w odniesieniu do odpadów następujących frakcji: zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne, odpady z papieru i tektury, odpady ze szkła, odpady z metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych, bioodpady, odpady wielkogabarytowe, tj. odpadów wskazanych w wierszach oznaczonych numerami 1-6 w tabeli nr 1 formularza zestawienia kosztów zadania. Sugerowane ilości odpadów poszczególnych frakcji, które powinny zostać ujęte w opisie przedmiotu zamówienia Odwołujący prezentuje poniżej w kolumnie 5 i 7 tabeli.

- 2)Odnosnie zarzutu 2 Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów SWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu oraz kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów, względnie

o nakazanie dokonania modyfikacji kary umownej przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) projektu umowy stosownie do odpowiedzialności, jaka może być wykonawcy przypisana, tj. w sposób adekwatny do obiektywnych możliwości wykonawcy zapewnienia osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, jednak nie więcej niż 50% kwoty obliczonej zgodnie ze wzorem przewidzianym dotychczas w XXI pkt 7 ppkt 2 SWU i § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) projektu umowy,

ewentualnie
o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisów SWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu poprzez rozłożenie tergo obowiązku pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę wedle następującego współczynnika:

- w roku 2023 (poziom wymagany ustawą 35%) - wykonawca 25 % Zamawiający 10 %
- w roku 2024 (poziom wymagany ustawą 45 %) - wykonawca 30 % Zamawiający 15 %
- w roku 2025 (poziom wymagany ustawą 55 %) - wykonawca 35 % Zamawiający 20 %.

- 3)Odnosnie zarzutu 3 Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów klauzuli waloryzacyjnej w zakresie odnoszącym się do zmiany ceny materiałów lub kosztów realizacji usługi (§ 18 ust. 3 pkt 5 i § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy) w ten sposób, aby waloryzacja miała charakter niejako automatyczny, tj. stawki za realizację usług były comiesięcznie aktualizowane zgodnie ze wskaźnikiem GUS za poprzedni miesiąc.

- 4)Odnosnie zarzutu 4 Odwołujący wniósł o doprecyzowanie zapisów rozdziału IV pkt 1.2.2.1. SWZ w sposób jednoznacznie pozwalający odczytać oczekiwania Zamawiającego.

- 5)Odnosnie zarzutu 5 Odwołujący wniósł o doprecyzowanie zapisów rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ i nadanie postanowieniu rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ następującego brzmienia:

„wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych z nieruchomości zamieszkałych lub łącznie z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

Ponadto Odwołujący wniósł także 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 (zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c.) Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście”. Szczegółowo przedmiot zamówienia został określony w Szczegółowych warunkach umowy, stanowiących załącznik nr 1 do SWZ, zwaną dalej „SWZ”. Masę odpadów podlegającą odebraniu w toku realizacji usługi Zamawiający określił w zestawieniu kosztów zadania, stanowiącym załącznik nr III.

Masa odpadów głównych 6 frakcji odpadów w ramach zamówienia podstawowego, tj. podlegająca odebraniu i zagospodarowaniu w ciągu 18 miesięcy realizacji usługi kształtuje się następująco: odpady komunalne 64 600,35 Mg, co stanowi 62,97% strumienia odpadów; odpady z papieru i tektury 9 820,78 Mg, co stanowi 9,57% strumienia odpadów, odpady ze szkła 6 481,79 Mg, co stanowi 6,32% strumienia odpadów; odpady z metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych 8 306,29 Mg, co stanowi 8,10% strumienia odpadów, bioodpady 8 943,71 Mg, co stanowi 8,72%;

odpady wielkogabarytowe 4 441,53 Mg co stanowi 4,33%, co z kolei razem stanowi 102 594,45 Mg.

Jednocześnie w § 11 ust. 12 projektu umowy Zamawiający określił minimalny gwarantowany zakres zamówienia. Postanowienie to ma następującą treść: *Wykonawca nie może uważać kwoty określonej w ust. 1, jako kwoty, którą uzyska po zakończeniu realizacji niniejszej umowy. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy wynikać będzie z rzeczywiście wykonanych prac. Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawcę wynagrodzenia w kwocie określonej w ust. 1 oraz z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawcę w poszczególnych latach wynagrodzenia w kwotach przewidzianych w ust. 10, na dany rok. Zamawiający zobowiązuje się do zlecenia prac o wartości minimum 30% wartości umowy.*

W SWZ Zamawiający zaniechał wskazania jakichkolwiek danych historycznych co do masy odpadów, jaka została odebrana w ostatnim czasie z terenu Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście. Pozwala to na postawienie tezy, że Zamawiający sporządził opisu przedmiotu zamówienia całkowicie w oderwaniu od danych historycznych co do masy odpadów komunalnych odbieranych z terenu Sektora, w szczególności z pominięciem danych za ostatnie 6 miesięcy.

Odwołujący dokonał porównania ilości odpadów przewidzianych przez Zamawiającego do odbioru zgodnie z formularzem zestawienie kosztów zadania z danymi historycznymi uzyskanymi w ramach dostępu do informacji publicznej. Na skutek zestawienia uzyskanych danych z danymi z formularza Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o korektę ilości odpadów przewidzianych w formularzu ofertowym, z uwagi na to, że od II połowy 2022 roku obserwowany jest istotny spadek ilości odpadów odbieranych z terenu Sektora. Spowodowane jest to aktualną sytuacją gospodarczą i utrzymującą się wysoką inflacją, co powoduje spadek masy odpadów związanych z bieżącą konsumpcją. Jednocześnie coraz bardziej popularna staje się idea zero waste, która skutkuje tym, że część mieszkańców świadomie ogranicza ilość generowanych odpadów. Efekt spadku ilości odbieranych odpadów komunalnych obserwowany jest na terenie całego kraju – zob.

<https://radiogdansk.pl/wiadomosci/region/slupsk/2023/04/07/w-slupsku-wyprodukowano-mniej-smieci-to-pierwsza-taka-sytuacja-od-lat/>

https://www.rdc.pl/aktualnosci/mazowsze/mieszkancy-mazowska-oszczedzaja-na-wysypiskach-mniej-smieci_bFmQMIXunT9gCZNarLf

<https://www.money.pl/gospodarka/smieci-trafiaja-do-pieca-zamiast-na-wysypisko-firmy-odbieraja-mniej-odpadow-od-mieszkancow-6839093644638912a.html>

Porównanie najbardziej aktualnych i dostępnych Wykonawcy danych, tj. okresu 6 miesięcy od listopada 2022 do kwietnia 2023 z analogicznym okresem rok wcześniej, tj. od listopada 2021 do kwietnia 2022 obrazuje spadek odebranych odpadów aż o 13 %. Dlatego też zasadnym jest skorygowanie (zmniejszenie) szacowanej wielkości strumienia odpadów komunalnych podlegających odebraniu i zagospodarowaniu w ramach przedmiotowego zamówienia. Zamawiający powinien aktualizować swoje szacunki dotyczące prognozowanych ilości odpadów, biorąc pod uwagę najświeższe dane i obecnie obowiązujące trendy, dzięki czemu określenie zakresu zamówienia będzie wiarygodne. Tymczasem Zamawiający zamiast obniżyć ilość odpadów objętych przedmiotem zamówienia, pozostał przy swoich nadmiernych szacunkach, jednocześnie określając minimalną gwarantowaną wartość świadczenia wykonawcy na poziomie 30% wysokości maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy. Takie działanie stwarza po stronie wykonawców zbyt dużą niepewność co do zakresu zamówienia, co podaje w wątpliwość porównywalność złożonych przez nich ofert. W takich warunkach nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie oferty i ryzyk, ponieważ wykonawca nie ma pewności co do zakresu zamówienia, który ma zrealizować.

W sytuacji gdy sam Zamawiający zastrzega, że gwarantowany minimalny poziom zamówienia to 30% całkowitego zamówienia, mamy do czynienia z sytuacją, w której to wykonawcy dokonywać będą kalkulowania ryzyka odbioru odpadów w mniejszej ilości. Jeżeli ryzyko to stanowi aż 70% wartości całego zamówienia, mamy do czynienia z sytuacją, która z dużą dozą prawdopodobieństwa skutkować będzie złożeniem całkowicie nieporównywalnych ofert przez wykonawców. W oparciu o całokształt opisu przedmiotu zamówienia nie sposób precyzyjnie określić, jakie ilości odpadów podlegają odbiorowi w ramach zamówienia. W stosunku do udostępnionych mas odpadów skalkulować należy wahania aż w zakresie +/- 70%. Sposób określenia ryzyka, które ma skalkulować wykonawca, jest więc całkowicie nieproporcjonalny i niewspółmierny do przedmiotu zamówienia, odbiega od standardów przyjętych przez innych Zamawiających udzielających zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Tak ukształtowany opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymogom jednoznaczności i precyzji, o których mowa w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp ani nie może być uznany za spełniający kryterium dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób efektywny.

Gdyby przyjąć, że liczba odpadów powstających na terenie Sektora I w toku realizowania usługi faktycznie spadnie aż o 70%, oznaczałoby to, że na jednego mieszkańca przypadać będzie niespełna 145 kg odpadów rocznie, podczas gdy średnia masa odpadów wytwarzana przez jednego mieszkańca Polski w roku 2021 r. wynosiła 348 kg odpadów rocznie. Jeżeli Zamawiający przewiduje spadki co do ilości odpadów podlegających odebraniu, to powinien

uwzględnić to w zestawieniu stanowiącym podstawę wyceny.

Zamawiający powinien przygotować opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie narusza zasad udzielania zamówień publicznych. W niniejszym postępowaniu Zamawiający uchybił swoim obowiązkom do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. W sytuacji gdy zakres zamówienia jest określony przez Zamawiającego z tak dużym marginesem błędu, nie można uznać by zasada ta została należycie zrealizowana.

Wyrazem zasady przejrzystości jest obowiązek określenia wymagań Zamawiającego co do opisu przedmiotu zamówienia jasno i jednoznacznie – tak, że wykonawcy nie muszą domyślać się intencji Zamawiającego w tym zakresie. Trudno natomiast odczytać intencję, jaka przyświecała Zamawiającemu przy określeniu tak drastycznego, odbiegającego od standardów stosowanych w podobnych zamówieniach, ryzyka co do zakresu przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie działanie Zamawiającego narusza zasadę efektywności, która stanowić powinna urzeczywistnienie koncepcji Value for Money zasadzającej się na dążeniu, aby nabywane dostawy, usługi lub roboty budowlane skutecznie realizowały założone przez zamawiającego cele, a jednocześnie, aby te dostawy, usługi lub roboty budowlane były nabywane na możliwie najlepszych warunkach, wliczając w to zrównoważenie kosztu i innych uwarunkowań w szczególności dotyczących jakości i ilości. W sytuacji gdy zaburzone są wskazania co do ilości (zakresu zamówienia), to również nie może być osiągnięta równowaga w zakresie dwóch pozostałych elementów tego równania, w szczególności w kwestii kosztów.

Niewątpliwym jest, że wskazana masa odpadów jest ilością szacunkową a zamówienie ma być realizowane w odniesieniu do faktycznych potrzeb Zamawiającego – zależnych od tego, ile odpadów w okresie realizacji usługi wytworzą mieszkańcy, a wypłata wynagrodzenia nastąpi zgodnie z cenami jednostkowymi wskazanymi w ofercie. W takiej sytuacji cena ofertowa zakreśla de facto pewne maksimum wynagrodzenia wykonawcy. Niemniej jednak zauważyć należy, że oderwane od rzeczywistości szacunki Zamawiającego, w tym co do ilości odpadów, stanowiły o unieważnieniu dwóch ostatnich postępowań przetargowych na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście na podstawie art. 255 pkt 3 p.z.p., zgodnie którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Zawyżona ilość odpadów objętych przedmiotem zamówienia w tych unieważnionych postępowaniach skutkowałą wywindowaniem ceny za realizację przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozwolił na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. W tych okolicznościach zarzut Odwołującego jest więc całkowicie uzasadniony.

Dlatego też Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany załącznika nr III – Zestawienie kosztów zadania poprzez zmniejszenie szacowanej ilości odpadów komunalnych podlegających odebraniu i zagospodarowaniu w ramach przedmiotowego zamówienia, zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i zamówienia objętego prawem opcji, w odniesieniu do odpadów następujących frakcji: zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne, odpady z papieru i tektury, odpady ze szkła, odpady z metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych, bioodpady, odpady wielkogabarytowe, tj. odpadów wskazanych w wierszach oznaczonych numerami 1-6 w tabeli nr 1 formularza zestawienie kosztów zadania. Sugerowane ilości odpadów poszczególnych frakcji, które powinny zostać ujęte w opisie przedmiotu zamówienia Odwołujący prezentuje poniżej w kolumnie 5 i 7 tabeli.

Odnośnie zarzutu 2 (naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b ucp) Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale I pkt 6 ppkt 13 lit. b) SWU określił, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do osiągania rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1-1b ucp, zwanych dalej „poziomów recyklingu”. Obowiązek ten Zamawiający rozwinął w rozdziale XXI SWU. W rozdziale XXI pkt 7 ppkt 2 SWU Zamawiający określił sposób obliczania kar za nieosiągnięcie tych poziomów w sposób następujący: $WK2 = MB1 \times S$, gdzie: WK2 – wysokość kary wyrażona w zł, MB1 – brakująca masa odpadów komunalnych, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg oraz S – stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska.

Kara umowna za nieosiągnięcie poziomów recyklingu określona została także w projekcie umowy, tj. w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) projektu umowy, zgodnie z którym:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne

(...)

za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XXI, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XXI pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XXI pkt 7, ppkt 2).

W roku 2023 wymagany do osiągnięcia poziom recyklingu wynosi 35%, w roku 2024 – 45%, w roku 2025 – 55%. Tymczasem osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku gdy prawie 63% strumienia odpadów odbieranych w Sektorze I to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie zaledwie kilku % jest niemożliwe do zrealizowania, nawet przy kontrfaktycznym założeniu, że odpady zbierane selektywnie zostaną poddane recyklingowi w 100%. Podkreślenia wymaga, że w odpadach selektywnie zbieranych znajdują się wtrącenia, których nie da się poddać recyklingowi.

Osiągnięcie przez gminy zakreślonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 ucpg. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. W praktyce zachowania mieszkańców w zakresie spełniania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów w istotny sposób odbiegają od zachowań pożądanых, jednak bez działań podejmowanych przez Zamawiającego, nie jest możliwa zmiana przyzwyczajeń mieszkańców.

Poprzez próbę obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu, Zamawiający zmierza do przerzucenia obowiązku realizacji zadań własnych gminy w całości na podmiot trzeci, który, w oczywisty sposób nie dysponuje odpowiednimi instrumentami celem wykonania tych zadań, przerzucenia całości ryzyka finansowego związanego z brakiem osiągnięcia poziomów recyklingu przez gminy na taki podmiot trzeci (tak bowiem należy traktować możliwość domagania się kary umownej), a w konsekwencji do pozbycia się przez gminy zarówno części zadań własnych, jak też uwolnienia się od sankcji administracyjnych w tym zakresie. W ocenie Odwoływającego, są to założenia i cele w oczywisty sposób sprzeczne z prawem, gdyż prowadzą do całkowitej utraty przez gminę zainteresowania podejmowaniem przez ich ograny działań w zakresie osiągania wymaganych poziomów recyklingu, m.in. działań edukacyjnych, działań propagujących należytą segregację, działań organizacyjnych i działań sankcyjnych względem mieszkańców nierealizujących obowiązku selektywnej zbiórki odpadów, skoro i tak pełną realizację celów miałby zapewnić wykonawca realizujący usługę na rzecz gminy, a ponadto zmierzają do uniknięcia motywujących skutków sankcji administracyjnych wobec Gminy Wrocław. W konsekwencji zaś takie postanowienia umowne należy uznać za nieważne. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego nieważna jest bowiem dokonana z naruszeniem zakazu wynikającego z norm prawa publicznego czynność prawna kształtująca stosunki cywilnoprawne (art. 58 § 1 i 3 k.c.) (tak wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2002 r., sygn. akt V CKN 1445/00, i z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt V CSK 361/16).

Podkreślenia wymaga okoliczność, 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).

Wykonawca nie może odpowiadać w stopniu przewidzianym przez Zamawiającego za brak osiągniętych poziomów recyklingu, ponieważ ich osiągnięcie zależy od wielu czynników, które w większości przypadków są całkowicie niezależne od wykonawcy.

Wykonawca nie ma żadnego wpływu ani na ilość, ani na rodzaj wytworzonych na terenie Sektora odpadów komunalnych. Im większa jest ilość wytworzonych odpadów komunalnych tym trudniej będzie osiągnąć wymagane poziomy recyklingu. Tymczasem nie każdy rodzaj odpadów, nawet jeżeli są to odpady selektywnie gromadzone, podlega recyklingowi. Wykonawca w żaden sposób nie może wpłynąć na zmniejszenie ilości odpadów wytwarzanych przez mieszkańców Sektora, które nie będą się nadawały do ponownego użycia i poddania ich recyklingowi, co w konsekwencji zwiększyłoby szanse osiągnięcia pożądanых przez Zamawiającego poziomów.

Wśród odpadów z gospodarstw domowych do recyklingu szczególnie nadają się: butelki plastikowe po napojach typu PET, opakowania po żywności (jogurtach, serach, itp.), butelki plastikowe po kosmetykach i środkach czystości, duże folie opakowaniowe, torebki foliowe, puszki aluminiowe, butelki szklane po napojach, opakowania z kartonu oraz biomasa roślinna.

Do recyklingu nie nadają się natomiast: zabrudzone opakowania z tworzyw sztucznych, brudny papier i karton,

foliowany papier, papier termiczny, szkło stołowe i żaroodporne, ceramika, lustra, niezużyte dezodoranty i lakiery w sprayu, zużyte szczotki i szczoteczki (do zębów, włosów, czyszczenia, toalety), gumki do włosów, zużyte maszyny do golenia, kredki, flamastry oraz środki higieniczne

Z uwagi na ograniczoną liczbę instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów w Polsce i dużą dostępność surowców na rynku, to recyklerzy dyktują warunki przyjęcia odpadów, narzucając wysokie standardy, jakim muszą odpowiadać odpady, czy wręcz odmawiając przyjęcia odpadów surowcowych wysortowanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych w instalacjach komunalnych.

Przepisy rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, które weszło w życie w dniu 4 września 2021 r. Rozporządzenie to wprowadziło nowy sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych oraz nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, dowodem na co jest Komunikat w sprawie obliczania poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 4 ppkt 3 SWU obowiązkiem wykonawcy jest kontrolowanie zawartości pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych względem zapisów Regulaminu. Natomiast w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem, *Wykonawca ma obowiązek:*

- a) *niezwłocznie sporządzić notatkę w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników (zgodnie z Rozdziałem XV), zgodnie z załącznikiem nr 19 – Wzory notatek umieszczanych w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników, z zastrzeżeniem, że na fotografiach dołączanych do notatki ma być widoczna naklejka, o której mowa w lit. b), zawartość (wnętrze) pojemnika oraz widoczna na zdjęciu data, godzina i geolokalizacja (długość i szerokość geograficzna),*
- b) *oznakować pojemnik, w którym stwierdzono niedopełnienie obowiązku wskazanego w ppkt 4), poprzez umieszczenie w widocznym miejscu na pojemniku naklejki wielokrotnego użytku zgodnej z projektem określonym w załączniku nr 7 – Wzór naklejki i powiadomienia informujących o niewypełnieniu obowiązku selektywnej zbiórki informującej o zaistniałej nieprawidłowości z zastrzeżeniem, że w przypadku nieruchomości jednorodzinnych i niezamieszkałych, Wykonawca zobowiązany jest także do dostarczenia powiadomienia (sporządzonego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 7) bezpośrednio do skrzynek pocztowych znajdujących się na terenie nieruchomości, a w przypadku ich braku, Wykonawca obowiązany jest pozostawić powiadomienie w innym miejscu umożliwiającym jego odbiór,*
- c) *odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,*
- d) *usunąć naklejkę, o której mowa w lit. b) podczas odbioru odpadów jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,*
- e) *sporządzić protokół zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 8 - Wzór protokołu stwierdzającego, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (...).*

Odwołujący podniósł, że w zabudowie wielolokalowej z uwagi na częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych wielu mieszkańców może nie mieć świadomości nienależytej realizacji obowiązku selektywnej zbiórki, gdyż może nawet nie zauważyć nalepki informującej o nieprawidłowej segregacji. Co więcej, powyższe obowiązki powodują zwiększenie udziału odpadów zmieszanych w całym strumieniu zebranych odpadów, co znacząco utrudnia osiągnięcie poziomów recyklingu, np. odebranie papieru czy tworzyw sztucznych razem z odpadami zmieszanymi uniemożliwia poddanie ich recyklingowi z uwagi na zanieczyszczenia.

To Zamawiający sprawuje kontrolę nad realizacją obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, egzekwując ten obowiązek poprzez nakładanie opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów. Skoro to Zamawiający posiada instrumenty pozwalające zdyscyplinować mieszkańców, niezrozumiałym i nieadekwatnym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia jest obarczanie pełną odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomów recyklingu wykonawcy. Wedle wiedzy Odwołującego Zamawiający nie wszczyna postępowań o nałożenie opłaty podwyższonej, pomimo zgłoszeń co do nienależytej realizacji obowiązku selektywnej zbiórki przez mieszkańców.

Możliwość nałożenia na wykonawcę kary umownej z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu obciąża wykonawcę pomimo prawidłowej realizacji pozostałych obowiązków wynikających z umowy. Tymczasem odpowiedzialność wykonawcy powinna kształtować się stosownie do działań wykonawcy, za które można przypisać mu winę. Jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, to nie jest zobligowany do naprawienia powstałej szkody. Instytucja kary umownej oparta

jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Kara umowna przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) projektu umowy całkowicie abstrahuje od odpowiedzialności, jaka może być wykonawcy przypisana, a tym samym została określona w sposób nieadekwatny, z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz zasad współzycia społecznego i uczciwości kupieckiej. Powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Zgodnie z przepisami p.z.p. kara umowna winna być nałożona wyłącznie za zawinione działania i zaniechania, co nie wynika z obecnego brzmienia postanowień umownych.

W tych okolicznościach kara umowna powinna zostać obniżona do maksymalnie 50 %, a obowiązek jej zapłaty uzależniony od możliwości określenia rozmiaru przyczynienia się do powstania podstaw do nałożenia kary.

Odwolujący w zakresie tego zarzutu wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów SWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu oraz kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów, względnie

o nakazanie dokonania modyfikacji kary umownej przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) projektu umowy stosownie do odpowiedzialności, jaka może być wykonawcy przypisana, tj. w sposób adekwatny do obiektywnych możliwości wykonawcy zapewnienia osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, jednak nie więcej niż 50% kwoty obliczonej zgodnie ze wzorem przewidzianym dotychczas w XXI pkt 7 ppkt 2 SWU i § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) projektu umowy, ewentualnie

o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisów SWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu poprzez rozłożenie tego obowiązku pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę wedle następującego współczynnika:

- w roku 2023 (poziom wymagany ustawą 35%) - wykonawca 25 % Zamawiający 10 %
- w roku 2024 (poziom wymagany ustawą 45 %) - wykonawca 30 % Zamawiający 15 %
- w roku 2025 (poziom wymagany ustawą 55 %) - wykonawca 35 % Zamawiający 20 %.

Odnosząc zarzut 3 (naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pz) Odwołujący podniósł, że postanowienia projektu umowy przewidują następujące zasady dokonywania waloryzacji wynagrodzenia. Przywołał treść § 18 ust. 3 pkt 5 i § 18 ust. 4 pkt 1 lit e). Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna nie odpowiada wymaganiom ustawy.

W pierwszej kolejności 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 różny od $\pm 6\%$ dla pierwszej waloryzacji i różny od $\pm 4,5\%$ dla kolejnych waloryzacji. Wydaje się jednak, że literalne brzmienie zapisów klauzuli waloryzacyjnej nie odpowiada faktycznej intencji Zamawiającego. Zgodnie bowiem z aktualnymi postanowieniami wzoru umowy niemożliwe jest dokonanie waloryzacji wyłącznie w sytuacji gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych jest równa 6 % lub 4,5%. W ocenie Odwołującego intencją Zamawiającego było umożliwienie waloryzacji wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z Komunikatem Prezesa GUS za ostatnich 6 zakończonych miesięcy będzie wyższa od $\pm 6\%$ i $\pm 4,5\%$. Dalsze zarzuty Odwołującego odnoszą się do takiego właśnie sposobu rozumienia klauzuli waloryzacyjnej.

Narzucony przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera stronom możliwość ubiegania się o dokonanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy na poziomie $\pm 6\%$ - dla pierwszej waloryzacji oraz $\pm 4,5\%$ dla kolejnych waloryzacji jest zbyt wysoki i jako taki narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i w nieproporcjonalny sposób przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Wymagany przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów nie umożliwia skorzystania z klauzuli waloryzacyjnej i zrealizowanie celu, jakemu ma służyć przepis art. 439 ustawy Pzp.

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 6% ryzyko rozkładane jest równomiernie, ale w sytuacji gdy suma tych wskaźników będzie niższa od 6% - całość ryzyka spoczywa na wykonawcy.

Przewidziany przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji sprawia, iż całość ryzyka wzrostu kosztów w przypadku inflacji na poziomie do 6% (i odpowiednio 4,5% w późniejszym okresie) ponosi Wykonawca. Dodatkowe ograniczanie możliwości kompensaty wyższych kosztów poprzez jej 50% redukcję sprawia, iż mechanizm waloryzacji staje się w praktyce dla Wykonawcy nieskuteczny, dowodem czego są tabele dot. waloryzacji – 2 warianty

Tylko klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tymczasem wprowadzone wymagania dodatkowe, odnoszące się do sposobu udokumentowania związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany

wynagrodzenia są nadmiernie formalistyczne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i wypaczają istotę klauzuli waloryzacyjnej. Zamawiający wymaga bowiem, aby wykonawca uzasadnił swój wniosek wykazując łączne spełnienie następujących warunków:

- a) udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów paliwa wykorzystywanego w transporcie odpadów, dokumentowana na podstawie wzrostu wskaźnika średniej ceny hurtowej oleju napędowego w Polsce według wzorów określonych przez Zamawiającego,
- b) udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zatrudnienia osób realizujących zamówienie dokumentowanej przez Wykonawcę na podstawie pełnego zestawienia porównującego wysokości wynagrodzenia zasadniczego osób zatrudnionych na umowie o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia. Progiem istotności zmiany jest odpowiednio poziom $\pm 6\%$ i $4,5\%$,
- c) udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej. Udokumentowanie następować będzie poprzez porównanie stawek z umów zawartych przez Wykonawcę lub w przypadku posiadania własnej instalacji udokumentowanie zmiany kosztów związanych z jej funkcjonowaniem z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia jakim jest ustalenie poprzedniej wysokości wynagrodzenia, Progiem istotności zmiany jest odpowiednio poziom $\pm 6\%$ i $4,5\%$.

Tak ukształtowane warunki uznania, że doszło do wzrostu kosztów realizacji usługi są nadmiernie sformalizowane i nieproporcjonalne. Postawiony przez Zamawiającego warunek, aby wzrost kosztów paliwa, wynagrodzeń pracowników i koszt zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej został spełniony łącznie jest trudny do prognozowania. Utrudnia to lub wręcz czyni niemożliwym oszacowanie, czy w ogóle waloryzacja będzie możliwa, a jeśli tak to kiedy i na jakim poziomie.

Wskazać należy, że historia zmian cen oleju napędowego Ekodiesel w 2023 roku, tj. spadek cen o około 20% względem cen ze stycznia 2023 przy równoczesnym dalszym wzroście inflacji o ponad 5% w tym samym okresie (), wskazuje, że odniesienie się do tego wskaźnika jest niemiarodajne.

Warunki określone przez Zamawiającego nie przystają do przedmiotu zamówienia również z uwagi na poniżej przytoczone okoliczności.

Do realizacji usługi wykorzystywane są nie tylko pojazdy napędzane olejem napędowym. Z uwagi na obowiązek spełnienia wymagań wynikających z ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych wykonawca ma obowiązek realizacji usługi z wykorzystaniem pojazdów napędzanych także w inny sposób – np. CNG lub pojazdów elektrycznych. Tymczasem klauzula waloryzacyjna w ogóle nie uwzględnia tych okoliczności.

Niezrozumiałym jest, dlaczego Wykonawca nie może wykazywać wzrostu kosztów w alternatywnych formach współpracy – umowach zlecenia, umów podwykonawczych? Część kosztów, jakie ponosi wykonawca w związku z realizacją usługi, nie jest wykonywana lub dostarczana przez pracowników wykonawcy lecz podmioty trzecie. Ceny oferowanych przez nich towarów i usług również wzrosną – chociażby z uwagi na planowane dalsze wzrosty minimalnego wynagrodzenia za pracę o ponad 20 % - 4242 zł od stycznia 2024 r. i 4300 zł od lipca 2024 r. Nieprecyzyjny jest również warunek udokumentowania przez Wykonawcę wzrostu kosztów pełnego zestawienia porównującego wysokości wynagrodzenia zasadniczego osób zatrudnionych na umowę o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia. Brak jest definicji „pełnego zestawienia” – czy Wykonawca ma dokumentować koszty zatrudnienia wszystkich pracowników, niezależnie od ich procentowego zaangażowania w obsługę umowy?

Zamawiający przewiduje, że wyłącznie wzrost kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej uzasadnia waloryzację. Zagospodarowaniu w instalacji komunalnej podlegają wyłącznie zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne. Pozostałe odpady podlegają zagospodarowaniu w instalacjach, które nie muszą mieć statusu instalacji komunalnej. Oznacza to, że pomimo rozbicia kosztów realizacji usługi na wiele frakcji odpadów, wyłącznie zmiana kosztów w zakresie odpadów zmieszanych uzasadniać będzie waloryzację wynagrodzenia. Wzrost kosztów zagospodarowania aż 40% strumienia odpadów nie będzie zatem skutkował waloryzacją wynagrodzenia. Zamawiający w żaden sposób nie uwzględnia wzrostu kosztów zagospodarowania pozostałych frakcji odpadów, a właśnie te frakcje – np. tworzywa sztuczne czy papier – charakteryzuje duża zmienność w kosztach zagospodarowania. Ponadto powyższe rozwiązanie faworyzuje podmioty dysponujące własną instalacją komunalną.

W tych okolicznościach Wykonawca nie będzie mógł wnioskować o waloryzację zgodnie z realnie rosnącymi kosztami.

Określone przez Zamawiającego uwarunkowania dotyczące zasad dokonywania waloryzacji wynagrodzenia umownego nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną. Dokonując w ten sposób opisu zasad dokonywania waloryzacji Zamawiający naruszył zasadę ekwiwalentności, wykonawcy muszą bowiem skalkulować ryzyko wzrostu cen w cenie ofertowej. Co więcej taka sytuacja przekłada się również na ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów klauzuli waloryzacyjnej w zakresie odnoszącym się do zmiany ceny materiałów lub kosztów realizacji usługi (§ 18 ust. 3 pkt 5 i § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy) w ten sposób, aby waloryzacja miała charakter niejako automatyczny, tj. stawki za realizację usług były comiesięcznie aktualizowane zgodnie ze wskaźnikiem GUS za poprzedni miesiąc.

Przykład 1

Zgodnie wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych w kwietniu 2023 roku opublikowanym przez GUS w dniu 15 maja 2023 w stosunku do poprzedniego miesiąca ceny towarów i usług wzrosły o 0,7% - oznacza to, iż ceny Wykonawcy w kwietniu 2023 należałoby zwaloryzować o 0,7% względem cen w marcu.

Przykład 2

Zgodnie wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych w maju 2023 roku opublikowanym przez GUS w dniu 15 czerwca 2023 w stosunku do poprzedniego miesiąca ceny zarówno towarów jak i usług utrzymały się na tym samym poziomie. Oznacza to, iż ceny Wykonawcy w maju 2023 pozostałyby na tym samym poziomie co w kwietniu 2023.

Odnosnie zarzutu 4 (zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp) Odwołujący podniósł, że zgodnie z zapisem rozdziału IV pkt 1.2.2.1. SWZ *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/którego obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 45 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.*

Zapis rozdziału IV pkt 1.2.2.1. SWZ jest niejasny i niejednoznaczny. Z postanowienia rozdziału IV pkt 1.2.2.1. SWZ nie wynikają w sposób niebudzący wątpliwości faktyczne oczekiwania Zamawiającego. Nie jest jasne, w jakiej formule Zamawiający dopuszcza potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w sytuacji legitymowania się przez wykonawcę niezbędnym doświadczeniem na podstawie więcej niż jednego zamówienia.

Odwołujący skierował do Zamawiającego zapytanie z prośbą o doprecyzowanie, czy warunek ten oznacza, że każde z zamówień składających się na łączny odbiór odpadów komunalnych w ilości 45 000 Mg musi obejmować usługę realizowaną na obszarze zamieszkałym przez co najmniej 100 000 mieszkańców?

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o doprecyzowanie zapisów rozdziału IV pkt 1.2.2.1. SWZ w sposób jednoznacznie pozwalający odczytać oczekiwania Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu 5 (zarzutu naruszenia przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp) Odwołujący podniósł, że zgodnie z zapisem rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ *wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.*

Zapis rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ został sformułowany w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Nie umożliwia on należytej oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Obecne brzmienie postanowienia rozdziału IV pkt 1.2.2.2. prowadzi do wniosku, że Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli wykonawca będzie legitymował się jakimkolwiek doświadczeniem w zakresie realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na rzecz gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób niezależnie od tego, jaki był faktyczny zakres przedmiotowej usługi. Należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający nie stawia żadnych wymagań co do ilości odpadów odebranych i zagospodarowanych w ramach takiego zamówienia ani co do wartości zrealizowanego zamówienia.

Podkreślić należy, że Zamawiający zobligowany jest do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Stwierdzić należy, że wymóg proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza nie tylko, że nie mogą one być zbyt wysokie w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz również, że nie mogą one być zbyt niskie. Warunki udziału w postępowaniu nie służą bowiem dopuszczeniu do udziału w postępowaniu jak największej liczby wykonawców, lecz dopuszczeniu jedynie tych,

którzy są zdolni do należytej realizacji zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, warunek będzie spełniony jedynie w sytuacji gdy wykonawca realizował analogiczną usługę do tej, która stanowi przedmiot zamówienia, tj. usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, tj. gdy wykonawca realizował usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości zamieszkałych lub łącznie bezpośrednio od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób również spełni postawiony warunek – np. usługa odbioru i zagospodarowania odpadów z PSZOK lub usługa odbioru i zagospodarowania odpadów z cmentarzy. Doświadczenie z realizacji takiej usługi z pewnością nie jest proporcjonalne do zakresu przedmiotowego zamówienia. Wszakże to nie sam fakt logistycznego operowania na terenie gminy zamieszkałej przez 100 000 mieszkańców potwierdza zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, lecz doświadczenie w wykonywaniu analogicznej usługi do tej objętej przedmiotem zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 9c ust.1 ucpg przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, podczas gdy zgodnie z art. 9c ust. 1a ucpg nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Wobec braku określenia minimalnych poziomów zakresu zrealizowanej usługi oraz niejednoznacznego sformułowania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, kwestia ta wymaga doprecyzowania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o doprecyzowanie zapisów rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ i nadanie postanowieniu rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ następującego brzmienia:

„wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych z nieruchomości zamieszkałych lub łącznie z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

Zamawiający informację o wniesionych odwołaniach wraz z odwołaniami w dniu 27 czerwca 2023 r. zamieścił na stronie internetowej Zamawiającego system.logintrade.net/rejestracja/ustwowe.html.

W dniu 30 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym Chemeko”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 30 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym FBSerwis”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2 i 3, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 30 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ENERISEkologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Rusko, zwany dalej „Przystępującym ENERIS”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie zostały wypełnione żadne z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, 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 stwierdziła skuteczność przystąpienia:

1. wykonawcy Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym Chemeko”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 po stronie Odwołującego,

2. wykonawcy ENERISEkologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Rusko, zwany dalej „Przystępującym ENERIS”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 po stronie Odwołującego,
3. wykonawcy FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym FBSerwis”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2 i 3 po stronie Odwołującego,

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23, 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 oraz oświadczenia Stron i Przystępujących wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępujących do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w załączeniu do odwołania dowody z dokumentów, tj.:

1. Komunikat w sprawie obliczania poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.
2. Tabele dotyczące waloryzacji – 2 warianty.

Izba dopuściła złożony przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowody z dokumentów, tj.:

1. „Wykaz pojazdów – Sektor IV”.
2. Zestawienie „Wartości stawek jednostkowych z ofert przy zapisach o karach za nieosiągnięcie poziomów recyklingu oraz bez tych zapisów”.
3. Zestawienie „Wartości umów przedstawionych ofert przy zapisach o karach za nieosiągnięcie poziomów recyklingu i bez tych zapisów”.

Izba dopuściła złożone przez Odwołującego w załączeniu do pisma z dnia 19 lipca 2023 r. dowody, tj.:

1. Tabele dotyczące poziomów recyklingu i kar.
2. UM Gdańsk – Narzędzia kontroli i ich skuteczności strony 1-6.
3. Artykuł prasowy.
4. Ekosystem – poziomy w sektorach.
5. UM Wrocław – brak podwyższania opłat za nieselektywne zbieranie.
6. Analiza stanu gospodarki odpadami za 2021 r. – wpływ punktów skupu na poziomy recyklingu.
7. Uchwała dotycząca kompostowników.
 - 7.1. Pismo Ekosystemu zachęcające do kompostowania.
 - 7.2. Komunikat do Rozporządzenia – jak liczyć odpady zielone z kompostowników.
 - 7.3. Program udostępniania kompostowników.
8. Rozporządzenie dotyczące osiągania poziomów recyklingu.
 - 8.1. ZZO Marszów – Kalkulacja kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu str. 18-19.
 - 8.2. ZUOK Orli Staw – Zagospodarowanie bioodpadów jako klucz do osiągnięcia poziomów recyklingu str. 14.
 - 8.3. ZUO Szczecin – Współpraca gmin z instalacjami gospodarki odpadami str. 9.
 - 8.4. UM Wrocław – Przegląd czynników wpływających na osiągnięcie poziomów recyklingu – str. 5 i 8.
9. Osiągi z instalacji komunalnych dla 20 03 01 stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa wraz z załącznikami.
10. Zmiana cen paliwa a inflacja.
11. Wykaz elementów kosztotwórczych.
 - 11.1. Wykaz elementów kosztotwórczych – odbiór odpadów.
 - 11.2. Wykaz elementów kosztotwórczych – zagospodarowanie odpadów.
12. Dwa pisma kierowane do Odwołującego i stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa z dnia 13 stycznia 2023 r. i 11 stycznia 2023 r.

Izba dopuściła złożone przez Odwołującego na posiedzeniu i rozprawie dowody, tj.:

1. Wyciąg z odpowiedzi na pozew stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. Tekst ustawy przekazany do Senatu zgodnie z art. 52 regulaminu Sejmu (Ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw).

3. Pismo Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 5 sierpnia 2022 r.

4. Pismo Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 14 grudnia 2022 r.

5. Wyciąg z Referatu wygłoszonego na Ogólnopolskiej Konferencji „Odpady w Gminie w 2023 Poziomy recyklingu”.

6. Analiza przygotowana przez Politechnikę Wrocławską „Wyzwania związane z gospodarką obiegu zamkniętego na przykładzie Wrocławia”.

Odwolujący na posiedzeniu w dniu 17 lipca 2023 r. cofnął odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 w zakresie zarzutu nr 1 odwołań, tj. zarzutu „naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty z uwagi na zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w składanych ofertach ilości odbieranych odpadów na podstawie budzących wątpliwości danych przyjętych przez Zamawiającego z uwagi na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w oderwaniu od danych historycznych co do masy odpadów komunalnych odbieranych z terenu Sektora i nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia utrzymującego się spadkowego trendu w zakresie masy odpadów komunalnych odbieranych z terenu Sektora I w ostatnich 6 miesiącach, w sytuacji gdy Zamawiający jednocześnie określa w § 11 ust. 12 projektu umowy minimalny gwarantowany zakres zamówienia zaledwie na poziomie 30% wartości umowy, co stanowi przeniesienie ryzyka nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty na wykonawców, zwiększa ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert i stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych”. Wobec powyższego postępowanie w części cofniętego odwołania (zarzut nr 1 w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23) podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b ucpg poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kar umownych za nieosiągnięcie ww. poziomów w nadmiernej wysokości, oderwanej od stopnia zawinienia wykonawcy, co narusza zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję, tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert (zarzut nr 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale XXI SWU „Osiąganie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa” podał:

„1. W zakresie osiagania poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w Punktach Selektynego Zbierania Odpadów Komunalnych, w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych oraz usługi SZOP, w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów:

1) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.),

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1-1b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.).

3) składowania odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 2a-2b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.)

2. Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu w terminie do ostatniego dnia lutego za rok ubiegły, na piśmie i w wersji elektronicznej (MS Excel) umieszczonego na wirtualnym Dysku zgodnie z Rozdziałem XVIII, sprawozdania dotyczącego:

1) osiągnięcia rocznych poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,

2)osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,

3)osiągnięcia rocznych poziomów składowania odpadów komunalnych, zgodnie z pkt 1 oraz obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie”.

(identyczną treść zawiera SWU dla Sektora I-IV).

Nadto Zamawiający w Rozdziale XXI, pkt 7, ppkt 2 określił sposób obliczania kar za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, tj.:

„7. Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów:

(...)

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

$$Wk2 = MB1 \times S$$

gdzie:

WK2 – wysokość kary wyrażona w zł

MB1 – brakująca masa odpadów komunalnych, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.).”.

Zamawiający w Projekcie umowy - § 15 „Kary umowne” zamieścił następujące postanowienia” „Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i wysokościach: (...)

14) w zakresie innym niż ww. obowiązki:

(...)

q) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XXI, pkt 1,

ppkt 1), w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg wymaganej do osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania, o którym mowa w SWU rozdział XXI, pkt.1, ppkt 1) (obliczonej zgodnie z SWU rozdział XXI pkt 7 ppkt 1),

r) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XXI, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XXI pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XXI pkt 7 ppkt 2),

s) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XXI, pkt 1, ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.) i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XXI pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XXI pkt 7, ppk 3)”.

(identyczną treść zawiera Projekt umowy dla Sektora I-IV).

Odwolujący zakwestionował treść SWU oraz Projektu umowy we wskazanym zakresie, podnosząc m.in., że osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku gdy prawie 63% strumienia odpadów odbieranych w Sektorze I to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie zaledwie kilku % jest niemożliwe do zrealizowania, nawet przy kontrfaktycznym założeniu, że odpady zbierane selektywnie zostaną poddane recyklingowi w 100%. Podkreślenia wymaga, że w odpadach selektywnie zbieranych znajdują się wtrącenia, których nie da się poddać recyklingowi. Wykonawca nie może odpowiadać w stopniu przewidzianym przez Zamawiającego za brak osiągniętych poziomów recyklingu, ponieważ ich osiągnięcie zależy od wielu czynników, które w większości przypadków są całkowicie niezależne od Wykonawcy.

Wobec powyższego możliwość nałożenia na Wykonawcę kary umownej z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu obciąża Wykonawcę pomimo prawidłowej realizacji pozostałych obowiązków wynikających z umowy. Tymczasem odpowiedzialność Wykonawcy powinna kształtować się stosownie do działań Wykonawcy, za które można przypisać mu winę. W tych okolicznościach kara umowna powinna zostać obniżona do maksymalnie 50 %, a obowiązek jej zapłaty uzależniony od możliwości określenia rozmiaru przyczynienia się do powstania podstaw do nałożenia kary.

Zarzut ten był już przedmiotem kilku wcześniejszych odwołań.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

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.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w Rozdziale XXI SWU, pkt 1 zamieścił wymóg dotyczący osiągnięcia przez Wykonawcę realizującego usługę wymaganych przepisami prawa rocznych poziomów recyklingu. Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1 – 1b ustawy ucpg (tylko tego punktu – punktu 2 zarzut ten bowiem dotyczy). Przepis ten (art. 3b ust. 1 – 1b ustawy ucpg) wprowadza bowiem obowiązkowe poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i stanowi, że *„Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej: (...) 35% wagowo - za rok 2023; 45% - za rok 2024 i 55% wagowo – za rok 2025 (...)”*. 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 ucpg. 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 prawem poziomów recyklingu.

Wobec tego zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 k.c. sposób wyegzekwowania od Wykonawcy wypełnienia tego obowiązku. Dla Zamawiającego istotna jest bowiem prawidłowa realizacja usługi będącej przedmiotem zamówienia, która z kolei ma bezpośredni wpływ na wypełnienie obowiązku osiągnięcia wymaganych prawem 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”*. Poziom ten, w ocenie Odwołującego, jest nie do osiągnięcia przez Wykonawców, gdyż to Zamawiający dysponuje odpowiednimi instrumentami, za pomocą których może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów.

Zadaniem gminy jest bowiem stworzenie na swoim terenie systemu gospodarki odpadami, który umożliwi osiągnięcie poziomów recyklingu na wskazanym przez ustawę poziomie. Zadanie gminy nie polega bowiem na osiąganiu poziomów recyklingu, na co zresztą wskazuje się w literaturze przedmiotu, lecz 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. Elementami tego systemu są więc gmina, mieszkańcy, lokalne prawo, rozwiązania organizacyjne i techniczne, a także Wykonawca, któremu powierzono zadanie odbierania i zagospodarowania odpadów.

Taki system – system gospodarowania odpadami komunalnymi Zamawiający stworzył na terenie Gminy Wrocław. Zadanie gminy nie polega bowiem na osiąganiu poziomów recyklingu, lecz na zbudowaniu systemu, który jest środkiem do tego celu. Zamawiający, jak wyjaśnił, stworzył wszystkie możliwe warunki systemowe, tj. podjął stosowne uchwały, zorganizował PSZOK, prowadzi edukację, pobiera opłaty i zastrzega stawki opłaty podwyższonej, a ponadto

utrzymuje Straż Miejską z wydzielonym oddziałem dedykowanym sprawom związanym z odpadami i ochroną środowiska (EKOPA - TROLL). A ponadto Wykonawców realizujących usługę na odbiór, zbiór, transport i zagospodarowanie odpadów wyłania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego gmina ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na tego Wykonawcę obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu a tym samym zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Poprzez takie zobowiązanie gmina nie wyzbywa się ciężącej na niej odpowiedzialności. Zobowiązania Wykonawcy do osiągnięcia poziomów recyklingu nie można bowiem oceniać jako przeniesienia obowiązku, wynikającego z mocy przepisów prawa i spoczywającego na gminie, gdyż ustawa nie zawiera zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności Wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina. Dlatego też brak obwarowania prawidłowego wykonania usługi karami umownymi nie gwarantowałoby osiągnięcia celu jaki gmina poprzez zlecenie przedmiotowej usługi powinna osiągnąć. Prawidłowe świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jest bowiem czynnikiem mającym bezpośredni wpływ na wypełnienie warunków umowy, której jednym z obowiązków, obowiązkiem wynikających z ustawy, ma być osiągnięcie określonych poziomów recyklingu.

Zastrzeżenie kar umownych stanowi z kolei dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 k.c. sposób wyegzekwowania od wykonawcy wypełnienia obowiązku prawidłowego wykonania tej usługi, w tym także osiągnięcia określonych poziomów recyklingu. Takie uregulowanie - zobowiązanie do osiągnięcia odpowiednich 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. W tym miejscu warto zauważyć, że – jak wynika z dowodów złożonych przez Zamawiającego, a mianowicie „Wartości stawek jednostkowych z ofert przy zapisach o karach za nieosiągnięcie poziomów recyklingu oraz bez tych zapisów” a także „Wartości umów przedstawionych ofert przy zapisach o karach za nieosiągnięcie poziomów recyklingu i bez tych zapisów” – wartości zarówno stawek jednostkowych z ofert przy zapisach o karach za nieosiągnięcie poziomów recyklingu oraz wartości umów przedstawionych ofert przy zapisach o karach za nieosiągnięcie poziomów recyklingu są niższe niż w przypadku braku zapisów o tych karach, np. średnioroczna wartość umowy przy zapisach o karach za nieosiągnięcie poziomów recyklingu (oferty złożone w dniu 14.07.2022 r.) wyniosła 105 080 925,24, natomiast w braku zapisów o karach (oferty złożone w dniu 20.01.2023 r.) wyniosła 124 351 809,76 zł (wartość umów dotyczy Sektora I). Wydaje się więc, że przewidywane przez Zamawiającego kary umowne za nieosiągnięcie poziomów recyklingu nie wpływają na podwyższenie wartości oferty. Wartość ta, co jest niewątpliwie, jest niższa w przypadku przewidzianych przez Zamawiającego w umowie kar za nieosiągnięcie wymaganych ustawą poziomów recyklingu. Odwołujący, co prawda, przedstawił materiał będący jego własnym wyliczeniem przy założeniu realizacji umowy w roku 2024 przez 12 m-cy i 6 m-cy w roku 2025, wskazując że wysokość kary za brak osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu dla zamówienia podstawowego dla Sektora I wyniesie 6 365 523,00 zł, dla Sektora II wyniesie 7 294 227,00 zł., dla Sektora III wyniesie 9 427 154,00 zł. i dla Sektora IV wyniesie 3 628 790,00 zł. Niemniej jednak kwoty wyliczonych przez Odwołującego kar umownych w odniesieniu do wartości ofert w 2022 r. i 2023 r. są wręcz marginalne. Podobnie wygląda wyliczenie przy założeniu realizacji umowy w 2025 r. (Sektor I 2 838 754,00 zł., Sektor II 3 307 435,00 zł., Sektor III 4 223 214,00 zł. i Sektora IV 1 730 473,00 zł.).

Odnosząc się z kolei do argumentacji podniesionej przez Odwołującego i twierdzenia, że niemożliwe jest osiągnięcie poziomów recyklingu na wymaganym ustawą poziomie stwierdzić należy, że kwestia osiągnięcia określonego poziomu recyklingu nie jest kwestią nową. Od kilku lat jest ona konsekwentnie skarżona przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym także przez Odwołującego. Podstawa prawna i faktyczna podniesionych przez Odwołującego w tym zakresie zarzutów, jak i przedstawiana argumentacja jest niemal identyczna. Odwołujący obecnie twierdzi, że niemożliwe jest osiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu za rok 2023, 2024 i 2025. Niemożliwym miało być także osiągnięcie tego poziomu za rok 2022, który wynosił „25%”. Tymczasem wszyscy Wykonawcy realizujący usługę na rzecz tego Zamawiającego, na co zwrócił uwagę sam Zamawiający, ten poziom osiągnęli. Dla poszczególnych sektorów wyglądało to następująco: Sektor I – 26,84 % (usługę realizował wykonawca Chemeko), Sektor II – 27,76% (usługę realizował wykonawca Chemeko), Sektor III – 32,85% (usługę realizował wykonawca Chemeko) i Sektor IV – 25,82% (usługę realizował wykonawca ALBA).

Sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych oraz sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi wynika z regulacji ustawowej. Przepisy rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530), wprowadziły sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określiły sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi. Zgodnie z tą regulacją - masę

odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji, w której dany odpad będzie przygotowany do recyklingu. Masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi – czyli tę, która wliczana jest do poziomów recyklingu, ustala się według jego wagi, którą Wykonawca przekaże do recyklera. Zmieniło to diametralnie sposób ustalania masy odpadów przekazanych do ponownego przetworzenia. Niemniej jednak okoliczność ta nie jest okolicznością nową, a przedmiotowe rozporządzenie znane jest Wykonawcom co najmniej od dwóch lat. Stanowi ono bowiem implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego określającą zasady obliczania, weryfikacji i zgłaszania danych (DECYZJA WYKONAWCZA KOMISJI (UE) 2019/1004 z dnia 7 czerwca 2019 r. określająca zasady obliczania weryfikacji i zgłaszania danych dotyczących odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE oraz uchylająca decyzję wykonawczą Komisji C(2012) 2384 - (notyfikowana jako dokument nr C(2019) 4114). 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.

Równie nieuprawnione jest odwoływanie się do obowiązków Zamawiającego nałożonych na niego ustawą ucpg. Ustawa ta bowiem – na co już wyżej wskazano - zobowiązuje Zamawiającego do wyłonienia Wykonawcy usługi w trybie postępowania o zamówienie publiczne (konkurencyjne), bądź w trybie zamówienia in-house, co jednocześnie oznacza nałożenie na tego Wykonawcę obowiązków związanych z realizacją tej usługi. Zamawiający zbudował system gospodarowania odpadami dla Gminy Wrocław, który jest odmienny od przyjętych w innych gminach miejskich. Wobec czego system przyjęty w Gminie Wrocław nie może być w sposób prosty i niemal automatyczny porównywany z inną gminą. Jest on bowiem inny. Obowiązki Wykonawcy, który będzie realizował zamówienie, zostały szczegółowo określone w SWU. To Wykonawca – zgodnie z Rozdziałem XXI SWU, pkt 1 - ma osiągnąć określone poziomy recyklingu. Niemniej jednak – jak słusznie wskazał Zamawiający -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.

Odwołujący wnosząc o wykreślenie tego obowiązku – obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów recyklingu względnie modyfikację kar umownych w tym zakresie wskazał na kilka elementów, które – w jego ocenie – mają wpływ na niemożność osiągnięcia wymaganych poziomów a jednocześnie wysokość kar umownych. Są wśród nich omawiana już wyżej zmiana przepisów dotycząca sposobu ustalania masy odpadów przekazanych do ponownego przetworzenia, duża ilość odpadów, które nie nadają się do ponownego użycia i poddania ich recyklingowi, wysokie standardy dyktowane przez recyklerów jakim muszą odpowiadać odpady, ograniczona ilość instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów w Polsce oraz duże ilości surowców na rynku. Poza wskazaną już zmianą przepisów Odwołujący zaakcentował jedynie wpływ pozostałych okoliczności na osiągnięcie poziomów recyklingu i trudności związane z dostępem do określonych instalacji, nie przedstawiając jednocześnie żadnych argumentów potwierdzających ich zasadność. Szczegółowo odniósł się natomiast do posiadanych przez Zamawiającego „odpowiednich instrumentów”, którymi może oddziaływać na mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów, a których Wykonawca nie posiada. To bowiem Zamawiający ma jedynie możliwość nałożenia na mieszkańców opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzonych naruszeń zasad selektywnej zbiórki odpadów. Oczywiście jest, że w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane i powiadamia o tym Zamawiającego (art. 6ka ustawy ucpg), konsekwencją czego jest wszczęcie postępowania administracyjnego w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, a więc ustalenie wysokości stawki opłaty podwyższonej. Odbycha się to w drodze decyzji administracyjnej a organem powołanym do jej wydania są organy administracji państwowej lub samorządowej, w tym m.in. organy gminy bądź miasta. Tak więc przeprowadzona być musi określona procedura, która wymaga podjęcia określonych przepisami prawa czynności a to wymaga określonego czasu. Niemniej jednak wszczęcie takiej procedury, na co zwrócił uwagę Odwołujący, jest poprzedzone określonym w SWU działaniem Wykonawcy. To Wykonawca w przypadku stwierdzenia, że ma miejsce nieprawidłowa segregacja odpadów, zawiadamia o tym Zamawiającego, sporządzając odpowiedni protokół. Tym samym wykonując jeden z nałożonych na niego obowiązków. Należyte wykonywanie tego obowiązku przez Wykonawcę skutkować będzie prawidłową segregacją odpadów. Każde zgłoszenie nieprawidłowej segregacji stanowi dopiero podstawę do podjęcia działań przez Zamawiającego. Tymczasem w 2022 r. – jak wykazał Zamawiający – dla Sektora IV obsługiwanego przez obecnego Odwołującego, który to obszar zamieszkiwany jest przez około 117 000 osób dokonano jedynie 313 zgłoszeń dotyczących nieprawidłowej zbiórki odpadów. Ilość ta jest więc marginalna. Natomiast przedłożony przez Odwołującego dowód nr 2 (UM Gdańsk – narzędzia kontroli i ich skuteczność) wskazuje tylko i wyłącznie jaki jest efekt finansowy działań kontrolnych Miasta Gdańsk w latach 2020 –

2023. To, że Miasto Gdańsk uzyskało dochód z tytułu opłaty podwyższonej oraz w wyniku złożenia deklaracji za zaległe okresy w wysokości 5 462 484,94 zł nie oznacza przecież, że działania podejmowane przez Zamawiającego w tym zakresie są niewystarczające i z uwagi na to, to Zamawiający powinien być obarczony pełną odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Brak decyzji dotyczących podwyższenia opłat z tytułu nieprawidłowej segregacji odpadów nie wynika z braku działania Zamawiającego - jak wynika z informacji uzyskanej przez Odwołującego z Urzędu Miejskiego we Wrocławiu z dnia 02-06-2022 - ale tego, że „organ podatkowy uprawniony jest do obciążania podwyższoną opłatą za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jeżeli podmiot zobowiązany notorycznie narusza obowiązek segregacji a nie jest to incydentalna pomyłka w segregacji odpadów”. Tak więc to Wykonawca powinien wykonywać jeden z obowiązków umownych w realizacji tego rodzaju usług i dostarczać Zamawiającemu informacje dotyczące braku segregacji po stronie mieszkańców, co w konsekwencji może spowodować podwyższenie opłat mieszkańcom nie wypełniającym obowiązków związanych z segregacją odpadów. Takie działanie Wykonawcy, będące zresztą spełnieniem wymogów SWU, pozwala dopiero na bieżącą kontrolę prawidłowości segregacji i ma bezpośredni wpływ na wypełnienie warunków umowy. To bowiem tylko prawidłowa reakcja Wykonawcy w przypadku stwierdzenia braku segregacji odpadów przez mieszkańców i zrealizowanie nałożonych na niego obowiązków informacyjnych pozwoli na bieżącą kontrolę prawidłowości segregacji i wyciągnięcie przez Zamawiającego określonych konsekwencji prawnych.

Izba także stwierdziła, że odpowiedzialność Wykonawców wyłonionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu – na co zwrócił uwagę Zamawiający - została ukształtowana dokładnie w taki sam sposób jak odpowiedzialność podmiotów odbierających odpady komunalne na wolnym rynku. „Podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany” – zgodnie z art. 9g pkt 1 - 3 ustawy ucpg – „do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych” wymaganych ustawą poziomów zagospodarowania a więc takich samych jakich Zamawiający wymaga od Wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. Nie może być więc mowy o potraktowaniu Wykonawców pragnących ubiegać się o zamówienie w trybie konkurencyjnym w jakiś inny niewłaściwy sposób. Zamawiający zastosował bowiem identyczne reguły dla wszystkich podmiotów, które będą realizowały usługę odbierania odpadów na terenie Miasta Wrocław.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, iż zakładany poziom recyklingu na rok 2024 i 2025 nie jest możliwy do uzyskania. Dowodami potwierdzającymi tę okoliczność nie mogą być bowiem wyciągi z referatów wygłaszanych podczas ogólnopolskich konferencji („UM Gdańsk – Narzędzia kontroli i ich skuteczności”, „ZZO Marszów – Kalkulacja kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu”, „ZUOK Orli Staw – Zagospodarowanie bioodpadów jako klucz do osiągnięcia poziomów recyklingu” i „ZUO Szczecin – Współpraca gmin z instalacjami gospodarki odpadami” i „UM Wrocław – Przegląd czynników wpływających na osiąganie poziomów recyklingu”, gdyż odnoszą się one do danych przyjętych dla potrzeb ich wygłoszenia. Nie wiadomo więc czy są one oparte na miarodajnych źródłach, czy też są to założenia przyjęte dla potrzeb referatu i ważne wyłącznie z punktu widzenia prelegenta. Dowodem takim nie może być także „Analiza stanu gospodarki odpadami za 2021 r. – wpływ punktów skupu na poziomy recyklingu”. Dotyczy bowiem jedynie elementu systemu i to sprzed dwóch lat.

Z kolei argumentacja Odwołującego dotycząca systemu kaucyjnego, jak również wliczania do poziomu recyklingu odpadów zielonych kompostowanych przez mieszkańców w przydomowych kompostownikach i argumentacja dotycząca uprawnienia gminy do uwzględniania, w przypadku obliczania przez gminy poziomów przygotowania do ponownego użycia recyklingu odpadów komunalnych zebranych z terenu gminy przez innych zbierających odpady komunalne, np. punkty skupu stanowi nowe okoliczności faktyczne, jak i dowody mające potwierdzać ich zasadność, a które pojawiły się dopiero w złożonym w dniu 19 lipca 2023 r. piśmie procesowym i argumentacji podnoszonej przez Odwołującego na rozprawie w dniu 21 lipca 2023 r. Przez zarzut należy bowiem rozumieć zarówno okoliczności faktyczne, jak i prawne podnoszone dla wykazania nieprawidłowości czynności lub zaniechań Zamawiającego. Takie rozumienie zarzutu skutkuje rozpoznaniem go w granicach zakreślonych w odwołaniu. Tak więc konkretyzacja okoliczności faktycznych leżących u podstaw zarzutu dopiero na etapie rozprawy nie może mieć miejsca, gdyż Wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez Zamawiającego naruszony, a ponadto podać wszystkie okoliczności, które mają potwierdzać ich zasadność. Taki błąd nie da się później naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Jak wynika bowiem z art. 555 ustawy Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.”. Reasumując Izba stwierdziła, iż zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 18 ust. 3 pkt 5 i § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy, że zmiana postanowień zawartej umowy

w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 ust. 1 i ust. 10 w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest możliwa po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastosowaniem wzoru, który określa 50% współczynnik rozkładu ryzyka, w sytuacji gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie różna o +/- 6% w przypadku pierwszej waloryzacji i +/- 4,5 % w przypadku kolejnych waloryzacji, z jednoczesnym zastrzeżeniem maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do wysokości +/- 8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto oraz obowiązkiem wykazania łącznego spełnienia warunków uznawanych przez Zamawiającego za dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanej z realizacją zamówienia w postaci: 1) udokumentowania istotnej zmiany kosztów paliwa na podstawie wzorów określonych przez Zamawiającego, 2) udokumentowania istotnej zmiany kosztów zatrudnienia w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, 3) udokumentowania zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów w instalacji komunalnej albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, podczas gdy takie 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 uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego (zarzut nr 3 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści Projektu umowy zamieścił m.in. następującą treść:

„§ 18 ust. 3 pkt 5:

Strony mają możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 ust. 1 i ust. 10, w przypadku zmiany
(...)

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 7 Umowy),

mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonej analizie przedstawionej przez wnioskującą Stronę kalkulacji, jeżeli jedna ze Stron umowy zwróciła się o wprowadzenie zmiany wynagrodzenia w terminie do 30 dni od daty wejścia w życie przepisów (dotyczy punktów od 1-4) o zmianie będącej przedmiotem wniosku.

18 ust. 4 pkt 1 lit e):

1. W przypadku zmian, o których mowa w ust. 3, Strony ustalają następujący tok postępowania:

1) w przypadku zmiany:

(...)

e) zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie różna od $\pm 6\%$. W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

gdzie:

Cj0 - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

CN1 - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 6 miesięcy),

50% - współczynnik rozkładu ryzyka,

Wa- miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy, gdzie a = 1, 2, ..., 6.

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Kolejne wnioski o zmianę możliwe są po upływie kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku w

przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie różna od $\pm 4,5\%$.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku zastosowany będzie wzór:

(...)

gdzie:

C_{jm} - cena jednostkowa przed następną zmianą,

C_{Nn} - cena jednostkowa po następnej zmianie,

50% - współczynnik rozkładu ryzyka,

W_b - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

n - numer zmiany, gdzie n = 2, ..., 6,

m - numer ceny jednostkowej przed kolejną zmianą, m = 1, ..., 5,

b - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie b = 1, 2, ..., 6.

Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W przypadku wniosku Wykonawcy - warunki, których łączne spełnienie stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia, to:

- udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów paliwa wykorzystywanego w transporcie odpadów, dokumentowana na podstawie wzrostu wskaźnika średniej ceny hurtowej oleju napędowego na stacjach paliw w Polsce. Weryfikacja podanego warunku brzegowego następować będzie wedle poniższych wzorów:

$$X - Y$$

$$\frac{\quad}{Y} * 100\% \geq 6\%$$

Y

gdzie:

X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za cały okres od momentu zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) do dnia złożenia wniosku o waloryzację.

Y - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za sześć ostatnich miesięcy poprzedzających dzień zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania).

$$X - Y$$

$$\frac{\quad}{Y} * 100\% \geq 6\%$$

Y

gdzie:

X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację.

Y - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za sześć ostatnich miesięcy poprzedzających dzień złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia.

- udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie dokumentowanej przez Wykonawcę na podstawie pełnego zestawienia porównującego wysokości wynagrodzenia zasadniczego osób zatrudnionych na umowę o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia. Progiem istotności zmiany jest poziom $\pm 6\%$ (po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po

upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) i $\pm 4,5\%$ (po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku)

• udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej. Udokumentowanie zmiany następować będzie poprzez porównanie stawek z umów zawartych przez Wykonawcę (lub w przypadku posiadania własnej instalacji udokumentowanie zmiany kosztów związanych z jej funkcjonowaniem) z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia. Progiem istotności zmiany jest poziom $\pm 6\%$ (po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) i $\pm 4,5\%$ (po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku)

Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych oraz odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy.

Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości $\pm 8\%$ maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy.”.

Odwolujący zakwestionował wyżej wskazane postanowienia Projektu umowy, wskazując m.in., że narzucony przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera stronom możliwość ubiegania się o dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy na poziomie $\pm 6\%$ - dla pierwszej waloryzacji oraz $\pm 4,5\%$ dla kolejnych waloryzacji jest zbyt wysoki i jako taki narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i w nieproporcjonalny sposób przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Wymagany przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów nie umożliwia skorzystania z klauzuli waloryzacyjnej i zrealizowanie celu, jakiemu ma służyć przepis art. 439 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 14 lipca 2023 r. dokonał modyfikacji SWZ §18 ust 4 pkt e Projektu umowy w zakresie dotyczącym wskaźnika zmiany poziomu cen umożliwiających ubieganie się o dokonanie zmiany wynagrodzenia.

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;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia”.

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

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

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny”.

Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

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

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

nakładów”.

Art. 353¹ k.c. stanowi „*strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*”.

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

Z kolei art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „*postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*”.

Przepisy te – zdaniem Odwołującego – zostały naruszone przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania. Stąd też stanowią podstawę prawną podniesionego zarzutu.

Art. 439 ustawy Pzp określa zasady wprowadzania w umowie na roboty budowlane, dostawy lub usługi zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i nakazuje wprowadzić do określonych terminem i zakresem umów klauzule waloryzacyjne. Niemniej jednak kształt tych klauzul, a przede wszystkim rozłożenie ciężaru ekonomicznego, który muszą ponieść strony, jest poza regulacją ustawową. Określenie progów stosowania regulacji przepis ten pozostawia decyzji Zamawiającego.

W Projekcie umowy będącym przedmiotem tego zarzutu Zamawiający uwzględnił w klauzulach waloryzacyjnych współczynnik rozkładu ryzyka, w wyniku którego ryzyko niemożliwego do przewidzenia wzrostu kosztów niezbędnych do wykonania umowy będzie równomiernie rozłożone na obie strony umowy. Postanowienia te nie zmierzają więc do uniknięcia przez Zamawiającego ponoszenia wzrostu kosztów w trakcie realizacji umowy. To dopiero brak tego współczynnika – jak wykazał Zamawiający – oznaczałby, że przy spełnieniu warunku uprawniającego do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia, skutki finansowe niekorzystnej dla siebie zmiany w 100% ponosiłaby w określonych sytuacjach wyłącznie jedna strona umowy (Zamawiający, przy istotnym wzroście cen i analogicznie Wykonawca przy ich spadku ponad wyznaczony przedział wahań). Rekomendowane jest bowiem uwzględnianie w klauzulach waloryzacyjnych współczynnika rozkładu ryzyka, w wyniku którego ryzyko niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy, będzie równomiernie rozłożone na obie strony przyszłej umowy, np. . Zasadą jest przecież – jak wynika z publikacji Prokuratury Generalnej - równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy. Stwierdzenie to nie oznacza jednak, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo, nieuzasadnione jest natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na Zamawiającego. W Projekcie umowy musi być określony poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, a który to, uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów został przez Zamawiającego określony na 6%, natomiast maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia została określona na 8%. Poziom ten, tj. poziom zastosowania klauzuli waloryzacyjnej nie może być określany przez Zamawiającego według subiektywnych przekonań. Zamawiający, ustalając granice waloryzacji, musi dokonać analizy wybranych czynników, uwzględniając przy tym prognozowaną zmianę ich wysokości w kolejnych miesiącach, kwartałach lub latach. Zamawiający w kwestionowanym Projekcie umowy przewidział zarówno maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza na wypadek waloryzacji, a także poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, który uruchamia procedurę opartą na klauzuli waloryzacji. Klauzula waloryzacyjna powinna bowiem zawierać kwestie dotyczące okoliczności, w jakich może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę przeliczenia i liczbę okresów waloryzacyjnych. Do tego dochodzą także postanowienia dotyczące początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia i maksymalna wartość wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzul waloryzacyjnych. I takie informacje w treści Projektu umowy zostały zawarte. Nieuprawnionym – w ocenie Odwołującego – jest to, że Zamawiający w ramach przyjętego mechanizmu na Wykonawcę przerzucił całość ryzyka zmiany cen materiałów mniejszego niż 6% minimalnego poziomu wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS oraz całość ryzyka zmiany cen materiałów przekraczającego 8% maksymalnego wynagrodzenia. Pomiął przy tym okoliczność, że - jak już wyżej wskazano - określenie progów stosowania regulacji przepis ten pozostawia decyzji Zamawiającego. W tym przypadku został on określony odpowiednio na poziomie 6 i 8% i w tym zakresie nie narusza wskazanych przepisów ustawy.

Tymczasem Odwołujący poza ogólnymi twierdzeniami nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń, z których wynikałoby, że wprowadzenie wskaźników na poziomie przyjętym w Projekcie umowy powoduje, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest pozorna i realnie przerzuca niemalże całe ryzyko wzrostu cen towarów i materiałów na Wykonawcę. Skoro więc przepisy dotyczące waloryzacji nie uchylają funkcjonującej powszechnie zasady ryzyka gospodarczego, które ciąży na Wykonawcy, to Wykonawca powinien je uwzględnić, ustalając cenę oferty.

Przedstawione przez Odwołującego symulacje strat w przypadku wzrostu waloryzacji dla prognozowanego wzrostu kosztów w okresie 6 miesięcy na poziomie 6% i w kolejnych miesiącach na poziomie 4,5% nie są miarodajne.

Dla potrzeb ich przygotowania przyjął on bowiem bardzo wysokie wskaźniki poziomu inflacji (nawet 30,73%), jak również bardzo wysoki wzrost cen. Tymczasem taki poziom inflacji – jak przyjęty dla potrzeb tej symulacji – dotychczas nie występował. Także zaprezentowane w tabelach wzrosty cen są niezwykle wysokie. Symulacja ta dotyczy więc sytuacji, w których łączna wartość niepokrytych kosztów miałaby wynieść 10,16% kontraktu (przy założeniu inflacji półrocznej 9%) oraz 8,83% (przy założeniu braku waloryzacji w przypadku GUS = 6% / 4%). Symulacje te są wyliczeniem sporządzonym na podstawie dowolnie i przypadkowo przyjętych danych wyjściowych. Dane te są wręcz przerysowane. To dopiero Zamawiający przedłożył wyliczenia (Prognoza inflacji zgodnie ze średnioroczną inflacją z roku 2022 – tj. 14,4%) sporządzone na podstawie aktualnych danych o cenach z Sektora III, z których wprost wynika, że przy utrzymaniu się obecnych prognoz inflacji, wartość waloryzacji według zasad określonych w umowie nie przekroczy wartości 8% wynagrodzenia. Tym samym wykazał zasadność wprowadzonego rozwiązania (klauzuli waloryzacyjnej).

Odwołujący nie wykazał także dlaczego przyjęcie maksymalnej kwoty zmiany wynagrodzenia na poziomie 20-15%, a więc takiej, jaką zaproponował w złożonym odwołaniu, spowodowałoby nie tylko przywrócenie relatywnej równowagi rozdziału ryzyk pomiędzy stronami umowy, mimo że – jak wynika z treści Projektu umowy - jest ona faktycznie zachowana. Wobec tego brak jest podstaw, dla których wskaźnik ten miałby być wprowadzony na poziomie zaproponowanym przez Odwołującego.

Wymóg udokumentowania wpływu zmian ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia stanowi wypełnienie wymogu z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp „(...) *wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na wynagrodzenie za wykonanie zamówienia jest warunkiem niezbędnym do dokonania waloryzacji, a na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia, w jakich sytuacjach i jakimi metodami należy wykazać, iż zmiana cen materiałów lub kosztów oddziałuje na koszt wykonania zamówienia. Tym samym nie będzie podstawy do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca takiej zmiany nie wykaze, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania zamówienia*” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją M. Winiarza, H. Nowaka, Warszawa 2021 r.).

Oznacza to, że niezależnie od przyjętej podstawy zmiany wynagrodzenia Zamawiający zobowiązany jest również do wskazania sposobu określenia wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Tak więc nie każda zmiana ceny określonych materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia skutkuje adekwatną zmianą wysokości wynagrodzenia i jednocześnie zobowiązuje Zamawiającego do zawarcia w postanowieniach umownych sposobu określenia wpływu zmian ceny lub kosztu na koszt wykonania zamówienia.

Zamawiający opisał w projekcie umowy klauzulę waloryzacyjną, podając jednocześnie metodę, za pomocą której Wykonawca zobowiązany jest wykazać wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Wymóg ten więc wypełnił. Wykonawca, który chce skorzystać z klauzuli waloryzacyjnej, musi wykazać zasadność jej stosowania. Wykonawca zobowiązany jest więc złożyć wniosek o waloryzację i udokumentować wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. To udokumentowanie ma dotyczyć określonych w klauzuli warunków, tj. wzrostu kosztów paliwa, wynagrodzeń pracowników i kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej. Warunki te stanowią w istocie przesłanki mające istotny wpływ na wysokość wynagrodzenia przysługującego wykonawcy i muszą zostać spełnione łącznie.

Odnosząc się do pierwszego z nich, tj. zmiany cen oleju napędowego Ekodiesel Zamawiający wykazał, składając wykaz pojazdów wykonawcy ALBA (Odwołującego), że np. dla sektora IV realizowanego obecnie przez Odwołującego na 42 pojazdy uczestniczące w obsłudze tylko 11 to pojazdy napędzane CNG lub pojazdy elektryczne. Tak więc nadal istotnym wskaźnikiem ceny realizacji zamówienia jest cena oleju napędowego, a nie tak artykułowany przez Wykonawcę koszt gazu i energii. Klauzula waloryzacyjna nie musi bowiem uwzględniać wszystkich okoliczności i wszystkich składników ceny a jedynie te, które mają istotny wpływ na jej wysokość. Może się bowiem zdarzyć, jak wskazał Odwołujący w złożonym w poczet materiału dowodowego zestawieniu „Zmiana cen paliwa a inflacja”, że mimo, iż cena paliwa spadnie to inflacja na określonym poziomie będzie istniała (Odwołujący wskazał na „inflację na poziomie 5,7%”).

Także wzrost kosztów wynagrodzenia pracowników skierowanych do realizacji zamówienia stanowi, na co także wskazał Zamawiający, obiektywne kryterium weryfikacji. Zamawiający, zgodnie z warunkami umowy, posiada spis takich pracowników, który jest na bieżąco aktualizowany przez Wykonawcę. Tak więc to tej grupy pracowników (pracowników skierowanych do realizacji tego zamówienia, tj. kierowców odbierających odpady komunalne, osoby zatrudnione w BOK, osoby koordynujące realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia, wogowych, ładowaczy - § 8 ust. 7 Projektu umowy) ma dotyczyć wykazanie zmiany wynagrodzenia.

Równie istotny jest koszt zagospodarowania odpadów, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej. Koszt ten dotyczy największego strumienia odpadów. Stąd też Zamawiający nadał mu tak duże znaczenie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający poprzez te zapisy nie faworyzuje żadnego z wykonawców. Każdy z wykonawców i to niezależnie od tego czy dysponuje własną

instalacją, czy też nie, ma możliwość wykazania zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia.

To na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zmiany kosztów wykonania zamówienia i niewątpliwie może się przy tym posłużyć „innym sposobem wykazania przesłanki wpływu zmian cen materiałów lub kosztów” na wynagrodzenie Wykonawcy (np. „Wykazem elementów kosztotwórczych–odbiór odpadów” i „Wykazem elementów kosztotwórczych– zagospodarowanie odpadów”). Zamawiający pozostawił bowiem Wykonawcom pewnego rodzaju swobodę. Zamawiający ma bowiem prawo zweryfikowania wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Wobec tego, jeżeli Wykonawca nie udowodni, że określone zdarzenie miało skutek w odniesieniu do wykonywanego przez niego zamówienia, nie będzie miał możliwości skorzystania z klauzuli waloryzacyjnej. Podnoszony przez Odwołującego „automatyzm” dotyczy możliwości skorzystania z wprowadzonej do umowy klauzuli waloryzacyjnej. Jest on poprzedzony wykazaniem przez Wykonawcę, który chce z niej skorzystać, wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Tak więc Zamawiający, wprowadzając do Projektu umowy, kwestionowane postanowienia nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp i k.c. a tym samym zawarta w Projekcie umowy klauzula waloryzacyjna jest zgodna z treścią art. 439 ustawy Pzp i zawiera wszystkie elementy, których przepis ten wymaga do zawarcia w umowie.

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

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. SWZ w sposób nieprecyzyjny, niejasny i niejednoznaczny, co narusza zasadę przejrzystości postępowania (zarzut nr 4 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 1, ppkt 1.2.2.1. podał, iż *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 45 000 Mg odpadów*

komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”. (Sektor I)

Zamawiający w SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 1, ppkt 1.2.2.1. podał, iż *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 50 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych*”.

(Sektor II i III)

Zamawiający w SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 1, ppkt 1.2.2.1. podał, iż *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 40 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych*”. (Sektor IV)

Odwołujący zakwestionował warunek opisany w punkcie 1.2.2.1. w odniesieniu do wszystkich Sektorów, wskazując że warunek ten jest nieprecyzyjny, niejasny i niejednoznaczny. Z jego treści nie wynikają bowiem w sposób niebudzący wątpliwości faktyczne oczekiwania Zamawiającego. Nie jest więc jasne, w jakiej formule Zamawiający dopuszcza potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w sytuacji legitymowania się przez wykonawcę niezbędnym doświadczeniem na podstawie więcej niż jednego zamówienia. Odwołujący skierował do Zamawiającego zapytanie z prośbą o doprecyzowanie, czy warunek ten oznacza, że każde z zamówień składających się na łączny odbiór odpadów komunalnych w ilości 45 000 Mg musi obejmować usługę realizowaną na obszarze zamieszkałym przez co najmniej 100 000 mieszkańców. Odpowiedzi nie otrzymał.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

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

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

Przepis ten wskazuje, że wszystkie działania Zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w tym przepisie. Zamawiający ma więc zapewnić zachowanie zasady uczciwej konkurencji, a więc stworzyć warunki, które umożliwią wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia konkurowanie na uczciwych zasadach. Nie oznacza to przy tym, że Zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom z danej branży rynku, która odpowiada przedmiotowi zamówienia. A ponadto Zamawiający – zgodnie z zasadą równego traktowania - jest zobowiązany jednakowo traktować wykonawców na każdym etapie postępowania. Tak więc nie może preferować lub dyskryminować któregośkolwiek z wykonawców, w tym m.in. przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu.

Wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także opisu przedmiotu zamówienia, powinny być formułowane jasno i jednoznacznie – tak, aby wykonawcy nie musieli się domyślać intencji zamawiającego w tym zakresie. Natomiast wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, a więc proporcjonalne do przedmiotu zamówienia ale także wystarczające do osiągnięcia celu, w jakim są stawiane.

Oznacza to, że Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu określa okoliczności związane z posiadanymi przez wykonawcę zdolnościami pozwalającymi mu na należyte wykonanie zamówienia. Zadaniem Zamawiającego jest więc określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i zarazem minimalnym, po to aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, a jednocześnie na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wykonawca, który chce ubiegać się o udzielenie zamówienia musi bowiem wykazać, że posiada zdolności do jego wykonania co najmniej na poziomie opisanym przez Zamawiającego w SWZ. W taki też sposób został opisany kwestionowany warunek udziału w postępowaniu. Warunek opisany przez Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jest jasny i zrozumiały. Wykonawca w celu wykazania się doświadczeniem zobowiązany jest na potwierdzenie spełnienia tego warunku posłużyć się jednym lub większą ilością zamówień i każde z tych zamówień powinno dotyczyć obsługi obszaru zamieszkałego przez co najmniej 100 000 mieszkańców. Natomiast zawarte w warunku sformułowanie „odebrał łącznie 45 000 Mg” („odebrał łącznie 50 000 Mg” i „odebrał łącznie 40 000 Mg” w zależności od Sektora, którego dotyczy) dotyczy ilości odpadów odebranych w ramach wszystkich zamówień, którymi posłuży się wykonawca wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Słowo „łącznie”, jak wskazał Zamawiający i co jednoznacznie wynika z treści warunku, wprowadzone jest wyłącznie w odniesieniu do ilości łącznie odebranych odpadów. Równie jednoznaczna jest kwestia przedziału czasowego, w którym ma nastąpić odbiór wskazanej ilości odpadów. Odbiór łącznej ilości odpadów ma nastąpić w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy, a zatem Wykonawca może się posłużyć jednym, bądź kilkoma zamówieniami, przy czym każde z nich musi być zrealizowane na obszarze zamieszkałym przez 100 000 mieszkańców, a w ramach tego zamówienia lub zamówień wykonawca powinien się wykazać odbiorem łącznie określonej ilości ton, w ciągu maksymalnie 12 miesięcy. Treść warunku w kwestionowanym zakresie jest więc jednoznaczna. Zarzut Odwołującego sprowadza się w zasadzie do stwierdzenia, że warunek postawiony w punkcie 1.2.2.1. jest nieprecyzyjny, niejasny i niejednoznaczny oraz, że narusza zasadę przejrzystości postępowania. A więc zasadę, która wymaga aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawierało jasne reguły i aby istniały środki pozwalające na weryfikację prawidłowości ich stosowania oraz wcześniej ustalone kryteria, na podstawie których Zamawiający podejmuje czynności, gdyż to właśnie jasność i jednoznaczność procedur o udzielenie zamówienia publicznego stanowi podstawową gwarancję zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Niemnie jednak Odwołujący nie wykazał, iż sformułowany warunek udziału w postępowaniu ogranicza uczciwą konkurencję, jest nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Natomiast wskazał, że ma wątpliwości co do rozumienia kwestionowanego warunku, dodając na rozprawie, że w treści warunku brak jest definicji „obsługiwanego obszaru”. Kwestia ta, nie była jednak wcześniej podnoszona, stanowi więc rozszerzenie podstawy faktycznej podniesionego zarzutu i jako taka nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

Odwołujący wskazał także na brak odpowiedzi na zadane Zamawiającemu pytanie do SWZ w zakresie dotyczącym tego warunku. Nie podniósł jednak zarzutu w tym zakresie.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.2. SWZ w sposób nieprecyzyjny, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (zarzut nr 5 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 1, ppkt 1.2.2.2. podał, iż *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych*”. (identyczną treść zawiera SWZ dla sektora I-IV).

Odwolujący zakwestionował warunek opisany w punkcie 1.2.2.2., wskazując że zapis ten został sformułowany w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i wobec tego nie umożliwia on należytej oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wymóg proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza nie tylko, że nie mogą one być zbyt wysokie w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz również, że nie mogą one być zbyt niskie. Warunki udziału w postępowaniu nie służą bowiem dopuszczeniu do udziału w postępowaniu jak największej liczby wykonawców, lecz dopuszczeniu jedynie tych, którzy są zdolni do należytej realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

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

Natomiast art. 116 ustawy Pzp określa warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego i stanowi, że:

„1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.”

Powyżej powołane przepisy stały się podstawą prawną podniesionego zarzutu we wniesionych przez Odwołującego odwołaniach. Wynika z nich, że Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu określa okoliczności związane z posiadanymi przez wykonawcę zdolnościami pozwalającymi mu na należyte wykonanie zamówienia. Zadaniem Zamawiającego jest więc określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i zarazem minimalnym, po to aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, a jednocześnie na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wykonawca, który chce ubiegać się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że posiada zdolności do jego wykonania co najmniej na poziomie opisanym przez Zamawiającego w SWZ. W taki też sposób został sformułowany warunek udziału w postępowaniu – punkt 1.2.2.2.

Tymczasem Odwołujący, podnosząc ten zarzut wskazał, iż warunek został opisany w sposób nieprecyzyjny i uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nieproporcjonalny, wnosząc o jego modyfikację, konsekwencją której miałyby być zawężenia kręgu wykonawców, którzy mogą się o to zamówienie ubiegać. Odwołujący oczekuje bowiem doświadczenia w zrealizowaniu niemal analogicznej usługi do tej, która stanowi przedmiot tego zamówienia. A więc zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie tego zamówienia, gdyż eliminuje podmioty, które działały jako podwykonawca czy też realizowały usługę tylko w zakresie nieruchomości niezamieszkałych. Oczekuje bowiem legitymowania się doświadczeniem uzyskanym w trakcie usługi odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych. Nie wyjaśnia jednak na czym polega nieprecyzyjność tak postawionego warunku. Nieproporcjonalność upatruje natomiast w zbyt niskich wymogach jakie muszą spełnić potencjalni wykonawcy, nie biorąc pod uwagę tego, że zasada proporcjonalności wyraża się w formułowaniu wobec wykonawców wymagań w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i rzeczywistych potrzeb Zamawiającego przy jednoczesnym niestawianiu nadmiernych wymagań, ograniczających bez uzasadnienia prawa wykonawców. Tak skonstruowany warunek – jak wyjaśnił Zamawiający, odnosząc się do swych potrzeb - ma potwierdzić między innymi zdolność Wykonawcy związaną z obsługą większych gmin, ale też doświadczenie przy wszelkich czynnościach sprawozdawczych, jakie wynikają z prowadzenia usługi nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy. A ponadto warunek ten ma dać możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie szerokiemu gronu wykonawców, nie uzależniając doświadczenia wykonawcy od tego czy realizował usługę w zakresie nieruchomości zamieszkałych, czy też niezamieszkałych. Konstrukcja tego warunku nie ogranicza więc konkurencji, jak i nie narusza wskazanych przepisów ustawy Pzp.

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.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) 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).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....