

Sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23, KIO 1841/23

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Irmína Pawlík

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

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

1. wykonawcę **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław (sygn. akt KIO 1837/23)**
2. wykonawcę **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław (sygn. akt KIO 1839/23)**
3. wykonawcę **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław (sygn. akt KIO 1840/23)**
4. wykonawcę **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław (sygn. akt KIO 1841/23)**

w postępowaniu prowadzonym 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 **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 po stronie odwołującego,
2. wykonawcy **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jarosów (adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 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 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 po stronie odwołującego,
4. wykonawcy **PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4a, 4b, 4c i 4d odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23.
2. Uwzględnia zarzut nr 3 odwołania i nakazuje wykreślenie ze wzoru umowy § 15 ust. 2 pkt 14 lit. kk) (błędnie określona we wnioskach odwołania i uzasadnieniu odwołania jako „mm”) o treści „w wysokości 100,00 zł - za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, za każdy dzień, z wyłączeniem przypadków opisanych powyżej” w sprawach o sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23.
3. Oddala odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 obciąża wykonawcę **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław** w części 7/8 i zamawiającego **Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław** w części 1/8 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23.

4.2.zasądza od wykonawcy **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 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 **12 600 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

w części 7/8 w sprawach o sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23.

4.3.zasądza od zamawiającego **Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław** na rzecz wykonawcy **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 poniesione z tytułu wpisu od odwołań wynagrodzenia pełnomocnika w części 1/8.

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 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23, KIO 1841/23

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 113-353497

W dniu 26 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołania zarejestrowano pod sygnaturami KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23, KIO 1841/23.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)w zakresie waloryzacji:

- a.naruszenie przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp poprzez takie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, zawartej w §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy, która zakłada uznaniową i subiektywną ocenę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, pozbawiając stronę możliwości sformułowania roszczenia o zmianę umowy. Tymczasem prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, powinna umożliwiać stronie (po zaistnieniu określonych zdarzeń) zgłoszenie roszczenia (żądania) o zmianę wynagrodzenia;
- b.naruszenie przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust.2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu z tego względu, że Zamawiający stawia odmienne standardy dokumentowania i wykazywania zmiany kosztów zagospodarowania odpadów pomiędzy wykonawcami posiadającymi własne instalacje i wykonawcami, którzy nie posiadają własnych instalacji, przy czym wymogi stawiane wykonawcom, którzy posiadają własne instalacje są ogólnikowe, nietransparentne i niemożliwe do zweryfikowania na podstawie obiektywnych kryteriów oceny wniosku;
- c.naruszenie przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, zwanej dalej „k.c.”, i 353¹ k.c. poprzez sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, w znaczeniu zaufania i wzajemnej lojalności, przy jednoczesnym nadużyciu przysługującego Zamawiającemu prawa do formułowania postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, z tego względu, że Zamawiający różnicuje tok postępowania przy wnioskowaniu o zmianę wynagrodzenia ze względu na zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, zastrzegając te postanowienia dużo bardziej restrykcyjnie w odniesieniu do wniosków o zmianę umowy składanych przez wykonawcę;
- d.naruszenie przepisu art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. i 351¹ k.c. poprzez wprowadzenie w ramach klauzuli waloryzacyjnej dwustopniowego (wyłącznie dla wykonawców) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia, w pierwszej kolejności – z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen i materiałów ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, a w dalszej kolejności poprzez wykazanie poziomu zmian cen paliw, kosztów zatrudnienia i kosztów zagospodarowania, gdy tymczasem (stosownie do przepisu art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) Zamawiający powinien określić jeden sposób ustalania zmiany wynagrodzenia i sposób ten powinien być jednakowy dla obu stron umowy.

2)w zakresie tzw. poziomów recyklingu odpadów:

- a.naruszenie art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie tzw. poziomów recyklingu, o których mowa Rozdziale XX pkt 1 ppkt 2-3 Szczegółowych Warunków Umowy dalej jako „SWU”) w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (znanego Zamawiającemu problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”, najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce, planowanego do wdrożenia w okresie realizacji umowy tzw. „systemu kaucyjnego”, który może wpłynąć na morfologię odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy), a przez to nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku zapewnienia osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, których mowa w art. 3b ust. 1-1b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ucpg”) oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust.2a-2b ucpg, co z kolei narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współzycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty, a co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego:

b.naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s wzoru umowy), pomimo tego, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, a odpowiedzialność wykonawcy kształtować się może tylko w odniesieniu do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, co oznacza, że obie strony umowy (zarówno Zamawiający, jak i wykonawca) powinni ponosić odpowiedzialność z tytułu nieosiągnięcia tych poziomów. Przeniesienie na wykonawcę całej kary stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego i jest rażąco wygórowane, z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;

c.naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s wzoru umowy) w sposób nieprawidłowy, uniemożliwiający prawidłowego skalkulowanie ryzyk kontraktowych, bowiem zastosowany przez Zamawiającego mechanizm wyliczenia kary umownej nie pozwala na wyliczenie tego ryzyka kontraktowego wobec braku możliwości oszacowania składowej tej kary, czyli „brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg”, z uwagi na dynamicznie zmieniające się uwarunkowania prawne, w tym w szczególności projektowany tzw. system kaucyjny, którego ostateczne zasady nie będą znane na moment składania oferty w tym postępowaniu, a który będzie miał prawdopodobnie drastyczny wpływ na morfologię odpadów odbieranych w ramach przedmiotowego zamówienia,

3)naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 487 § 2 k. w zw. z art. 483 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego w zakresie, w jakim formułuje kary umowne w sposób niejednoznaczny, bez jednoznacznego wskazania okoliczności, w jakich Zamawiający będzie mógł wystąpić do wykonawcy z żądaniem zapłaty kary umownej, co uniemożliwia wykonawcy należyte wycenienie ryzyk kontraktowych, a w konsekwencji może prowadzić do sytuacji nieporównywalności ofert złożonych w Postępowaniu,

4)naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania, w taki sposób, że Zamawiający:

a.zawyżył udział frakcji odpadów w całym strumieniu odpadów, zgodnie z załącznikiem nr III „zestawienie kosztów zadania”, dodatkowo, różnicując je w ramach zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego,

b.nie określił wymagań technicznych do wymaganej SWU rozdział XV. Mobilnej Aplikacji,

c.w sposób nieuzasadniony określił w SWU rozdział XVI ust. 8 minimalne wymagania techniczne dla smartfonów,

d.określił w SWU rozdział XXI ust. 2 pkt 4 SWU działania w zakresie edukacji ekologicznej, w których oczekuje się od Wykonawcy uzgodnień z rodzicami dzieci uczestniczących w zajęciach edukacyjnych, a jednocześnie nie określił w SWU szczegółowo obowiązków Wykonawcy wynikających z ochrony danych osobowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą we wniesionym odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1.w zakresie waloryzacji - zmiany klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby

a.§18 ust. 3 i 4 wzoru umowy zawierał jednoznaczne sformułowanie, z którego będzie wynikało, że w przypadku złożenia przez stronę wniosku o zmianę umowy z uwagi na zmianę wysokości cen lub

materiałów, to po spełnieniu okoliczności wskazanych w §18 ust. 3 i 4 Pzp, wynagrodzenie wykonawcy zostanie odpowiednio zmienione,

b.w §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy zostały wskazane obiektywne i mierzalne przesłanki (okoliczności możliwe do wykazania i zweryfikowania za pomocą jasno sprecyzowanych dokumentów i parametrów) ustalenia faktu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

c.w §18 ust. 4 wzoru umowy zostały wskazane jednolite dla wszystkich wykonawców przesłanki umożliwiające zmianę wynagrodzenia z uwagi na zmianę wartości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

d.w §18 ust. 4 wzoru umowy zostały wskazane jednolite dla obu stron umowy (takie same dla Zamawiającego i wykonawcy) przesłanki umożliwiające zmianę wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

e.w §18 ust. 4 wzoru umowy wprowadzony został jeden, jednolity dla obu stron, sposób ustalania zmiany wynagrodzenia w miejsce dwustopniowego, mającego zastosowanie wyłącznie względem wykonawcy np. poprzez odwołanie się do wskaźników GUS,

f.w §18 ust. 4 wzoru umowy sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia jednakowego dla obu stron umowy np. poprzez złożenie przez stronę stosownego wniosku, zawierającego dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia wykonawcy z zastosowaniem wzoru obliczeń zaproponowanego przez Zamawiającego.

2.w zakresie tzw. poziomów recyklingu odpadów:

a.usunięcia obowiązku osiągnięcia tzw. poziomów recyklingu, o których mowa Rozdziale XX pkt 1 ppkt 2-3 SWU – jako obowiązku niemożliwego do spełnienia; a w konsekwencji wykreślenia § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s wzoru umowy – odnoszącego się do kar umownych za niespełnienie tego obowiązku;

ewentualnie, w razie gdyby Izba uznała, że osiągnięcie tzw. poziomów recyklingu odpadów jest możliwe:

b.zmiany § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s wzoru umowy w taki sposób, by ryzyko zapłaty kary z tytułu nieosiągnięcia tzw. poziomów recyklingu odpadów rozkładało się równo pomiędzy wykonawcę a Zamawiającego, tj. aby kara była nie większa niż 50% kary przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s wzoru umowy;

3.wykreślenia ze wzoru umowy §15 ust. 2 pkt 14 lit. mm) bądź doprecyzowaniu §15 ust. 2 pkt 14 lit. mm) wzoru umowy poprzez jednoznaczne wskazanie okoliczności, w jakich Zamawiający będzie mógł dochodzić od wykonawcy zapłaty kary umownej;

4.zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie:

a.nakazaniu Zamawiającemu obniżenia ilości odpadów wskazanych w załączniku nr III „Zestawienie kosztów zadania” dla zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego w taki sposób, aby następujące frakcje uległy zmniejszeniu o:

Nr	Frakcja	Procentowy poziom zmniejszenia dla zamówienia podstawowego	Procentowy poziom zmniejszenia dla zamówienia opcjonalnego
1	Odbiór zbieranie, transport i zagospodarowanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych	5%	10%
2	Odbiór zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z papieru i tektury	10%	15%
3	Odbiór zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze szkła	10%	15%
4	Odbiór zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych	15%	20%
5	Odbiór zbieranie, transport i zagospodarowanie bioodpadów	25%	30%
6	Odbiór zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych	30%	35%

b.określeniu specyfikacji technicznej opisanej w SWU rozdział XV. Mobilnej Aplikacji, w taki sposób, aby Wykonawca mógł ocenić stopień ryzyka w działaniu Aplikacji i sprawnej realizacji zamówienia,

c.nakazaniu Zamawiającemu obniżenia wymagań technicznych dla smartfonów określonych w SWU:

1)w rozdziale XIII ust. 1 pkt 5, na następujące: „smartfony z dostępem do sieci LTE umożliwiające realizację zamówienia w zakresie obsługi aplikacji mobilnej dostarczonej przez Zamawiającego posiadające nie mniej niż 3GB pamięci RAM i 32GB pamięci ROM z systemem operacyjnym Android w wersji nie starszej niż 9”,

2)w rozdziale XV ust. 8, na następujące:

„8. Wykonawca ma obowiązek wyposażenia każdego pojazdu realizującego odbiór odpadów w smartfon o parametrach nie gorszych niż:

- 1) Łączność 4G z pakietem danych minimum 15GB na miesiąc,
- 2) Wbudowany moduł GPS,
- 3) 32 GB pamięci ROM,
- 4) 3 GB pamięci RAM,
- 5) Android 9,
- 6) Aparat fotograficzny min 8 MPiX.”

d.nakazaniu Zamawiającemu rezygnacji z zapisów rozdziału XXII ust. 2 pkt 4 SWU w brzmieniu: „Wykonawca w porozumieniu z dyrekcją szkoły, zobowiązany jest uzyskać zgodę rodziców uczniów na udział w warsztatach” w związku z brakiem określenia w SWU szczegółowych obowiązków w zakresie ochrony danych osobowych przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wniósł także w sytuacji gdy opisane żądania co do zakresu zmian SWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej niewskazane wprost w żądaniu, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania Odwołującego – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

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

I. Waloryzacja

W §18 wzoru umowy Zamawiający określił, w jakich okolicznościach możliwa będzie zmiana umowy.

Odwolujący podniósł, mając na uwadze zaprojektowane przez Zamawiającego brzmienie klauzuli waloryzacyjnej, że:

- 1)wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zmianę wynagrodzenia z uwagi na zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – wdrożenie klauzuli waloryzacyjnej nacechowane jest subiektywizmem i jest zależne od woli drugiej strony i nie będzie skutkowało powstaniem roszczenia o zmianę umowy, nawet w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy;
- 2)zmiana wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia zależna jest od jednoczesnego zaistnienia (w przypadku wniosku wykonawcy) i wykazania:
 - a)ogólnej zmiany cen (wystąpienie zmiany 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 $\pm 6\%$),
 - b)zmiany cen paliwa ($\pm 6\%$),
 - c)zmiany kosztów zatrudnienia osób realizujących zamówienia ($\pm 6\%$),
 - d)zmiany cen/ kosztów zagospodarowania odpadów ($\pm 6\%$);
- 3)udokumentowanie zmiany stawek lub kosztów zagospodarowania opisane jest w sposób ogólnikowy, nierówno traktujący wykonawców ubiegających o udzielenie zamówienia, a także w sposób oderwany od obiektywnych czynników. Nadto opiera się na subiektywnych ocenach spełnienia przesłanek zmiany umowy;
- 4)szczegółowe obowiązki w zakresie udokumentowania związku kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia, uwzględniające trzy obligatoryjne elementy (koszty zakupu paliwa, koszty zatrudnienia i koszty zagospodarowania odpadów) zostały zastrzeżone tylko względem wykonawcy, ale już nie względem Zamawiającego, choć z wnioskiem o dokonanie zmiany umowy wystąpić może także Zamawiający.

Kwestia subiektywnych kryteriów oceny i powstania roszczenia o zmianę umowy (ad. 1 powyżej)

Odnosząc się do kwestii subiektywnych kryteriów oceny i powstania roszczenia o zmianę umowy Odwołujący wskazał, że w pierwszej kolejności zarzuca Zamawiającemu ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób sprzeczny z przepisem art. 439 ust. 1 ustawy Pzp i ratio legis całego przepisu art. 439 Pzp z uwagi na to, że spełnienie przesłanek waloryzacji, które wskazane zostały w §18 ust. 4 wzoru umowy, nie będzie skutkowało powstaniem roszczenia strony o zmianę umowy. Tymczasem zmiana wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powinna następować obowiązkowo (po spełnieniu przesłanek wskazanych w umowie), a nie być zależna od woli drugiej strony co do dokonania zmiany umowy.

Zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp „*Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*”. Wyraźnie więc ustawodawca dążył do tego, aby waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy nie była zależna od woli drugiej strony umowy i miała charakter roszczenia.

W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Pzp wskazuje się przy tym jednoznacznie, że: *Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia. Oczywiście powstanie takiego roszczenia uwarunkowane będzie zaistnieniem szeregu przesłanek, do określenia których ustawodawca zobowiązał zamawiającego przy konstruowaniu postanowień umowy.*" (zob. red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str.1165).

Odwołujący wskazał, że przygotowany przez Zamawiającego wzór umowy, w §18 ust. 3 i 4, zawiera następujące zwroty/ sformułowania:

- 1) „Strony mają możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy” (vide: §18 ust. 3 wzoru umowy);
- 2) „Strona, której złożono wniosek, w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku oceni czy Strona wnioskująca wykazała rzeczywisty wpływ zmiany” (vide: §18 ust. 4 pkt 2 wzoru umowy);
- 3) „[...] pod rygorem odmowy dokonania zmiany przedmiotowej umowy przez Zamawiającego” (vide: §18 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy);

które wskazują na to, że zmiana wynagrodzenia w przypadku zmiany materiałów lub kosztów zależna jest od czynników subiektywnych, zamiast obiektywnych, co wypacza sens art. 439 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego „zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia”, do których odwołuje się przepis art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, to właśnie transparentny mechanizm, który powinien być zastosowany po wystąpieniu przez stronę ze stosownym wnioskiem o zmianę wynagrodzenia, popartym zaistniałymi obiektywnymi i mierzalnymi okolicznościami.

W żadnym wypadku, z brzmienia postanowień wzoru umowy, nie sposób wyprowadzić wniosku, że złożenie przez stronę wniosku o zmianę umowy (w sytuacji wystąpienia okoliczności, o których mowa w §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy) będzie skutkowało zmianą umowy. Zarzuty Odwołującego i podkreślana przez niego możliwość oceny zasadności wniosku złożonego przez drugą stronę o zmianę wynagrodzenia, jest tym bardziej zasadna, gdy zestawimy nieostre i niejednoznaczne sformułowania, którymi posłużył się Zamawiający w §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy (przywołane przez Odwołującego w poprzednim punkcie) z narzuconym przez Zamawiającego wymogiem co do sposobu dokumentowania przez wykonawcę zmiany cen zagospodarowania odpadów. Wówczas już jednoznacznie staje się to, że o zasadności wniosku wykonawcy o dokonanie zmiany wynagrodzenia decydować będzie de facto Zamawiający na podstawie bliżej nieokreślonych kryteriów oceny.

Zamawiający wskazuje bowiem, że „*Udokumentowanie zmiany następować będzie poprzez porównanie stawek z umów zawartych przez Wykonawcę (lub w przypadku posiadania własnej instalacji udokumentowania zmiany kosztów związanych z jej funkcjonowaniem) z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia*”, co (w szczególności w przypadku wykonawców posiadających własne instalacje) nie stanowi transparentnych kryteriów weryfikacji zmian cen (kosztów) zagospodarowania, tylko stanowi kryteria subiektywne.

Nie jest bowiem jasne ani to, jakie dokumenty wykonawca będzie musiał przedłożyć Zamawiającemu (dotyczy to wykonawców posiadających własne instalacje) ani to, według jakiego „klucza” następować będzie weryfikacja tych dokumentów, co stanowi całkowite wypaczenie idei klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp.

Odwołując wskazał także, że od lat świadczy usługi o analogicznym przedmiocie na rzecz Zamawiającego, ma już negatywne doświadczenia związane z rozpatrywaniem przez Zamawiającego wniosku o dokonanie zmiany umowy (wniosek składany w trybie art. 144 ust. 1 pkt 3 poprzedniej ustawy Pzp przy podobnych przesłankach umownych), gdzie Zamawiający odmawiał dokonania zmiany wynagrodzenia i kwestionował dokumenty, które zostały przedłożone przez Odwołującego, domagając się innego sposobu dokumentowania wzrostu kosztów cen (wymuszającego na Odwołującym ujawnienia know-how swojego przedsiębiorstwa), w tym także w zakresie kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów i to pomimo składania przez Odwołującego stosownych wyliczeń.

Podsumowując Odwołujący podniósł, mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia Odwołującego, że z uwagi na brzmienie zapisów §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy, które wskazują na uznaniowość i subiektywną ocenę wniosku wykonawcy o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, uznać należy, że klauzula ta sformułowana jest w sposób wadliwy i narusza przepis art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, pozbawiając stronę możliwości sformułowania roszczeń o zmianę umowy.

Kwestia dokumentowania kosztów zagospodarowania przez wykonawcę (ad. 3 powyżej)

Odwolujący zarzucił, że sposób, w jaki Zamawiający sformułował klauzulę waloryzacyjną narusza przepis ustawy Pzp z uwagi na nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu. Klauzula waloryzacyjna nie tylko narusza przepis art. 439 ustawy Pzp z uwagi na subiektywne i nietransparentne kryteria oceny spełnienia przesłanek zmiany umowy, ale także z uwagi na to, że Zamawiający stawia różne standardy dokumentowania zmiany kosztów wynagrodzenia różnym grupom wykonawców.

Odwolujący przywołał zapis dotyczący dokumentowania wzrostu kosztów („*Udokumentowanie zmiany następować będzie poprzez porównanie stawek z umów zawartych przez Wykonawcę (lub w przypadku posiadania własnej instalacji udokumentowania zmiany kosztów związanych z jej funkcjonowaniem) z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia*”) (vide: str. 38 wzoru umowy), z którego jednoznacznie wynika, że:

- 1) wykonawcy, którzy nie posiadają własnych instalacji – udokumentować będą mieli wzrost cen poprzez przedstawienie stawek z umów zawartych przez wykonawcę z instalacjami;
- 2) wykonawcy, którzy posiadają własne instalacje – udokumentować będą mieli zmianę kosztów związanych z funkcjonowaniem instalacji.

Wykonawca, który zagospodarowuje odpady w obcych instalacjach, musi zatem odwołać się do cenników i warunków umów zawartych z instalacjami, co stanowi kryterium obiektywne i mierzalne, choć sprzyjające nadużyciom, zwłaszcza, że Zamawiający odwołuje się do stawek z umów (czym można manipulować), a nie do dokumentów księgowych (faktur), które obrazowałyby faktyczne stawki za zagospodarowanie, w oparciu o które rozliczać się będzie wykonawca, czego Zamawiający zdaje się nie dostrzegać. Niemniej jednak, kryterium to jest obiektywne i mierzalne, w przeciwieństwie do kryterium, które spełnić będzie miał wykonawca, który posiada własną instalację – sposób dokumentowania kosztów związanych z funkcjonowaniem instalacji nie został przez Zamawiającego zdefiniowany, co czyni to kryterium (stosowane tylko względem pewnej grupy wykonawców) kryterium subiektywnym, zależnym od oceny Zamawiającego.

Odwolujący podniósł, iż odwoływał się już do swoich negatywnych doświadczeń związanych z oceną uprzednio składanych wniosków o dokonanie waloryzacji wynagrodzenia i raz jeszcze podkreśla, że klauzula waloryzacyjna powinna opierać się na mierzalnych i obiektywnych czynnikach, a nie na kryteriach subiektywnych. Odwołujący dodatkowo podniósł, że §18 ust. 4 pkt 2 wzoru umowy przewiduje możliwość żądania przez strony dodatkowych dokumentów (wciąż niezdefiniowanych). Oznacza to, że w przypadku dokumentowania przez wykonawcę zmiany kosztów zagospodarowania odpadów przez wykonawcę posiadającego własne instalacje, wobec niezdefiniowania obiektywnego i mierzalnego sposobu dokumentowania tych kosztów, możliwa będzie sytuacja niekończącego się wzywania wykonawcy do przedkładania kolejnych dokumentów, pod rygorem odmowy zmiany wynagrodzenia.

Nadto podniósł, że subiektywne i niezdefiniowane kryteria oceny zmiany wysokości kosztów zagospodarowania występują tylko w odniesieniu do jednej grupy wykonawców, czyli Zamawiający zróżnicował sytuację poszczególnych wykonawców, co godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, te same standardy oceny wniosku o zmianę wynagrodzenia wykonawcy powinny być stosowane względem każdego wykonawcy, bowiem ma to wpływ na szacowanie przez nich ceny ofertowej. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem skalkulowanie ryzyk kontraktowych, których wykonawca mający własną instalację znajdzie się w gorszej sytuacji i nawet nie będzie w stanie dokładnie oszacować możliwego wzrostu wynagrodzenia, bowiem nie wie, czym Zamawiający będzie się kierował, oceniając zasadność ewentualnego wniosku o dokonanie zmiany umowy.

Podsumowując Odwołujący podniósł, mając powyższe na uwadze, iż domaga się zaniechania różnicowania sytuacji wykonawców, którzy ubiegają się o przedmiotowe zamówienie i zastosowania jednolitych dla wszystkich wykonawców przesłanek (i standardów ich oceny) umożliwiających zmianę wynagrodzenia z uwagi na wzrost cen i materiałów, co dotyczy także kosztów zagospodarowania odpadów.

Kwestia dokumentowania kosztów związanych z realizacją zamówienia (ad. 4 powyżej)

Niezależnie od podniesionej we wcześniejszych punktach kwestii różnicowania sposobów dokumentowania kosztów zagospodarowania pomiędzy poszczególnymi grupami wykonawców, Odwołujący zwrócił uwagę na to, że Zamawiający różnicuje też „tok postępowania” przy wnioskowaniu o zmianę wynagrodzenia także pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą.

O ile bowiem dla Wykonawcy warunkiem złożenia skutecznego wniosku o zmianę wynagrodzenia jest nie tylko zobrazowanie zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS, ale także wykazanie zmian kosztów paliwa, kosztów zatrudnienia i kosztów zagospodarowania (vide: str. 38 wzoru umowy), o tyle te same reguły nie obowiązują już

Zamawiającego, choć Zamawiający także uprawniony jest do wystąpienia z wnioskiem o dokonanie zmiany umowy.

Zamawiający nie jest zobligowany do wykazywania żadnych dodatkowych okoliczności (poza wskaźnikami GUS), a zupełnie inne przesłanki ubiegania się o zmianę wynagrodzenia stawia on wykonawcy, co stanowi nadużycie z jego strony i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.

Zamawiający mógłby przecież zastrzec, że poziom zmiany cen i sposób ustalenia zmiany cen odbywać się będzie dla obu stron albo z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego albo z użyciem średniej cen hurtowej oleju napędowego Ekodiesel (tworząc dodatkowy wzór pozwalający na wyliczenia różnicy w cenie w przypadku spadku cen paliw), co po pierwsze byłoby obiektywne i mierzalne, a po drugie odzwierciedlałoby równowagę kontraktową stron, byłoby zgodne z zasadami współzycia społecznego, bowiem te same standardy wniosku o zmianę umowy stawiane byłyby obu stronom umowy.

Odwolujący zaznaczył przy tym, że odwoływanie się do wskaźników GUS przez obie strony jest o tyle zasadne, że w tzw. „koszyku inflacyjnym” mieszczą się także koszty paliw, czy koszty energii elektrycznej, które są istotnymi elementami kosztowymi dla tego typu zamówień. Bazowanie z kolei wyłącznie na kosztach paliwa jest również uzasadnione z tego względu, że paliwo jest dodatkowo bardzo istotnym czynnikiem kosztowym zagospodarowania odpadów.

Obie metody są więc zasadne i nie tylko przywracałyby równowagę kontraktową stron umowy, ale także nie różnicowałyby sytuacji poszczególnych wykonawców.

Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, przy jednoczesnym ułatwieniu sobie możliwości doprowadzenia do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c.

Jak zauważa się w doktrynie „w art. 353(1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Dodatkowo zgodność czynności prawnej z zasadami współzycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami zasady współzycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy” (Fuchs Bernadetta w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, art. 353-534, Wolters Kluwer Polska, 2018).

Odwolujący podkreślił, że poszanowanie ustawowo ustanowionej zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, obiektywne i mierzalne, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającego. Odwołujący upatruje naruszenia przez Zamawiającego zasad współzycia społecznego w znaczeniu lojalności stron i wzajemnego zaufania, o którym trudno mówić, gdy Zamawiający formułuje różne standardy dochodzenia do zmiany umowy dla siebie i dla wykonawców.

Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353(1) k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1283/20, LEX nr 3051333).

Odwolujący podniósł również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności Odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Pzp ani k.c. Odwołujący zaznaczył również, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Należy podkreślić, że istotą zasady efektywności jest osiągnięcie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. best value for money. Czynności i zaniechania Zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę.

Podsumowując Odwołujący podniósł, że w świetle powyższego za zasadny uznać należy postulat Odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej poprzez wprowadzenie w §18 ust. 4 wzoru umowy jednego, jednolitego dla obu stron (Zamawiającego i wykonawcy) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia w miejsce dwustopniowego, mającego zastosowanie wyłącznie względem wykonawcy.

Kwestia konieczności wykazywania wzrostów kosztów paliwa, zatrudnienia i zagospodarowania odpadów przez wykonawcę (ad. pkt 2 powyżej)

Niezależnie od wcześniej podniesionych argumentów wskazujących na wadliwość projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej, Odwołujący zwrócił uwagę, że klauzula ta narusza dodatkowo przepis art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „*W umowie określa się: 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”,

poprzez wskazanie kilku rodzajów przesłanek ustalania zmiany wynagrodzenia, w dodatku zastrzeżonych tylko dla jednej strony umowy, czyli wykonawcy.

Posłużenie się przez ustawodawcę określeniem „*lub poprzez wskazanie innej podstawy*” oznacza konieczność dokonania przez Zamawiającego wyboru pomiędzy odwoływaniem się do wskaźników zmiany cen materiałów lub kosztów (np. GUS) bądź innych sposobów ustalenia zmiany cen.

Powyższe znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, gdzie wyjaśniono, jakie były intencje ustawodawcy przy formułowaniu przepisu art. 439 ustawy Pzp. I tak, w uzasadnieniu projektu ustawy czytamy, że: „*W ust. 2 tego artykułu 5 zostały wskazane obligatoryjne elementy z jakich ma się składać postanowienie waloryzacyjne:*

1)poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniających stronę do żądania zmiany wynagrodzenia, przy czym ustawa nie określa żadnego minimalnego progu w tym zakresie i możliwe jest waloryzowanie wynagrodzenia od nawet zerowego poziomu. Postanowienie ma wskazać początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, który będzie początkowym punktem odniesienia,

2)sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia może zostać określony również przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów,

3)sposób określenia wpływu zmiany ceny na koszty wykonania zamówienia oraz okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający określi zatem, jak wyliczona zgodnie z pkt 2 powyżej zmiana ceny wpłynęła na sytuację wykonawcy i jak obliczyć w związku z tym jego nowe wynagrodzenie,

4)maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowienia.”.

Dowód: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>

Tymczasem to, co zrobił Zamawiający w niniejszym postępowaniu, to nic innego, jak jednoczesne wprowadzenie kilku rodzajów przesłanek ustalania zmiany cen – w pierwszym stopniu (wspólnym dla wszystkich): wskaźniki GUS, w drugim stopniu (już tylko dla wykonawcy): ceny paliw, koszty zatrudnienia i koszty zagospodarowania.

Na powyższe nie wpływa fakt, że Zamawiający w odniesieniu do cen paliw, kosztów zatrudnienia i kosztów zagospodarowania posługuje się określeniem „*udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia a żądaniem zmiany wynagrodzenia*”, skoro nie stanowi to zobrazowania wpływu wzrostu kosztów na realizację kontraktu, tylko stanowi wyłącznie sposób ustalania, o ile wzrosły poszczególne koszty (ceny).

Odwołujący ma świadomość, że przepis art. 439 ust. 2 pkt 3 Pzp mówi o tym, że klauzula waloryzacyjna ma określać „*sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy*”, ale w tym celu Zamawiający odwołuje się do kosztów paliwa, zatrudnienia i zagospodarowania odpadów.

Jak czytamy w uzasadnieniu projektu ustawy Pzp „*sposób określenia wpływu zmiany ceny na koszty wykonania zamówienia oraz okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający określi zatem, jak wyliczona zgodnie z pkt 2 powyżej zmiana ceny wpłynęła na sytuację wykonawcy i jak obliczyć w związku z tym jego nowe wynagrodzenie*”.

W tzw. koszyku inflacyjnym tworzonym na potrzeby obliczenia wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych nie ma np. kosztów robocizny, więc rzekomy „sposób dokumentowania wpływu” nie ma powiązania z wyliczoną w oparciu o wskaźnik GUS ceną.

Zamawiający określił wpływ obliczonego w oparciu o wskaźniki GUS poziom wzrostu cen i przełożył go na sytuację tego kontraktu tworząc matematyczny wzór, według którego będzie wyliczone wynagrodzenie wykonawcy, w tym określił podział ryzyka pomiędzy wykonawcą a zamawiającym (...) czym wypełnił przesłankę, o której mowa w przepisie art. 439 ust. 2 pkt 3 Pzp i w ten sposób zrealizował postulat: „*jak wyliczona zgodnie z pkt 2 powyżej zmiana*

ceny wpłynęła na sytuację wykonawcy i jak obliczyć w związku z tym jego nowe wynagrodzenie”.

Nie tylko więc za niezrozumiałe, ale też za sprzeczne z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp uznać należy wymóg (nałożony wyłącznie na wykonawców) dalszego wykazywania poszczególnych wzrostów cen, zwłaszcza, że zapis różnicuje też sytuację pomiędzy samymi wykonawcami.

Podsumowując Odwołujący podniósł, że ta część klauzuli waloryzacyjnej wskazanej w §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy, która odnosi się do udokumentowania związku pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powinna być ograniczona wyłącznie do złożenia przez stronę stosownego wniosku, zawierającego dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia wykonawcy z zastosowaniem wzoru obliczeń odnoszącego się do wskaźników GUS, bez konieczności składania przez wykonawcę dowodów potwierdzających wzrosty cen paliwa, kosztów zatrudnienia i zagospodarowania odpadów.

W ten sposób umowna klauzula waloryzacyjna byłaby nie tylko zgodna z art. 439 ustawy Pzp, ale też pozwalałaby na zachowanie równości stron umowy i równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Podsumowanie dla wszystkich zarzutów dotyczących tzw. klauzuli waloryzacyjnej

Podsumowując Odwołujący podniósł, mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia, że z uwagi na brzmienie zapisów §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy, które wskazują na uznaniowość i subiektywną ocenę wniosku wykonawcy o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, uznać należy, że klauzula ta sformułowana jest w sposób wadliwy i narusza przepis art. 439 ust. 1 ustawy Pzp. Z tego też względu Odwołujący domaga się, aby brzmienie §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy zawierało jednoznaczne sformułowanie, z którego będzie wynikało, że w przypadku złożenia przez wykonawcę (lub szerzej przez stronę) wniosku o zmianę umowy z uwagi na zmianę wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, po spełnieniu okoliczności wskazanych w §18 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wynagrodzenie wykonawcy zostanie odpowiednio zmienione, przy czym wzór umowy powinien dodatkowo zostać zmodyfikowany w taki sposób, aby w §18 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zostały wskazane obiektywne i mierzalne okoliczności (w znaczeniu: możliwe do wykazania i zweryfikowania za pomocą jasno sprecyzowanych dokumentów i parametrów), które pozwalałyby na zweryfikowanie wystąpienia okoliczności zmiany cen i materiałów za pomocą obiektywnych kryteriów, z wyłączeniem czynników subiektywnych.

Odwołujący, w celu ułatwienia zobrazowania jego postulatów, wskazuje, że klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 Pzp mogłaby wyglądać następująco:

„§18 ust 4 pkt 1 lit. e) wzoru umowy):

(...)

Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy z zastosowaniem wzoru, o którym mowa powyżej.

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

Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia do wysokości $\pm 8\%$ maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w §11 ust. 1 umowy.

2) Strona, której złożono wniosek, w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku oceni czy Strona wnioskująca wykazała rzeczywisty wpływ zmiany, o której mowa w pkt 1) (z wyłączeniem lit. e) na wzrost kosztów realizacji przedmiotowej umowy. Strony zastrzegają sobie możliwość wezwania wnioskodawcy do przedłożenia dodatkowych dokumentów czy wyliczeń. W przypadku zaakceptowania wniosku, Strony ustalą datę podpisania aneksu do umowy.

3) (...).

4) Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w pkt 1), na koszty wykonania zamówienia należy do Strony składającej wniosek, pod rygorem odmowy dokonania zmiany przedmiotowej umowy przez Zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, że wpływ zmian cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS strona wnioskująca o zmianę umowy wykazywać będzie poprzez złożenie wniosku zawierającego stosownego obliczenia nowych cen jednostkowych z zastosowaniem właściwego wzoru wskazanego w §18 ust 4 pkt 1 lit. e) umowy.”.

II. Poziomy recyklingu - uzasadnienie łączne dot. wymaganych poziomów recyklingu w Rozdziale XX pkt 1 ppkt 2-3 SWU oraz kar umownych w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s wzoru umowy

A. Podniesienie wymaganych tzw. poziomów recyklingu skokowo powyżej możliwości Wroclawia

Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia tzw. poziomów recyklingu w Rozdziale XX pkt 1 ppkt 1-3 SWU: *W zakresie osiągnięcia 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 Selektywnego 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:

(...)

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. 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. 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.)”.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, dalej jako „ucpg”, poziomy recyklingu kształtują się następująco:

2) art. 3b ucpg: Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

- i. 25% wagowo - za rok 2022;
- ii. 35% wagowo - za rok 2023;
- iii. 45% wagowo - za rok 2024
- iv. 55% wagowo - za rok 2025;

3) art. 3b ucpg: Gminy są obowiązane nie przekraczać poziomu składowania w wysokości: 30% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029;

Tymczasem, zgodnie z danymi Zamawiającego: poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych dla gminy Wrocław w roku 2022 wyniósł 29,73%⁶. W roku 2021 wysokość poziomu osiągniętego przez gminę Wrocław była równa 30,28%, co pokazuje tendencję spadkową jeśli chodzi o osiągnięte przez wykonawców poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu.

Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych tworząc tę karę na wzór administracyjnej kary pieniężnej, jaka może być nałożona na gminę na mocy ucpg, przypadku nieosiągnięcia przez gminę tzw. poziomów recyklingu i poziomów składowania, w sytuacji wykonawca zobowiązany zostaje do osiągnięcia takich samych poziomów recyklingu i składowania (jak Zamawiający), tyle że w odniesieniu do innego strumienia i jakości odpadów, co Zamawiający. Odwołujący podnosi, że osiągnięcie takich wymogów jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez Wykonawcę.

Odwołujący podkreślił przy tym, że niemożność osiągnięcia tych poziomów ma charakter obiektywny, w tym sensie, że żaden wykonawca nie ma możliwości, z przyczyn prawnych i faktycznych, sprostać wymogom, które stawia wykonawcy Zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2022 r. sygn. akt. KIO 2439/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22 – czyli w poprzednim postępowaniu odwoławczym tego samego Zamawiającego, w odniesieniu do podobnego zarzutu, wskazała: „skład orzekający, podziela stanowisko wielokrotnie wyrażone w wyrokach Izby, że biorąc pod uwagę przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wskazane powyżej, nie może dziwić, że gmina wykonując zadanie własne powierzone jej ustawą organizując odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zleca wykonywanie tych zadań z reguły w drodze udzielenia zamówienia publicznego wyspecjalizowanemu podmiotowi gospodarczemu z założeniem, że wykonawca wypełni nałożone na gminę i powierzone w drodze umowy obowiązki, którymi sama została przez ustawodawcę obciążona. W tym kontekście uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia wskaźników pochodnych w stosunku do określonych w ustawie nie stanowi samo w sobie naruszenia przepisu prawa. (...) W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wykazał, iż zakładany poziom recyklingu na rok 2023 w wysokości 35% nie jest możliwy do uzyskania. W szczególności za dowód na tę okoliczność nie mogą być uznane wyliczenia własne Odwołującego, których nie dało się zweryfikować pod kątem realności przyjętych w nim wyliczeń. (...) Gmina Wrocław w 2021 r. zanotowała co do zasady wzrosty efektów selektywnego zbierania odpadów w stosunku do roku 2020 (str. 30 analizy) oraz zmniejszenie strumienia odpadów zmieszanych, a w 2021 r. osiągnięto poziom recyklingu w wysokości 30,28% (poziom był już liczony wg. nowych zasad zakreślonych w przywołanym w ustaleniach Rozporządzeniu Ministra Klimatu). Wobec tych okoliczności nie jest możliwe przesądzenie, że oczekiwany poziom nie jest poziomem realnym, tym bardziej, że Zamawiający zamierza w dalszym ciągu prowadzić działania edukacyjne”.

Rzeczywistość obiektywnie zweryfikowała twierdzenia Zamawiającego, ale i akceptację tych twierdzeń przez Izbę. Okoliczność, że w 2021 r. Wrocław osiągnął wymagany poziom recyklingu nie oznacza automatycznie, że poziom ten osiągnie w kolejnych latach. Wręcz przeciwnie, dane pokazują, że poziom recyklingu spada i wynosił w latach 2022 - 2023 ok. 30% - wobec wymaganych 35% w 2023 r. i 45% w 2024 r.

Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy⁷ podał, że uwzględniając rzeczywisty skład morfologiczny odpadów komunalnych, biorąc pod uwagę liczne czynniki wpływające na niski poziom recyklingu odpadów (np. brak ekoprojektowania): „*Na podstawie informacji zawartych w sprawozdaniach marszałków województw z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi w 2020 r. odnotowano, że do procesów ponownego użycia i recyklingu przekazano 2 880,7 tys. Mg odpadów komunalnych, tym samym efektywność wyniosła ok. 21%*”. Porównując efektywny poziom recyklingu z poziomem wymaganym np. w 2025 r. (45%) tym bardziej poziom recyklingu wymagany przez Zamawiającego nie jest możliwy do uzyskania.

Zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Jak wskazuje się w doktrynie: „*świadczenie niemożliwe oznacza w zasadzie takie zachowanie, którego żadna osoba nie może zrealizować* (tak też wyr. SN: z 22.11.1973 r., III CRN 255/73, Legalis; z 8.5.2002 r., III CKN 1015/99, Legalis; z 8.1.2009 r., I CSK 239/08, Legalis; 20.3.2009 r., II CSK 611/08, Legalis; z 12.8.2009 r., IV CSK 81/09, Legalis; z 18.5.2011 r., III CSK 217/10, Legalis) *W przypadku świadczeń opisanych skutkowo chodzi o taki stan rzeczy, którego żadna osoba nie jest w stanie osiągnąć w sposób wskazany w umowie, a jeżeli umowa nie wskazuje sposobu realizacji świadczenia – w żaden sposób. (...) Umowa o świadczenie niemożliwe (w opisanym powyżej znaczeniu tego pojęcia) jest nieważna*” (E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2021).

Właśnie z takim stanem rzeczy mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący zarzuca okoliczność niemożliwości świadczenia już na tym etapie, ponieważ z góry jest wiadome, że poziomy recyklingu odpadów ustanowiono na poziomie, który nie jest możliwy do spełnienia.

Odnosząc się do poziomu składowania odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 2a-2b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – w chwili obecnej nie wprowadzono jeszcze przepisów wykonawczych, które określałyby sposób obliczenia tego poziomu.

W kolejnych punktach niniejszego odwołania Odwołujący wskazuje, z jakich powodów osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu i składowania jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia.

B. Problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”

Na wstępie wymaga wyjaśnienia pojęć „recyklingu” i „przygotowania do ponownego użycia”. Zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach – art. 3 ust. 1:

pkt 22) przygotowanie do ponownego użycia – rozumie się przez to odzysk polegający na sprawdzeniu, czyszczeniu lub naprawie, w ramach którego produkty lub części produktów, które wcześniej stały się odpadami, są przygotowywane do tego, aby mogły być ponownie wykorzystywane bez jakichkolwiek innych czynności wstępnego przetwarzania;

pkt 23) recykling – to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych.

Do tych pojęć odnosi się wymóg z art. 3b ust. 1 u.c.p.g., przerzucony przez gminę (Zamawiającego) na wykonawcę odbierającego i zagospodarowującego odpady. Powstaje więc pytanie, od jakich czynników zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, jak wygląda system gospodarowania odpadami komunalnymi?

W ramach przedmiotu zamówienia (vide pkt I SWU) wykonawca ma odebrać, zebrać, transportować i zagospodarować odpady komunalne o kodach wskazanych w SWZ. Jednakże odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu (o czym szerzej poniżej).

Zamawiający podał w SWZ – w Załączniku nr do Formularza oferty, że odpady o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne - stanowią zdecydowaną większość strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4. Wykonawca nie ma więc wyboru co do sposobu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych.

Zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach „Instalacją komunalną” jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy,

zapewniająca:

- 1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielenie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub
- 2) (uchylony)
- 3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

Instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (dalej także jako „instalacje MBP”) mają zgodnie z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach obowiązek wydzielać z tych odpadów odpady nadające się do odzysku. Przez „odzysk” jednak zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 14 ustawy o odpadach rozumie się jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Tym samym recykling, o którym mowa w SWZ, jest rzeczą jasną odzyskiem, ale nie odwrotnie - nie każdy proces odzysku (a ustawodawca mówi szeroko o odzysku w odniesieniu do instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych) jest recyklingiem, w szczególności nie jest recyklingiem odzysk energii i ponowne przetwarzanie odpadów na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa. Podkreślenia więc wymaga, że odzysk należy odróżnić od recyklingu, do którego odnoszą się kwestionowane zapisy SWZ.

Generalnie, w części mechanicznej instalacji MBP, która składa się z sortowni odpadów wyposażonej w system separatorów i sit, przebiega rozdział zmieszanych odpadów komunalnych na następujące, podstawowe strumienie odpadów:

- tzw. frakcję nadsitową (odpady o wielkości ponad 80 mm) – surowce wtórne, paliwo alternatywne (o kodzie 19 12 10), balast po sortowaniu (o kodzie 19 12 12) oraz
- tzw. frakcję podsitową o kodzie 19 12 12 (odpady o wielkości 0-80 mm).

W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP to odpad o kodzie 19 12 12, a więc odpad nienadający się do recyklingu (ale do odzysku tak – ale to nie wlicza się do poziomów recyklingu wymaganych przez Zamawiającego).

W najbardziej efektywnych instalacjach MBP ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyciągnąć kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Zaostrzone nowymi przepisami wymagania, dodatkowo tylko zaostrzyły możliwości zagospodarowania surowców pochodzących ze zmieszanych odpadów komunalnych u recyklerów, stąd też wskaźnik ten maleje. Zamawiający takimi danymi dysponuje, otrzymując sprawozdania od wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych we Wrocławiu. Najbardziej pełnowartościowe surowce do ponownego przetworzenia, które zostaną odebrane przez recyklerów, uzyskamy, jeśli będziemy poprawnie zbierać „u źródła” osobno papier, szkło, tworzywa sztuczne wraz z metalem i oddzielimy je od odpadów biodegradowalnych. Szerzej na ten temat poniżej. Innymi słowy, recykling odpadów opiera się na odpadach z selektywnej zbiórki, których poziom nie przekracza połowy całego strumienia odpadów odbieranych w poszczególnych sektorach Wrocławia.

Reasumując Odwołujący podniósł, że wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady.

Wobec powyższych danych, w tym konkretnym zamówieniu, osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu przy tak słabej jakości zbiórki odpadów, przeważającym udziale zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów, jest niewykonalne.

Osiągnięcie poziomów recyklingu odpadów zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość znajduje się poza kontrolą wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Do najważniejszych zalicza się przede wszystkim:

- 1) poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli – które wszystkie są zależne od gminy,
- 2) możliwość znalezienia rynków zbytu dla surowców, w szczególności surowców niższej jakości – decydująca dla możliwości uzyskania wyższego poziomu recyklingu jest jakość odpadów „na wejściu” do instalacji, która jest niezależna od wykonawcy,
- 3) sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z 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. poz. 1530), przez którego zapisy recykerzy zmuszeni się wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi,

4) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recykerów, o czym szerzej poniżej.

Trzeba wyraźnie podkreślić, że w celu poddania odpadów recyklingowi odpady trafiają do recykerów, którzy decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia.

Istota problemu dotyczy wpływu dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recykling, o czym mowa powyżej. W przypadku, gdyby w strumieniu odpadów znajdowała się znaczna ilość odpadów zebranych selektywnie, z podziałem na frakcje, wówczas odpady te zostałyby łatwiej przyjęte przez recyklera, który ma określone standardy jakości przyjmowanych odpadów. Co oczywiste, recykling odpadów wysortowanych następczo ze strumienia odpadów zmieszanych wiąże się z zanieczyszczeniem odpadów i trudnościami technologicznymi – w przypadku np. papieru recykling jest wręcz niemożliwy. Jak wynika ze standardów jakościowych papieru do recyklingu określonych przez największych recykerów: Stora Enso Poland S.A. i Schumacher Packaging Zakład Grudziądz Sp. z o.o., w ogóle nie przyjmuje się do recyklingu papieru pochodzącego bezpośrednio ze zmieszanych odpadów komunalnych. Papiernie nie przyjmują zanieczyszczonego najczęściej resztkami żywności papieru do recyklingu, a taki właśnie papier znajduje się w zmieszanych odpadach komunalnych.

Taka sytuacja przekłada się na ilość odpadów nadających się do recyklingu ze zmieszanych odpadów komunalnych: są to szczątkowe ilości, nieprzekraczające maksymalnie kilku procent całego strumienia zmieszanych odpadów „na wejściu”. Odwołujący, wybierając instalację MBP na wysokim poziomie, która poddaje recyklingowi obecnie kilka procent odpadów wysortowanych z odpadów zmieszanych (niesegregowanych) i nawet przy założeniu znaczącego wzrostu w tym zakresie nie będzie możliwym osiągnięcie poziomów recyklingu w stopniu oczekiwanym przez Zamawiającego, w sytuacji gdy większość strumienia odpadów komunalnych objętego przedmiotem zamówienia to odpady zmieszane.

Przekładając powyższe na niniejsze postępowanie - biorąc pod uwagę konieczność osiągnięcia poziomu recyklingu 55% w 2025 r. instalacje komunalne powinny być w stanie wysortować ok. 48% strumienia do procesów recyklingu (zakładając blisko 100% recyklingu na selektywnej zbiórce i bioodpadach oraz mając na względzie masy wskazane w formularzach ofertowych) – co jest obiektywnie niemożliwe.

W konsekwencji, to od jakości systemu zbierania odpadów komunalnych „u źródła” (przede wszystkim u mieszkańców) zależy możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu odpadów – im większy jest udział odpadów zebranych selektywnie, tym bardziej możliwe jest osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Powstaje zatem pytanie, kto ma kompetencje, narzędzia i wpływ na efektywność w zakresie zbierania odpadów komunalnych?

Na podstawie art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający (gmina) jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Zgodnie z art. 4 u.c.p.g. to rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. Dalej w art. 4 u.c.p.g. ustawodawca wskazuje na elementy określone w regulaminie, m.in.:

- wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających selektywnej zbiórce),
- wymagania w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych powyżej, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających zbieraniu odpadów w PSZOK),

Powyższe (oba punkty) potwierdza art. 4 ust. 2a u.c.p.g., zgodnie z którym rada gminy może w regulaminie wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a i b u.c.p.g. (tj. na więcej frakcji) oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów,

- rodzaj i minimalną pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, przy uwzględnieniu:
- średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź w innych źródłach,
- liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków;
- innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami – katalog otwarty.

Zgodnie z art. 9u u.c.p.g. to gmina sprawuje kontrolę przestrzegania i stosowania przepisów ustawy. Na podstawie art. 6k ust. 3 u.c.p.g. to rada gminy określa stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełnia obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, w wysokości nie niższej niż dwukrotna wysokość i nie wyższej niż czterokrotna wysokość stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Na podstawie art. 6k u.c.p.g. to rada gminy ustala stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym odpadami komunalnymi zbieranymi i odbieranymi w sposób selektywny. Innymi słowy, to wyłącznie w rękach gminy są ekonomiczne zachęty do selektywnej zbiórki odpadów, m.in. poprzez „kary finansowe” dla mieszkańców za brak selektywnej zbiórki (opłata podwyższona za gospodarowanie odpadami).

Z powyższego wynika, że to Zamawiający (gmina) jest podmiotem pierwotnie odpowiedzialnym za gospodarowanie odpadami na terenie gminy, tj. za zasady selektywnej zbiórki odpadów i ich egzekwowanie, i ma w tym zakresie kompetencje prawodawcze. Ponadto, na Zamawiającym ciąży również odpowiedzialność wtórna – związana ze szczegółowym określeniem warunków niniejszego postępowania, w ramach którego wykonawca wykonuje usługę w ściśle określony przez Zamawiającego sposób. Przytoczona argumentacja potwierdza zasadność zarzutów Odwołującego, ponieważ wykonawca ma jedynie ograniczony wpływ na osiągnięcie poziomów odzysku, a decydujące w tym zakresie narzędzia są w rękach Zamawiającego (gminy), m.in. utworzenie odpowiedniego systemu gospodarowania odpadami, sankcje związane z brakiem selektywnej zbiórki, narzędzia ekonomiczne (niższa opłata za gospodarowanie odpadów dla mieszkańców prowadzących selektywną zbiórkę odpadów).

Jak zatem wykonawca może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, jeżeli obowiązki (możliwości) wykonawcy w tym zakresie wynikające z SWZ i przepisów prawa ograniczone są do kierowania mieszkańców odpowiednich ostrzeżeń i informowania Zamawiającego?!

Przywołując stanowisko Ministerstwem Klimatu i Środowiska: *masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które – po przejściu wszystkich niezbędnych operacji sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów odpadowych, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, oraz zapewnienie wysokiej jakości recyklingu – wprowadzane są do procesu recyklingu, w którego wyniku materiały odpadowe są faktycznie powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje.*

Innymi słowy, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się po wszystkich procesach przygotowujących odpady do przekazania finalnego recyklera (np. do huty szkła, papierni, huty metali), czyli dopiero w momencie, gdy znajdują się w magazynie przed wysyłką do recyklera (np. huty szkła, papierni, huty metali).

Co więcej, uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczeniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia, które do tej pory były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, od 2022 roku nie są zaliczane do tej masy. Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejszy się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recyklerów nie mogą zostać przetworzone.

Odwołujący informowany jest obecnie przez recyklerów (poprzez zwiększone ilości potrażeń w stosunku do poprzedniego roku), że przewidują również korekty poziomów recyklingu, natomiast na dzień dzisiejszy recyklerzy nie mogą oszacować jaki to będzie udział procentowy. Jest to zależne od wielu czynników, przy czym już dzisiaj wielu recyklerów potwierdza dużo mniejszy recykling w odniesieniu do przekazanych im odpadów (od kilku do kilkunastu procent) od dnia wejścia w życie nowych przepisów, powołując się na ubytki procesowe i inne zanieczyszczenia, których nie akceptują finalni recyklerzy (np. papiernie, huty szkła). Każdy recykler zobowiązany jest indywidualnie obliczyć procent zanieczyszczeń wyliczony zgodnie z właściwymi przepisami. Na to Odwołujący nie ma jakiegokolwiek wpływu.

C. Zmiany prawne dot. tzw. systemu kaucyjnego

W dniu 15 czerwca 2023 r. na stronie Sejmu RP opublikowano Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw⁸. Projekt zakłada wprowadzenie w życie tzw. systemu kaucyjnego od 2025 r. – to jest w okresie świadczenia niniejszej umowy (zarówno w zamówieniu podstawowym jak i zamówieniu opcjonalnym).

Projekt, przyjęty 6 czerwca 2023 r. przez Radę Ministrów, dostosowuje polskie prawo do rozwiązań

obowiązujących w Unii Europejskiej. Od 1 stycznia 2025 r. wprowadzony zostanie system kaucyjny na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszkę o pojemności do 1 litra. Wykonawca nie ma wiedzy w jakim kształcie ustawa i jej przepisy wykonawcze zostaną przyjęte.

Jak wskazano na stronie internetowej Ministerstwa Klimatu i Środowiska: „Obecnie znaczna część odpadów powstających z opakowań, które planuje się objąć systemem kaucyjnym, zbierana jest razem z innymi odpadami komunalnymi w systemie gminnym. Nowe rozwiązanie zwiększy poziom selektywnego zbierania, a w efekcie także recyklingu odpadów opakowaniowych i zmniejszy zaśmiecenie środowiska”.

W uzasadnieniu projektu ustawy czytamy m.in., że

1) Polska ma „obowiązek zapewnienia selektywnego zbierania odpadów opakowaniowych powstałych z butelek jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje o pojemności do trzech litrów wraz z ich zakrętkami i wieczkami na poziomie 77% w 2025 r. oraz 90% w 2029 r.”;

2) „Wprowadzający produkty w opakowaniach na napoje oraz wprowadzający bezpośrednio produkty w opakowaniach na napoje, którzy będą tworzyć system kaucyjny, będą w ramach tego systemu obowiązani do (...) selektywnego zbierania opakowań i odpadów opakowaniowych w celu osiągnięcia wymaganych poziomów selektywnego zbierania opakowań i odpadów opakowaniowych”;

3) „W związku z powyższym odpady zebrane w danej gminie z jednostek handlu detalicznego i hurtowego oraz innych punktów zbierających opakowania i odpady opakowaniowe objęte systemem kaucyjnym, a następnie przekazane do recyklingu będą mogły zostać rozliczone w ramach sprawozdań gminnych”.

Ustawodawca ma zatem pełną świadomość, że wprowadzenie zachęty finansowej (kaucji) „znacznie” zwiększy poziom selektywnego zbierania odpadów z tworzyw sztucznych, a także że odpady te nie będą zbierane razem z innymi odpadami komunalnymi, ale uspokaja gminy, że będą mogły wliczyć sobie do swoich sprawozdań odpady odebrane w ramach systemu kaucyjnego.

Dlaczego Zamawiający nie uwzględnił tego faktu i nakłada na wykonawców obowiązek niemożliwy do spełnienia, a dodatkowo jeszcze „wyłącza” w drodze umowy odpady, które ustawodawca wlicza do gminnych poziomów recyklingu – odpady w ramach systemu kaucyjnego, ale też

1) ze skupów złomu, makulatury itd.,

2) z przydomowych kompostowników,

3) surowców z PSZOKów – nieobjętych niniejszą umową,

4) odbieranych przez podmioty obsługujące nieruchomości niezamieszkałe, które nie są w systemie gminnym.

Zdecydowana większość instalacji w Polsce nie jest dostosowana do omawianych tu zmian – tj. do przetwarzania strumienia selektywnie zebranych odpadów bez butelek PET, metalowych puszek czy też szklanych butelek opakowaniowych – które to w znacznym stopniu zostaną (zgodnie z projektem) – objęte systemem kaucyjnym. System ten ma zostać wdrożony w roku, w którym obowiązki dot. osiągnięcia poziomów są najbardziej dotkliwe.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza także kwestia PSZOK, gdzie Zamawiający zbiera większą ilość odpadów, niż zleca do odbioru. Wykonawca zakłada więc, że odpady nadające się do recyklingu (a więc więcej warte) Zamawiający sprzedaje, a wykonawcy pozostawia odpady, które nie wliczą się do poziomów recyklingu.

Tymczasem ani Zamawiający, ani ustawodawca, nie publikują danych, na podstawie których wykonawca mógłby obliczyć, jak zmieni się struktura strumienia odpadów. Wykonawca zostanie kolejny raz pokrzywdzony – z odbieranych przez niego odpadów z tworzyw sztucznych od 2025 r. odejdzie znaczna ilość odpadów nadających się do recyklingu.

D. Zamawiający „przerzuci” na wykonawców kary administracyjne, jednakże nie przewidując dla tych wykonawców odpowiednich środków ochrony prawnej

Zamawiający przewidział obowiązek zapłaty kary umownej od razu wtedy, gdy wykonawca nie osiągnie wymaganych poziomów recyklingu odpadów. Mogłoby się wydawać, że Zamawiający w prosty sposób przerzuci na wykonawcę swoją odpowiedzialność ustawową (zo zdaniem Odwołującego jest nieuprawnione), ale Zamawiający „idzie dalej” w swoim stanowisku i pomija w tym „przerzucaniu” elementy ustawowe korzystne dla wykonawcy, co jest rażąco niesprawiedliwe.

Po pierwsze. zgodnie z art. 9ze ucpq:

„1. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta może złożyć wniosek do wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o zawieszenie zapłaty kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 i 2a, przed upływem terminu, w którym ma być ona uiszczona.

2. Wojewódzki inspektor ochrony środowiska, w drodze decyzji, może zawiesić zapłatę kary pieniężnej na okres konieczny do podjęcia działań naprawczych, nie dłuższy jednak niż 5 lat, w przypadku przedstawienia przez gminę udokumentowanego wniosku dotyczącego podjętych działań naprawczych zmierzających do usunięcia przyczyny nałożenia tej kary.

3. Po usunięciu przyczyn nałożenia kary pieniężnej kara ta podlega umorzeniu przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska w drodze decyzji; w przypadku nieusunięcia przyczyn wojewódzki inspektor ochrony środowiska stwierdza, w drodze decyzji, obowiązek uiszczenia tej kary wraz z odsetkami za zwłokę naliczanymi za okres zawieszenia zapłaty kary.”

Jak wskazuje się w doktrynie: „Zawieszenie zapłaty kary pieniężnej jest w istocie instytucją motywującą organy gmin do jak najszybszego przygotowania i podjęcia działań naprawczych. (...) We wniosku należy przedstawić działania naprawcze, jakie gmina podjęła w celu usunięcia naruszeń, w związku z którymi została nałożona kara. Z treści przepisu wynika, że nie wystarczy wskazanie we wniosku planu działań, lecz konieczne jest także udokumentowanie podjęcia ich realizacji. Mowa w nim bowiem o udokumentowanym wniosku. Po złożeniu wniosku spełniającego wymagania formalne wojewódzki inspektor ochrony środowiska, w drodze decyzji, może zawiesić zapłatę kary pieniężnej na okres konieczny do podjęcia działań naprawczych.(...) Uzaniowy charakter decyzji sprawia, że inspektor nie jest zobligowany do zawieszenia zapłaty kary, nawet w wypadku zaistnienia przesłanek jej zawieszenia. Jednak w wypadku, gdy w jego ocenie istnieją realne szanse usunięcia przyczyn naruszeń, powinien wydać taką decyzję, określając jednocześnie odpowiedni termin, adekwatny do podjętych przez gminę działań” (Budziarek Magdalena, Szymczak Aneta, Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz, LEX 2021).

Powyższa instytucja prawna stanowi zatem skuteczne narzędzie umożliwiające nie tylko uwolnienie się od odpowiedzialności finansowej, ale i korzystne z punktu widzenia środowiska środki naprawcze. W tym zakresie Gmina Wrocław nie będzie zmotywowana do wprowadzenia żadnych środków naprawczych, ponieważ będzie miała środki na sfinansowanie kary od wykonawcy.

Po drugie, zgodnie z art. 189f ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Zamawiający będzie miał prawo złożyć wniosek o odstąpienie od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestanie na pouczeniu z uwagi na fakt, że działanie nie spowodowało zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska, a więc spełniało przesłanki pozwalające uznać naruszenie za przypadek o znikomej wadze, a ponadto zaprzestano naruszania prawa.

Należy wziąć pod uwagę nowe orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, wydane co prawda w odniesieniu do administracyjnych kar pieniężnych z ucpg.

Wyrokiem z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt SK 66/21, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że 9xb pkt 2, art. 9zc ust. 1 oraz art. 9zf ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519), w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2016 r. do 8 sierpnia 2022 r., w zakresie, w jakim przewidują obowiązek nałożenia przez właściwy organ samorządu terytorialnego administracyjnej kary pieniężnej za przekazanie po terminie sprawozdania, o którym mowa w art. 9o powołanej ustawy, w sztywno określonej wysokości, bez względu na okoliczności tego czynu, są niezgodne z art. 20, art. 22, art. 64 ust. 1 i 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W powyższym wyroku Trybunał powołał się m.in. na uchwałę siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 czerwca 2022 r., sygn. akt III OPS 1/21, odnoszącą się do kwestii stosowania art. 189f k.p.a. do administracyjnych kar pieniężnych, o których mowa w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gdzie wskazano: „w art. 189f k.p.a. nie określono rodzajów administracyjnych kar pieniężnych (na przykład: kary biegnące, kary miarkowane, kary określone sztywno). Zgodnie z dyrektywą wykładni *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* przyjęć należy, że przesłanki odstąpienia od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej mogą mieć zastosowanie do wszystkich rodzajów administracyjnych kar pieniężnych Rozdziału 4d ustawy”. Zatem, powyższe stosuje się także do kar za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu odpadów.

Odstąpienie od ukarania nie jest równoznaczne z umorzeniem postępowania w przedmiocie nałożenia kary, lecz jest wyrazem darowania kary na skutek uprzedniego ustalenia, że doszło do naruszenia prawa, i jednocześnie stwierdzenia, że ukaranie sprawcy jest niecelowe (por. A. Krawczyk, w: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, pod red. W. Chróścielewskiego, Z. Kmiecika, Warszawa 2019, art. 189f, SIP LEX).

Oczywistym jest, że administracyjne kary pieniężne w sferze prawa ochrony środowiska dotyczą tak istotnego aspektu, jakim jest ochrona środowiska. Ustawodawca jednak przewidział nawet w tym obszarze możliwość potraktowania pewnych naruszeń prawa jako mających znikomą wagę i nie wykluczył w tym zakresie możliwości zastosowania instytucji odstąpienia od nałożenia kary.

W literaturze wskazuje się, że ocena wagi naruszenia prawa wymaga ustalenia, czy konkretne naruszenie prawa wywołało (lub mogło wywołać) skutki faktyczne lub prawne w obszarze konkretnych dóbr prawnie chronionych, tj. dóbr chronionych przez naruszoną normę sankcjonowaną. W tym zakresie podkreśla się, że jeśli naruszenie wywołało jednostkowe i nieznacznie negatywne skutki w obszarze dóbr prawnie chronionych lub skutków tych w ogóle nie wywołało i wywołać nie mogło, to przyjmując należy, że waga naruszenia prawa jest znikoma (por. H. Knysiak-Sudyka (red.), Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, wyd. II, art. 189f, WKP 2019).

Wobec powyższego, nawet w sytuacji, gdyby na Zamawiającego została nałożona kara za nieosiągnięcie poziomów odzysku odpadów ma on aż dwie podstawy prawne do uniknięcia konsekwencji finansowych. Tymczasem dla wykonawcy niniejszego postępowania nie przewidziano analogicznej formalnej ścieżki, co należy uznać za rażąco niesprawiedliwe i nieproporcjonalne.

E. Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia - podsumowanie

Odwolujący nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Odwołujący podkreśla jednak, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby jego wykonanie było możliwe, a skutki niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla Wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, tj. w szczególności zasadom uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy, co ma miejsce w niniejszej sprawie, z tych przyczyn konieczna jest zmiana postanowień SWZ w tym zakresie.

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 22 września 2020 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2065/20: *Zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia*". Powyższe rozstrzygnięcie ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający zaniechał takiego opisu przedmiotu zamówienia, które wyeliminowałby niepewność po stronie wykonawców w zakresie kluczowym do wyceny kosztów realizacji umowy. Wprawdzie wyrok zapadł na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, niemniej argumentacja w nim zawarta pozostaje aktualna i ma odniesienie do niniejszej sprawy.

W konsekwencji powyższego doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Odwolujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty.

Odwolujący wskazuje również na obowiązek rzeczywistego zastosowania zasady efektywności. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że wskutek niejednoznacznego i niewyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, rzetelny wykonawca musi kalkulować w ofercie wystąpienie dodatkowego ryzyka, co oczywiście znacząco zwiększa cenę oferty. Uwzględnienie przedstawionych tu zarzutów pozwoli zatem na obniżenie poziomu cen w składanych ofertach.

F. Nieprawidłowe kary umowne - podsumowanie

Przedmiotowe postanowienia SWZ sprzeciwiają się właściwości (naturze) umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych i stanowią jednocześnie o naruszeniu przepisów regulujących karę umowną, zgodnie z którymi konieczność zapłaty kary umownej wiąże się z ustaleniem okoliczności obciążających dłużnika (tu: wykonawcy).

Sposób sformułowania wysokości kary umownej wskazuje, że Zamawiający przerzucił na wykonawcę całą odpowiedzialność gminy za osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu odpadów komunalnych. Przedmiotowa kara umowna „powiela” bowiem karę pieniężną, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z

art. 9z i 9x ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Tymczasem zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

Z natury stosunku prawnego - umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 k.c., która ma łączyć wykonawcę z Zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy. Taki zapis SWZ narusza więc, w ocenie Odwoływającego, przepis art. 353¹ k.c. Jak wynika bowiem z powyższych rozważań, nie sposób uzyskać poziomów recyklingu przy tak dużej ilości zmieszanych odpadów komunalnych. To obrazuje, jak fatalna jest we Wrocławiu selektywna zbiórka na poziomie Mieszkańców, a na jej poprawę wpływ ma przede wszystkim Zamawiający.

W niniejszym postępowaniu kary umowne nie mogą obejmować całej nałożonej na Zamawiającego kary pieniężnej w trybie art. 9z u.c.p.g., ponieważ to od współdziałania po stronie wierzyciela (Zamawiającego) zależą osiągnięte poziomy recyklingu odpadów i rozwiązań prawnych, szeroko skomentowanych w odwołaniu, dyktatu recykerów, na których ani Zamawiający, ani Odwoływający, wpływu nie mają. Powyższe podsumowuje Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18, uznając kary umowne za nadmierne: *„Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. (...) Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. (...) Nie znajduje również uzasadnienia poziom kar umownych, opisanych w § 13 ust. 6, 9 i 10 wzoru umowy, gdyż w ocenie Izby ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy”*. Z całą pewnością kary umowne są zbyt wysokie i nieproporcjonalne wobec ewentualnego nieosiągnięcia poziomów recyklingu, za które odpowiedzialność ponosi też Zamawiający.

W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP: *„Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony 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. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych”* (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z 2018 r.).

Za wyrokiem Izby z dnia 29 października 2018 r. KIO 2085/18: art. 471 i 473 § 1, 3531 k.c. *„umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej jak i jej wysokości zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłaty kary umownej. Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części za którą została ustalona kara umowna to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy także, iż podstawą do naliczenia kary umownej jest sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także jego nieterminowe wykonanie.*

W niniejszym postępowaniu nawet wykonawca, który prawidłowo, z dochowaniem podwyższonej staranności będzie wykonywał umowę, nie osiągnie poziomów recyklingu i będzie zmuszony do zapłaty kary umownej. Poziomy te zależą bowiem przede wszystkim od odpadów wytwarzanych i zbieranych przez Mieszkańców. Zatem kara umowna w takiej wysokości nie może być powiązana z okolicznością niewykonania przez wykonawcę czynności niemożliwej w obiektywnych uwarunkowaniach niniejszego przedmiotu zamówienia.

Tym samym, sposób ukształtowania kar umownych, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy

swobody kontraktowej, o której mowa w art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c.

Sprzeczność czynności prawnej (a taką jest oświadczenie Zamawiającego stanowiące SWZ) z zasadami współzycia społecznego oznacza, że w świetle reguł powszechnie akceptowalnych w społeczeństwie, jak zasada lojalności i uczciwości kupieckiej, czynność prawna jest negatywnie oceniana.

Z całą pewnością należy uznać, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył zasadę uczciwości kupieckiej, będącą jedną z podstawowych zasad współzycia społecznego, bowiem przerzuca na wykonawcę całą odpowiedzialność za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, choć możliwości wykonawcy w tym zakresie są ograniczone, choćby podjął wszelkie możliwe działania, żeby poziomu te osiągnąć. Nielojalności i nieuczciwości kupieckiej Odwołujący upatruje właśnie w całkowitym przeniesieniu ryzyka na wykonawcę za zdarzenia, na które realny wpływ ma w znacznym zakresie sam Zamawiający.

Jak podkreśla się w orzecznictwie (wyrok Izby z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1277/16): „Co do samych kwestii naruszenia zasad uczciwości (czy też „dobrych obyczajów”), należy zwrócić uwagę, że zostają one co do zasady naruszone, kiedy dane działanie lub zaniechanie powoduje wśród wykonawców lub innych osób obserwujących przebieg procedury udzielania zamówienia poczucie, że dane postępowanie czy to zamawiającego, czy wykonawcy/wykonawców jest „nie fair”, narusza wrodzone poczucie sprawiedliwości i nie powinno być dopuszczalne. Tym samym kwestie te są bardzo trudne do zdefiniowania, a każda definicja może być jedynie wtórna”. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy.

W ocenie Odwołującego, nałożenie na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu pod rygorem kary umownej należy uznać za zbyt daleko idące i naruszające przepisy obowiązującego prawa, poprzez rażące naruszenie równości stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów, co wzmacnia jeszcze uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości sprzecznej z zasadami współzycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, można stwierdzić, że w omawianej sprawie występują okoliczności, które uzasadniają powołanie przez Odwołującego w zarzucie także przepisu art. 5 k.c. Jak podkreśla się w orzecznictwie, norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem, o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi, oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zamawiający dopuszcza się, jak już wyżej wskazano, naruszenia uczciwości, sprawiedliwości kupieckiej, lojalności.

Wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które przenoszą na wykonawcę pełną odpowiedzialność na zasadzie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w zakresie uznać też należy za działanie nieproporcjonalne, a zatem sprzeczne z art. 16 pkt 3 Pzp. Zamawiający obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością za nie swoje działania lub zaniechania.

III. Kara umowna „za każdy inny przypadek” niewykonania lub nienależytego wykonania umowy

Jak to już zostało wskazane we wcześniejszych punktach niniejszego odwołania, w §15 wzoru umowy, Zamawiający zamieścił rozbudowany katalog kar umownych, jakie będą przysługiwały Zamawiającemu od wykonawcy w przypadku dopuszczenia się przez niego uchybień w realizacji umowy.

Pomimo tego, że zapisy dotyczące kar umownych zostały przez Zamawiającego rozpisane na 16 stronach wzoru umowy, w których Zamawiający drobiazgowo opisuje przypadki, w których wykonawca będzie zobligowany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych, to i tak, w §15 ust.2 pkt 14 lit. mm) Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie także zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej także z następującego tytułu:

„mm) w wysokości 100,00 zł – za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, za każdy dzień, z wyłączeniem przypadków opisanych powyżej”.

Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie sądów powszechnych: „zastrzegając w umowie system kar, jej strony muszą określić, w związku z jakimi zdarzeniami szkodzącymi mającymi związek z ich zachowaniem, stanami i sytuacjami powstającymi przy wykonaniu umowy pozostaje obowiązek zapłacenia konkretnej kary. W ten sposób mogą być sankcjonowane między stronami wszystkie ich zachowania podejmowane w związku z wykonywaniem umowy, mogące prowadzić do jej niewykonania lub nienależytego wykonania, za wyjątkiem tylko obowiązku spełnienia świadczeń pieniężnych na rzecz kontrahenta. W uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP

61/03, zasadzie prawnej (OSNC 2004, Nr 5, poz. 69), Sąd Najwyższy wyjaśnił, że kara umowna stanowi swego rodzaju surogat odszkodowania, co należy rozumieć w ten sposób, iż przez jej zastrzeżenie strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i to odszkodowanie w postaci kary umownej kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania. Podstawą przyjęcia w umowie określonych co do wysokości kar umownych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania." (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt: III CSK 9/17, LEX nr2607936).

Obowiązkiem Zamawiającego, który projektuje postanowienia umowne w zakresie dotyczącym kar umownych, będzie więc nie tylko określenie kwotowe (pieniężne) wysokości kary (tu: 100 zł za każdy przypadek), ale też jednoznaczne określenie, na wypadek jakich okoliczności kara umowna jest zastrzeżona. Wysokość kary umownej powinna bowiem znajdować swoje uzasadnienie w konkretnym uchybieniu wykonawcy, co ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia wykonawcy, który kalkuluje cenę ofertową i chce należycie skalkulować ryzyka kontraktowe.

Tymczasem Odwołujący, ale także inni wykonawcy, którzy są zainteresowani złożeniem oferty w niniejszym Postępowaniu, wyceny ryzyka wystąpienia po ich stronie przesłanek do naliczenia przez Zamawiającego kary umownej, o której mowa w §15 ust. 2 pkt 14 lit. mm) wzoru umowy, nie są w stanie wycenić w żaden sposób. Zamawiający nie sprecyzował bowiem, wystąpienie jakich okoliczności będzie go uprawniało do wystąpienia z żądaniem zapłaty tej kary.

Należy więc zadać pytanie, w jaki sposób wykonawcy mają ocenić prawdopodobieństwo wystąpienia podstaw do naliczenia kary, skoro nie wiadomo, jak podstawy te rozumie sam Zamawiający. Samo odwołanie się do opisu przedmiotu zamówienia (szerzej: postanowień SWZ dotyczących obowiązków wykonawcy) nie wystarczy, bowiem w przypadku kar umownych, kluczowym jest dokładne zdefiniowanie okoliczności, jakie będą uprawniały stronę do żądania zapłaty od drugiej strony zapłaty kary umownej. Wykonawca nie może domyślać się, o jakie sytuacje może chodzić i tego, w jaki sposób określone postanowienia SWZ interpretuje Zamawiający. Mając na uwadze konieczność równego traktowania wykonawców w postępowaniu, Zamawiający ma więc obowiązek w taki sposób ukształtować zapisy SWZ (w tym także wzoru umowy), aby wykonawcy mieli tę samą wiedzę (ten sam punkt wyjścia) dla należytego skalkulowania ceny ofertowej. Dotyczy to także ryzyk kontraktowych, gdzie wykonawcy nie mogą się domyślać, czy określone zapisy będą się kwalifikowały, jako obowiązki wykonawcy. Kalkulowanie w takich warunkach ceny ofertowej rodzi ryzyko doprowadzenia do nieporównywalności ofert, bowiem każdy z wykonawców przyjmie do kalkulacji inne dane wyjściowe.

Odwołujący we wcześniejszych punktach odwołania, dotyczących kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, przedstawiał już argumentację prawną dotyczącą naruszenia zasad współżycia społecznego i prawa podmiotowego przez Zamawiającego przy zastrzeganiu kar umownych, do której to argumentacji Odwołuje się w tym miejscu. Zamawiający ponownie próbuje przerzucić na wykonawców całe ryzyka kontraktowe, których ci nie są nawet w stanie wycenić, bowiem z uwagi na brak odpowiednich danych, nie są w stanie określić prawdopodobieństwa ziszczenia się określonych sytuacji. Dodatkowo, wprowadzenie takiej kary umownej należy też poczytywać, jako naruszenie zasady proporcjonalności, gdzie pomimo bardzo rozbudowanego katalogu kar umownych, Zamawiający próbuje zastrzec jeszcze jedną, której ryzyka wystąpienia nie sposób oszacować, a której celem (jak należy się domyślać) jest próba ustrzeżenia Zamawiającego przed sytuacjami ewentualnego przypadkowego pominięcia w katalogu kar umownych jakichś sytuacji, których wystąpienie powinno skutkować po stronie Zamawiającego powstaniem prawa do domagania się zapłaty kary umownej.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze obiektywną niemożność wyceny ryzyka kontraktowego, związanego z wystąpieniem tej kary, uznać należy, że zapis §15 ust.2 pkt 14 lit. mm) wzoru umowy narusza przepisy Pzp w zw. z k.c., co powinno skutkować jego wykreśleniem bądź jednoznacznym wskazaniem okoliczności, w jakich Zamawiający będzie mógł dochodzić od wykonawcy zapłaty kary umownej.

IV. Opis przedmiotu zamówienia

IV. I. Ilości odpadów

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przygotował zestawienie kosztów zadania w rozbiciu na udziały poszczególnych frakcji odpadów w ogólnym strumieniu odpadów, zamieszczając te dane w załączniku nr III „Zestawienie kosztów zadania”, odrębnie dla zamówienia podstawowego oraz zamówienia opcjonalnego, zgodnie z przedstawioną tabelą.

Po pierwsze, z powyższych obliczeń Odwołującego wynika, iż ilość odpadów miesięcznie dla zamówienia opcjonalnego różni się znacząco i bez faktycznego uzasadnienia od ilości odpadów miesięcznie przypisanych do realizacji w ramach zamówienia podstawowego, co jest zupełnie niezrozumiałe, z uwagi na to, że Odwołujący, który obecnie realizuje usługę wie najlepiej (sam Zamawiający również powinien to wiedzieć na podstawie m.in.. wymaganych

sprawozdań) nie ma żadnych przyczyn, dla których takie zróżnicowanie uznać należałoby za uzasadnione, w szczególności, dla określonych frakcji odpadów, biorąc pod uwagę, iż zakres zamówienia opcjonalnego byłby tożsamy z zamówieniem podstawowym.

Po drugie, ilości odpadów (globalnie) są zawyżone są w postępowaniu w stosunku do średniomiesięcznych ilości z aktualnej realizacji analogicznej umowy w 2023 roku (dane za miesiące od stycznia do kwietnia 2023 roku w załączeniu). Obecnie ilość odpadów wytworzonych we Wrocławiu utrzymuje się na stabilnym poziomie i nie ma przesłanek by uznać, że trend ten będzie rósł. Wręcz przeciwnie, z uwagi na działania proekologiczne Zamawiającego, ustawodawcy, przedsiębiorców, Mieszkańców, należy spodziewać się raczej spadku, a nie wzrostu ilości odpadów komunalnych.

Dowód: zestawienie średniomiesięcznych ilości odpadów w roku 2023 (w załączeniu).

Ponadto, mieszkańcy ze względu na wysoką inflację „mniej kupują”, a więc ilość wytworzonych odpadów jest odpowiednio mniejsza. Rośnie również świadomość mieszkańców w zakresie ograniczania ilości odpadów. Dodatkowo, wprowadzenie systemu kaucyjnego winno doprowadzić również do zmniejszenia ilości wytworzonych odpadów.

Odwołujący domaga się, aby ilości odpadów zostały ustalone na poziomie rzeczywistym, tj. aby ilość odpadów przyjęta do kalkulacji bazowała na faktycznych ilościach odbieranych w ostatnim okresie (rok 2022 i 2023).

Przede wszystkim należy zauważyć również, że ilości odpadów podane przez Zamawiającego nie odzwierciedlają rzeczywistych ilości odpadów, jakie wytworzą Mieszkańcy. W ocenie Odwołującego, przy określaniu wielkości przedmiotu zamówienia Zamawiający nie opiera się na posiadanych danych (za 2022 i 2023 rok) i powszechnie dostępnych informacjach, które mają bezpośredni wpływ na ustalenie realnych wielkości odpadów, jakie Zamawiający powinien wziąć pod uwagę przy opisie przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego i danych będących w jego posiadaniu, ilości odpadów winny zostać zmniejszone w zależności od frakcji. Dlatego też należy stwierdzić, iż pozostawienie sztucznie zawyżonych ilości odpadów bez zmian automatycznie doprowadzi do sztucznego podniesienia cen ofert – niepotrzebnie. Tym bardziej, niezrozumiały jest fakt dokonania w przedmiotowym postępowaniu podwyższenia ilości odpadów dla zamówienia podstawowego, a dodatkowo zróżnicowania tych ilości dla wskazanych frakcji dla zamówienia podstawowego oraz zamówienia opcjonalnego. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w istocie doprowadzając do sytuacji składania oferty na zawyżone ilości odpadów, co przekłada się na konieczność sztucznego zawyżenia ceny oferty i wliczenia wyższych kwot wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, podczas gdy z danych historycznych oraz z obecnych trendów na rynku odpadów wynika, że następuje i będzie następował w najbliższych latach spadek ilości odpadów komunalnych wytworzonych we Wrocławiu.

Zasadnym zatem jest wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu obniżenia szacowanych ilości odpadów, wskazanych w załączniku nr III „Zestawienie kosztów zadania” dla zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego, w celu odzwierciedlenia jego rzeczywistego zapotrzebowania w przedmiotowym postępowaniu.

Manipulacja ilością odpadów dokonana przez Zamawiającego, w oderwaniu od rzeczywistych, historycznie ustalanych ilości odpadów ma bezpośrednie przełożenie na cenę i stanowi działanie wymierzone przeciw Odwołującemu i naruszające normę prawną wskazaną w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący w cenę oferty wliczyć będzie musiał zwiększone – poprzez zwiększenie wielkości opisu przedmiotu zamówienia dla odpadów, koszty zagospodarowania tych frakcji i przez to zawyżyć cenę swojej oferty, chociaż w rzeczywistości ustalenie tak dużego zakresu, wielkości przedmiotu zamówienia dla wyszczególnionych frakcji odpadów nie ma uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego.

IV. II. Aplikacja mobilna

W rozdziale XV. ust. 7 SWU Zamawiający wskazał, iż *Wykonawca otrzyma od Zamawiającego aplikację mobilną połączoną z systemem KOSZ w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia rozpoczęcia realizacji usługi*, w żaden sposób nie opisując sposobu działania aplikacji, którą zobowiązany będzie stosować Wykonawca podczas realizacji zamówienia. W ust. 9 tego rozdziału wskazano jedynie, iż: *„Wykonawca ma obowiązek rejestracji przez aplikację następujących zleceń:*

- 1) *dodawanie dokumentacji fotograficznej wraz z komentarzem dotyczącej kontenerów na odpady wielkogabarytowe zgodnie z Rozdziałem V,*
- 2) *dodawanie dokumentacji fotograficznej wraz z komentarzem dotyczącej kontenerów na odpady zielone zgodnie z Rozdziałem IV,*
- 3) *dodawanie dokumentacji fotograficznej wraz z komentarzem dotyczącej zgłoszeń zgodnie z Rozdziałem II, pkt 13,*
- 4) *dodawanie dokumentacji fotograficznej wraz z wartością ważonego odpadu dotyczącej odbioru przeterminowanych leków z aptek zgodnie z Rozdziałem VI,*
- 5) *dodawanie dokumentacji fotograficznej wraz z komentarzem dotyczącej miejsc objętych stałym nadzorem,*

6) *dodawanie dokumentacji fotograficznej wraz z wartością ważonego odpadu dotyczącej odbioru zużytych igieł i strzykawek z aptek zgodnie z Rozdziałem VII.*"

Nażłono zatem w związku z aplikacją mobilną szereg obowiązków, bez opisu jej działania technicznego, kompatybilności, usterkowości, co powoduje, iż Wykonawca nie ma wiedzy w jaki sposób miałby wypełniać obowiązki umowne o których mowa powyżej.

IV. III. Smartfony

W rozdziale XIII ust. 1 pkt 5 SWU Zamawiający wskazał: *smartfony z dostępem do sieci LTE umożliwiające realizację zamówienia w zakresie obsługi aplikacji mobilnej dostarczonej przez Zamawiającego posiadające nie mniej niż 4GB pamięci RAM i 64GB pamięci ROM z systemem operacyjnym Android w wersji nie starszej niż 10* a w rozdziale XVI ust. 8 SWU określił następujące wymagania techniczne dla smartfonów: *Wykonawca ma obowiązek wyposażenia każdego pojazdu realizującego odbiór odpadów w smartfon o parametrach nie gorszych niż:*

- 1) *Łączność 4G z pakietem danych minimum 20GB na miesiąc,*
- 2) *Wbudowany moduł GPS,*
- 3) *64 GB pamięci ROM,*
- 4) *4 GB pamięci RAM,*
- 5) *Android 10,*
- 6) *Aparat fotograficzny min 8 MPIX."*

Wysokie wymagania względem telefonów, w jakie Wykonawca ma obowiązek wyposażenia każdego pojazdu realizującego odbiór odpadów, jest zupełnie nieuzasadnione względem obecnie stosowanego wyposażenia, a co więcej, nie ma przełożenia na mającą współdziałać z przygotowawaną przez Zamawiającego Aplikacją Mobilną. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił podniesienia wymagań technicznych sprzętu telefonicznego, poza wskazaniem, że mają one umożliwić realizację zamówienia w zakresie obsługi aplikacji mobilnej.

W związku z powyższym, zasadnym jest wniosek Odwołującego o nakazanie zmiany wskazanych parametrów na następujące (w opinii Wykonawcy wystarczające do realizowania przedmiotu zamówienia):

- 1) *rozdział XIII ust. 1 pkt 5 SWU: ~~smartfony z dostępem do sieci LTE umożliwiające realizację zamówienia w zakresie obsługi aplikacji mobilnej dostarczonej przez Zamawiającego posiadające nie mniej niż 3GB pamięci RAM i 32GB pamięci ROM z systemem operacyjnym Android w wersji nie starszej niż 9~~*
- 2) *rozdział XVI ust. 8 SWU: ~~Wykonawca ma obowiązek wyposażenia każdego pojazdu realizującego odbiór odpadów w smartfon o parametrach nie gorszych niż:~~*
 - 1) *Łączność 4G z pakietem danych minimum 15GB na miesiąc,*
 - 2) *Wbudowany moduł GPS,*
 - 3) *32 GB pamięci ROM,*
 - 4) *3 GB pamięci RAM,*
 - 5) *Android 9,*
 - 6) *Aparat fotograficzny min 8 MPIX."*

IV. IV. Zgoda rodziców

W rozdziale XXI. Ust. 2 pkt 4 SWU Zamawiający wskazał: *Wykonawca może przystąpić do realizacji warsztatów po uzyskaniu zgody dyrekcji szkoły; Wykonawca w porozumieniu z dyrekcją szkoły, zobowiązany jest uzyskać zgodę rodziców uczniów na udział w warsztatach; Wykonawca zobowiązany jest posiadać kopie ww. zgód rodziców, w formie skatalogowanej (z podziałem na poszczególne szkoły oraz klasy) na nośniku pendrive. Wykonawca będzie administratorem ww. danych. Wykonawca na potrzeby kontroli przeprowadzanej przez Zamawiającego, upoważni Zamawiającego do przetwarzania danych."*

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający nie jest uprawniony do przenoszenia obowiązku uzyskania zgód rodziców uczniów na udział w warsztatach z zakresu edukacji ekologicznej, gdyż podmioty te nie są stroną umowy, a nieokreślenie zasad ochrony danych osobowych osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych, może wyrzucić negatywne skutki wobec Wykonawcy.

Podsumowanie pkt IV

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp: przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty; a przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej – a tak jest w opisanych powyżej przypadkach. Każdy wykonawca może de facto inaczej wycenić ofertę. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. W niniejszym postępowaniu tych informacji jest za mało.

Ponadto, przeczy zasadzie efektywności sytuacja, w której wykonawcy muszą wycenić w ofercie ryzyka multiplikowane niepotrzebnie przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje również na obowiązek rzeczywistego zastosowania zasady efektywności. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że wskutek naruszającego uczciwą konkurencję opisanego przedmiotu zamówienia, rzetelny wykonawca musi kalkulować w ofercie wystąpienie dodatkowego ryzyka, co oczywiście zwiększa cenę oferty.

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

W dniu 29 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym PreZero”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 30 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym ALBA”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23, 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 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23, 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 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23, 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 PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym PreZero”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 po stronie Odwołującego,
2. wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym ALBA”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 po stronie Odwołującego,
3. wykonawcy ENERISEkologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Rusko, zwanego dalej „Przystępującym ENERIS”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 po stronie Odwołującego.

1840/23

i KIO 1841/23 po stronie Odwołującego,

4.wykonawcy FBService Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym FBService”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23 po stronie Odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23, 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 zawnioskowany i złożony przez Odwołującego w załączeniu do odwołania dowód z dokumentów, tj.: „zestawienie średniomiesięcznych ilości odpadów w roku 2023”

Izba dopuściła złożone przez Odwołującego na posiedzeniu w dniu 17 lipca 2023 r. w załączeniu do pisma z dnia 17 lipca 2023 r. „Wykaz dowodów i tez dowodowych Odwołującego w sprawach KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23” dowody z dokumentów, tj.:

1.segregator nienumerowanych „Dowodów do KIO”, w tym

a)Podsumowanie statystyczne opracowane przez Odwołującego. Wrocław, Analiza stanu gospodarki odpadami za rok 2022.

b)Politechnika Wroclawska, Raport Wrocław 2021, Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia.

c)Szczegółowe opracowania własne Odwołującego.

d)Materiały tzw. recyklerów.

e)Przegląd komunalny – ZZO Marszów.

f)Dowód z „żółtego worka” Odwołującego.

g)Artykuł „Kary za brak segregacji odpadów. O ich dotkliwości przekonali się m.in. mieszkańcy wspólnot m.in. z Gdańska i Radomia.

h)Artykuł „Stolica nie radzi sobie z segregacją nieczystości”.

i)Prezentacja PROGEO – S. C. – Kształtowanie kosztów gminnych systemów gospodarki odpadami z ujęciem systemu kaucyjnego w gminach, 2023.

j)Materiały do tzw. kompostowników – Wrocław.

k)Kompostowniki Wisznia Mała, Wińsko, Lisków, Miękinia.

2.„Kalkulator kar” Odwołującego.

3.Obliczenia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (umowa nr 86/54/2022/G z dnia 25.11.2022r.

4.Obliczenia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (umowa nr 97/54/2022/G z dnia 30.12.2022r.

5.Dane historyczne na podstawie sprawozdań rocznych z uzyskiwanych poziomów dla części obsługiwanej przez Chemeko objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

6.Informacje dotyczące utrudnień w budowie spalarni odpadów.

7.Oświadczenia recyklerów objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba dopuściła złożone przez Odwołującego w załączeniu do pisma z dnia 19 lipca 2023 r. „Pismo procesowe Odwołującego w sprawach KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23” dowody z dokumentów, tj.:

1.Druk nr 3380 – Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw.

2.Umowa nr 27/23/2023/G.

3.Zrzut ze strony internetowej z dnia 13 lipca 2023 r. „Sejm uchwalił ustawę wprowadzającą w Polsce system kaucyjny opakowań”.

oraz złożone na rozprawie:

4.Wniosek wykonawcy o zmianę umowy – waloryzacje wynagrodzenia z dnia 30 listopada 2022 r. objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

5. Stanowisko Zamawiającego na złożony wniosek z dnia 30 stycznia 2023 r. objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba dopuściła złożony przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołania z dnia 14 lipca 2023 r. dowód z dokumentu, tj.: „Zestawienie umów na obsługę systemu od roku 2013 do chwili obecnej.

Izba dopuściła złożone przez Zamawiającego w dnia 19 lipca 2023 r. dowody z dokumentów, tj.:

1. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi Miasta Chorzów za 2022 r.
2. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi dla Gminy Miasta Gdańsk za 2022 r.
3. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi na terenie Miasta Gliwice za 2022 r.
4. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi w Gminie Miejskiej Kraków za 2022 r.
5. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi Miasta Lublin za 2022 r.
6. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi Miasta i Gminy Piaseczno za 2022 r.
7. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi Miasta Poznań za 2022 r.
8. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi Miasta Ruda Śląska za 2022 r.
9. Analiza stanu gospodarką odpadami komunalnymi Miasta Rybnika za 2022 r.
10. Faktury HEWEA.
11. Liczba protokołów dotycząca braku selektywnej zbiórki.
12. Wartości umów oraz stawki jednostkowe.
13. Odpowiedzi na odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1811/21, KIO 1819/23, KIO 1820/21 i KIO 1821/21.
14. Odwołania wykonawców Chemeko, ENERIS i ALBA w sprawie o sygn. akt KIO 118/21, KIO 1819/23, KIO 1820/2 i KIO 1821/21.
15. Postanowienie w sprawie o sygn. akt KIO 1109/21, KIO 1110/21, KIO 1111/21, KIO 1113/21 i KIO 1116/21.
16. Wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22, KIO 1122/22, KIO 1223/22 i KIO 1124/22 i KIO 1125/22.

oraz złożone na rozprawie w dniu 27 lipca 2023 r.

17. System kaucyjny o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw – syntetyczna analiza na tle uchwalonego przez Sejm projektu ustawy.
18. Decyzja wykonawcza 2019/1004 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.
19. Decyzja wykonawcza 2019/1004 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 – załącznik do dyrektywy „Bioodpady z kompostowników”.
20. Wyciąg z załącznika V.

21. W jaki sposób można zaliczyć masę odpadów ulegających biodegradacji znajdujących się w przydomowych kompostownikach do wymaganego prawem poziomu przygotowania do ponownego użycia recyklingu w Gminie?

Izba dopuściła złożone przez Przystępującego ALBA dowody z dokumentów, tj.: kopie protokołów stwierdzających, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (3).

Odwołujący cofnął odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23 i KIO 1832/23 w zakresie zarzutu nr 4a, 4b, 4c i 4d odwołań, tj. zarzuty „*naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania, w taki sposób, że Zamawiający:*

- a. *zawyżył udział frakcji odpadów w całym strumieniu odpadów, zgodnie z załącznikiem nr III „zestawienie kosztów zadania”, dodatkowo, różnicując je w ramach zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego,*
- b. *nie określił wymagań technicznych do wymaganej SWU rozdział XV. Mobilnej Aplikacji,*
- c. *w sposób nieuzasadniony określił w SWU rozdział XVI ust. 8 minimalne wymagania techniczne dla smartfonów,*
- d. *określił w SWU rozdział XXI ust. 2 pkt 4 SWU działania w zakresie edukacji ekologicznej, w których oczekuje się od Wykonawcy uzgodnień z rodzicami dzieci uczestniczących w zajęciach edukacyjnych, a jednocześnie nie określił w SWU szczegółowo obowiązków Wykonawcy wynikających z ochrony danych osobowych. Wobec powyższego postępowanie w części cofniętego odwołania (zarzut nr 4a, 4b, 4c i 4d w sprawach o sygn. akt KIO 1837/23, KIO 1839/23, KIO 1840/23 i KIO 1841/23) podlega umorzeniu.*

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

Zarzut w zakresie waloryzacji:

- a. **naruszenie przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp poprzez takie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej,**

zawartej w §18 ust. 3 i 4 wzoru umowy, która zakłada uznaniową i subiektywną ocenę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, pozbawiając stronę możliwości sformułowania roszczenia o zmianę umowy. Tymczasem prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, powinna umożliwiać stronie (po zaistnieniu określonych zdarzeń) zgłoszenie roszczenia (żądania) o zmianę wynagrodzenia;

b.naruszenie przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu z tego względu, że Zamawiający stawia odmienne standardy dokumentowania i wykazywania zmiany kosztów zagospodarowania odpadów pomiędzy wykonawcami posiadającymi własne instalacje i wykonawcami, którzy nie posiadają własnych instalacji, przy czym wymogi stawiane wykonawcom, którzy posiadają własne instalacje są ogólnikowe, nietransparentne i niemożliwe do zweryfikowania na podstawie obiektywnych kryteriów oceny wniosku;

c.naruszenie przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c., i 353¹ k.c. poprzez sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, w znaczeniu zaufania i wzajemnej lojalności, przy jednoczesnym nadużyciu przysługującego Zamawiającemu prawa do formułowania postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, z tego względu, że Zamawiający różnicuje tok postępowania przy wnioskowaniu o zmianę wynagrodzenia ze względu na zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, zastrzegając te postanowienia dużo bardziej restrykcyjnie w odniesieniu do wniosków o zmianę umowy składanych przez wykonawcę;

d.naruszenie przepisu art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. i 351¹ k.c. poprzez wprowadzenie w ramach klauzuli waloryzacyjnej dwustopniowego (wyłącznie dla wykonawców) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia, w pierwszej kolejności – z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen i materiałów ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, a w dalszej kolejności poprzez wykazanie poziomu zmian cen paliw, kosztów zatrudnienia i kosztów zagospodarowania, gdy tymczasem (stosownie do przepisu art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) Zamawiający powinien określić jeden sposób ustalania zmiany wynagrodzenia i sposób ten powinien być jednakowy dla obu stron umowy;

(zarzut nr 1 lit. a b, c i d) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Projekcie umowy zamieścił 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:

$$\frac{X - Y}{Y} * 100\% \geq 6\%$$

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).

$$\frac{X - Y}{Y} * 100\% \geq 6\%$$

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.”.

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

Odwołujący zakwestionował wyżej wskazane postanowienia Projektu umowy, wskazując m.in., że Zamawiający ukształtował klauzule waloryzacyjne w sposób sprzeczny z przepisem art. 439 ust. 1 ustawy Pzp i ratio legis tego przepisu z uwagi na to, że spełnienie przesłanek waloryzacji, które wskazane zostały w §18 ust. 4 wzoru umowy, nie będzie skutkować powstaniem roszczenia strony o zmianę umowy. Tymczasem zmiana wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powinna następować obowiązkowo (po spełnieniu przesłanek wskazanych w umowie), a nie być zależna od woli drugiej strony co do dokonania zmiany umowy. Zmiana wynagrodzenia w przypadku zmiany materiałów lub kosztów zależna jest od czynników subiektywnych, zamiast obiektywnych, co wypacza sens art. 439 ustawy Pzp. Nie jest bowiem jasne ani to, jakie dokumenty wykonawca będzie musiał przedłożyć Zamawiającemu (dotyczy to wykonawców posiadających własne instalacje) ani to, według jakiego „klucza” następować będzie weryfikacja tych dokumentów, co stanowi całkowite wypaczenie idei klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi:

„1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 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.”.

Przepis ten zawiera regulacje dotyczące obowiązku zamieszczenia w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na dłużej niż 12 miesięcy postanowień dotyczących wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Tak więc przewiduje obowiązek wprowadzenia tzw. klauzul waloryzacyjnych, a tym samym urealnienia w określonych okolicznościach ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia. Taką okolicznością – zgodnie z powołanym wyżej przepisem - jest zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu.

Warunki wprowadzenia zmiany umowy (klauzul waloryzacyjnych) we wzorze czy też projekcie przyszłej umowy określa Zamawiający. Może to uczynić poprzez wprowadzenie do projektu umowy pewnego automatyzmu, ale tylko wtedy gdy wszystkie przesłanki jego zastosowania zostaną określone wyczerpująco i nie będzie wymagane żadne dodatkowe działanie któreś ze stron umowy, bądź też poprzez wprowadzenie takich postanowień przyszłej umowy, które zmianę wynagrodzenia będą wiązać z żądaniem (wnioskiem) strony po zaistnieniu określonych w umowie okoliczności. Tak więc zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ale po zaistnieniu określonych umową przesłanek, do określenia których ustawodawca zobowiązał Zamawiającego przy konstruowaniu postanowień umowy. Ustawodawca, nakładając na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia do projektu umowy odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej, pozostawił mu przy tym swobodę w doprecyzowaniu jej elementów. Takie rozwiązanie pozwala bowiem uwzględnić specyfikę danego zamówienia, np. przez wskazanie jakie materiały lub koszty będą kluczowe albo podlegają zmianom i w konsekwencji wskazanie jakie czynniki będą wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy. Wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na wynagrodzenie za wykonanie zamówienia jest bowiem warunkiem niezbędnym do dokonania waloryzacji. Zamawiający zobowiązany jest więc do 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 wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania zamówienia. Dlatego też konieczne jest wskazanie w projekcie przyszłej umowy metody ustalania wpływu takiej zmiany na koszt wykonania zamówienia. Wykonawca, który będzie chciał skorzystać z klauzuli waloryzacyjnej, będzie musiał więc wykazać zasadność jej stosowania. Sama bowiem zmiana cen lub kosztów – jak już wyżej wskazano - nie jest wystarczająca, aby zastosować klauzulę waloryzacyjną, konieczne jest także wykazanie wpływu tych zmian na ustalone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Projekt umowy przygotowany przez Zamawiającego przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia w przypadku spełnienia przesłanek w nim wskazanych. I tak w przypadku wnioskowania o zmianę wynagrodzenia Wykonawcy z użyciem odesłania do wskaźnika ogłaszanego w komunikacie GUS konieczne jest także wykazanie wpływu tej zmiany - zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania danego zamówienia przez wykonawcę. Ten ustawowy wymóg zawarł Zamawiający w projekcie umowy, wskazując że waloryzacja dotyczy wskazanej zmiany, o ile ma ona „wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonej analizie przedstawionej przez wnioskującą Stronę kalkulacji”. Oznacza to, że „zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS” osiągnięcie przez tę zmianę określonego poziomu nie stanowi samoistnie podstawy do dokonania takiej zmiany. Aby możliwym było dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia (jego waloryzacji) konieczne jest także wykazanie wpływu tej zmiany na koszt wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia, w tym przypadku usługi odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław. Treść tego wymagania - jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, powołując się na Komentarz do ustawy Prawo Zamówień publicznych wydany przez Urząd Zamówień Publicznych - nie pozostawia wątpliwości, że 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. Oznacza to więc brak podstaw do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie poziom, jeśli wykonawca nie wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania realizowanego przez niego zamówienia. Tak więc Wykonawcy – wbrew twierdzeniom Odwołującego - będzie przysługiwało rozszczenie o zmianę wynagrodzenia z uwagi na zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o ile wykaże, że zmiana ta (zmiana cen materiałów lub kosztów) ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. I nie stanowi to, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nieokreślonych bliżej reguł zmiany wynagrodzenia. Stanowi natomiast wypełnienie ciążącego na Zamawiającym obowiązku ustawowego.

Tak więc w sytuacji gdy zaistniała podstawa do zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy przewidziana w § 18 ust. 3 projektu umowy zastosowanie znajdzie § 18 ust. 4 projektu umowy, w treści którego Zamawiający ustalił

określony tok postępowania, mając na uwadze wykazanie wpływu zmiany cen lub kosztów na koszt realizacji zamówienia, i wskazując m.in. że „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 $\pm 6\%$. (...)

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 (...);
- 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 (...);
- 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)”.

Zamawiający opisał więc sposób wykazania przez wykonawcę składającego wniosek wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na wynagrodzenie Wykonawcy przysługujące mu za realizację tego konkretnego zamówienia. Oczywistym jest bowiem, że nie każda zmiana cen materiałów lub kosztów musi skutkować adekwatną zmianą wysokości wynagrodzenia nawet jeśli to będzie zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dlatego istotne z punktu widzenia art. 439 ustawy Pzp jest opisanie metody czy też sposobu określenia wpływu zmiany cen na koszty związane z realizacją konkretnego zamówienia. Przyjęta metoda powinna się więc odnosić do przesłanek charakterystycznych dla danej branży i struktury kosztów realizacji danego zamówienia. I w tym stanie faktycznym do takich przesłanek projekt umowy się odnosi. Zamawiający przyjął bowiem, że takimi przesłankami, które powinny być wykazane dla pokazania wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy realizującego zamówienie, mają być przesłanki dotyczące wzrostu kosztów paliwa, wynagrodzeń pracowników i kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej. Są to więc przesłanki mające istotny wpływ na wysokość wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. Wskazał przy tym, że przesłanki te mają zostać spełnione łącznie.

O ile sposób udokumentowania wpływu zmiany kosztów paliwa i wynagrodzenia pracowników w zasadzie nie budzi wątpliwości Odwołującego. To już sposób udokumentowania zmiany kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej – w ocenie Odwołującego - takie wątpliwości budzi. Zamawiający podał bowiem, że „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”. Wykonawca, który zobowiązany jest uiszczać opłaty za zagospodarowanie odpadów transportowanych do instalacji komunalnej, zobowiązany będzie

przedstawić umowy bądź wyciągi z umów z tą instalacją. Ma przecież udokumentować zmianę stawek z tych umów. Natomiast wykonawca posiadający własną instalację ma udokumentować zmiany kosztów związanych z jej funkcjonowaniem, przy czym nigdzie nie wskazano jaki dokument wykonawca wraz z wnioskiem o waloryzację w oparciu o tę właśnie przesłankę ma złożyć, a z którego wynikałby sposób kalkulacji kosztów zagospodarowania odpadów. Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że w tej kalkulacji należy uwzględnić wszystkie koszty, jakie składają się na koszt zagospodarowania odpadów, nie ograniczając tego obowiązku do złożenia jakiegoś konkretnego dokumentu i konkretnych informacji. Niemniej jednak w tym zakresie – jak podał – pozostawił Wykonawcy swobodę w jego udokumentowaniu. Twierdzenia Odwołującego, jakoby sposób dokumentowania wpływu ceny materiałów lub kosztów na koszt zagospodarowania odpadów, naruszał szereg przepisów wskazanych w podstawie prawnej zarzutu są nieuprawnione. Koszt ten jest jednym najistotniejszych elementów ceny ofertowej. To przecież cena odbioru, zebrania, transportu i zagospodarowania danej frakcji odpadów za 1 Mg deklarowana będzie w formularzu ofertowym. To także na podstawie tej właśnie ceny będzie wypłacane wynagrodzenie Wykonawcy. Koszt ten ma więc ogromne znaczenie dla realizacji tego zamówienia. Koszt ten ponosi każdy Wykonawca. Klauzula waloryzacyjna nie musi bowiem uwzględniać wszystkich okoliczności i wszystkich składników ceny a jedynie te, które mają istotny wpływ na jej wysokość. Trudno bowiem wymagać identycznego dokumentowania zmiany stawek zagospodarowania odpadów w sytuacji gdy Wykonawcy znajdują się w różnej sytuacji a mianowicie jeden Wykonawca posiada własną instalację, a drugi takiej instalacji nie posiada i przekazuje odpady do instalacji komunalnej w celu ich zagospodarowania. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający nie wymaga od Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia posiadania własnej instalacji, a co w istocie stanowiłoby dopiero ograniczenie konkurencji. Tak więc każdy z Wykonawców może udokumentować wpływ tej zmiany na podstawie tych danych, które są w jego posiadaniu z uwagi na różną sytuację faktyczną (posiadanie instalacji bądź nie). Złożone przez Odwołującego dowody z dokumentów, tj. „Wniosek wykonawcy o zmianę umowy – waloryzacje wynagrodzenia z dnia 30 listopada 2022 r.” oraz „Stanowisko Zamawiającego na złożony wniosek z dnia 30 stycznia 2023 r.”, a które objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa nie potwierdzają tez postawionych przez Odwołującego. Dotyczą bowiem wniosku składanego w trybie art. 144 ust. 1 pkt 3 poprzedniej ustawy Pzp – na co zwrócił uwagę sam Odwołujący - a więc innej sytuacji prawnej, ale i faktycznej. Odwołujący niemal na 20-tu stronach przedmiotowego wniosku pisał o zmieniającej się sytuacji gospodarczej, inflacji oraz przytaczał doktrynę i orzecznictwo w zakresie podstawy prawnej, która legła u podstaw jego złożenia. Nie wykazał jednak – jak wynika ze złożonego dowodu – jaki wpływ miała wówczas zmiana cen na wynagrodzenie wykonawcy. Co więcej umowy, na które się powoływał i, w których zwaloryzowano wynagrodzenie, dotyczyły gmin - jak się wydaje – zarówno o nieporównywalnych obszarach objętych zamówieniem, ale przede wszystkim ich zakresach do usługi, która ma być przedmiotem tego zamówienia (Miasta Wrocław).

Odwołujący nie przedstawił przy tym żadnej propozycji dotyczącej sposobu udokumentowania wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt zagospodarowania odpadów, a jest to niewątpliwie czynnik istotny. I jako taki mógł zostać przyjęty przez Zamawiającego w opisie sposobu metody wykazania wpływu zmiany cen lub kosztów na cenę realizacji zamówienia. Wobec tego należało rozważyć czy można rozróżnić sposób dokumentowania wpływu zmiany ceny lub kosztów na wynagrodzenie wykonawcy w zależności od jego sytuacji (posiadania bądź nie instalacji). Zasada równego traktowania wykonawców wymaga bowiem „by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmierne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione”. (wyrok TSUE z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12) I w tym właśnie przypadku tak jest. Odmienne sytuacje Wykonawców uzasadniają bowiem odmienne udokumentowanie wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt zagospodarowania odpadów. 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.

Odnosząc się do argumentów dotyczących różnicowania sytuacji Zamawiającego i Wykonawcy stwierdzić należy, że przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów, tj. art. 353¹ k.c., w myśl którego „*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*”. Nie można więc oczekiwać, że identyczne regulacje umowne znajdą zastosowanie do obydwu stron umowy o zamówienie publiczne. Warto się także odwołać do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2014 r., w którym wskazano, że „w istocie klauzula waloryzacyjna nie prowadzi do zmiany, lecz jedynie realizacji woli stron z chwili zawarcia umowy, przywracając pierwotną równowagę ekonomiczną świadczeń stron i tym samym zapobiegając pokrzywdzeniu jednej ze stron stosunku umownego”. (sygn. akt II CSK 773/13). Cel wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej pozostał bowiem aktualny.

Reasumując stwierdzić należy, że kwestia automatyzmu zmian wynagrodzenia dotyczy jedynie możliwości skorzystania z wprowadzonej do umowy klauzuli waloryzacyjnej. Jest ona poprzedzona 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 treści umowy.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzuty dotyczące tzw. poziomów recyklingu odpadów, tj.:

a.zarzut naruszenie art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie tzw. poziomów recyklingu, o których mowa w Rozdziale XX pkt 1 ppkt 2-3 Szczegółowych Warunków Umowy dalej jako „SWU”) w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (znanego Zamawiającemu problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”, najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce, planowanego do wdrożenia w okresie realizacji umowy tzw. „systemu kaucyjnego”, który może wpłynąć na morfologię odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy), a przez to nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku zapewnienia osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, których mowa w art. 3b ust. 1-1b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ucpg”) oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust.2a-2b ucpg, co z kolei narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współzycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty, a co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego:

b.zarzut naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s wzoru umowy), pomimo tego, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, a odpowiedzialność wykonawcy kształtować się może tylko w odniesieniu do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, co oznacza, że obie strony umowy (zarówno Zamawiający, jak i wykonawca) powinni ponosić odpowiedzialność z tytułu nieosiągnięcia tych poziomów. Przeniesienie na wykonawcę całej kary stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego i jest rażąco wygórowane, z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziom recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;

c.zarzut naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s wzoru umowy) w sposób nieprawidłowy, uniemożliwiający prawidłowego skalkulowanie ryzyk kontraktowych, bowiem zastosowany przez Zamawiającego mechanizm wyliczenia kary umownej nie pozwala na wyliczenie tego ryzyka kontraktowego wobec braku możliwości oszacowania składowej tej kary, czyli „brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg”, z uwagi na dynamicznie zmieniające się uwarunkowania prawne, w tym w szczególności projektowany tzw. system kaucyjny, którego ostateczne zasady nie będą znane na moment składania oferty w tym postępowaniu, a który będzie miał prawdopodobnie drastyczny wpływ na morfologię odpadów odbieranych w ramach przedmiotowego zamówienia,

(zarzut nr 2 lit. a, b i c odwołania) nie potwierdziły 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 w 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, wskazując m.in. na niemożność osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów recyklingu, podnosząc że ma ona charakter obiektywny, w tym sensie, że żaden wykonawca nie ma możliwości, z przyczyn prawnych i faktycznych, sprostać wymogom, które stawia wykonawcy Zamawiający.

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu jest obiektywnie niemożliwe z uwagi na problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”. W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP to odpad o kodzie 19 12 12, a więc odpad nienadający się do recyklingu (ale do odzysku tak – ale to nie wlicza się do poziomów recyklingu wymaganych przez Zamawiającego). W najbardziej efektywnych instalacjach MBP ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyciągnąć kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady.

Kolejną kwestią są zmiany prawne dotyczące tzw. systemu kaucyjnego. Projekt ustawy zakłada bowiem wejście w życie tzw. systemu kaucyjnego od 2025 r. – to jest w okresie świadczenia niniejszej umowy (zarówno w zamówieniu podstawowym jak i zamówieniu opcjonalnym).

Istotne jest również „przerzucanie” na wykonawców kary administracyjne, jednakże nie przewidując dla tych wykonawców odpowiednich środków ochrony prawnej. Obowiązek zapłaty kary umownej materializuje się od razu wtedy, gdy wykonawca nie osiągnie wymaganych poziomów recyklingu odpadów. Tymczasem nawet w sytuacji, gdyby na Zamawiającego została nałożona kara za nieosiągnięcie poziomów odzysku odpadów ma on aż dwie podstawy prawne do uniknięcia konsekwencji finansowych. Natomiast dla Wykonawcy niniejszego postępowania nie przewidziano analogicznej formalnej ścieżki, co należy uznać za rażąco niesprawiedliwe i nieproporcjonalne.

Zarzut ten był już przedmiotem kilku wcześniejszych odwołań.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 1 4 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.”* oraz *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”*. 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dlatego też niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które preferuje konkretnych wykonawców lub produkty, i które nie ma uzasadnienia w wyeliminowaniu innego wykonawcy lub produktu.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że 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 bowiem do osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1 – 1b ustawy ucpg. 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 tego obowiązku, tj. 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. Poprzez takie zobowiązanie, zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się jednak ciężającej na niej odpowiedzialności wynikającej z ustawy 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.

Zamawiający ma więc 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 osiągnięcia wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu*” (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt KIO 2439/22, KIO 2440/23, KIO 2441/23, KIC 2442/23, KIO 2443/23, KIO 2444/23, KIO 2445/23, KIO 2446/23 i KIO 2447/23). 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 zobowiązania. 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*”.

Zadaniem gminy jest 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 wylania 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 osiągania 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 gwarantowałyby 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.

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). Twierdzenia jakoby poziom ten w odniesieniu do dwóch ostatnich lat spadł, co jest przejawem tendencji spadkowej i w konsekwencji świadczy o niemożliwości osiągnięcia wymaganego w roku 2023, 2024 i 2025 poziomu recyklingu, są nieuprawnione. Porównano bowiem wartości z dwóch następujących lat, które różnią się od siebie jedynie o pół procenta. Brak wzrostu poziomu recyklingu w 2022 roku - jak wskazał Zamawiający – jest efektem wyjątkowego, radykalnego i gwałtownego przyrostu mieszkańców, co miało związek z sytuacją na Ukrainie. (wzrost liczby mieszkańców o około 150 tys. osób). Tymczasem zarówno w roku 2021, jak i 2022 r. gmina Wrocław z dużą rezerwą zrealizowała ustawowe minima (w roku 2021 z 10% zapasem i w roku 2022 r. z blisko 5%). Dane, które przytacza Odwołujący stanowią zestawienie danych z osiągniętych poziomów recyklingu w roku 2021 i 2022, (w których ustawa wymagała odpowiednio poziomu 20% i 25%) z poziomami, które mają być osiągnięte w przyszłości, tj. w 2023 r. i 2024 r.(35% i 45%). Także prezentowane przez Odwołującego dane podawane przez Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy wskazują na tendencje wzrostową a nie spadkową (21% w 2021 r. oraz 30,238 i 29,73 w kolejnych latach).

Odwołujący wskazał także na odpady komunalne, które stanowią największy procent odbieranych odpadów, a z których – jak konsekwentnie podkreślał - można uzyskać jedynie niewielką ilość odpadów surowcowych („nieprzekraczające maksymalnie kilku procent”) nadających się do odzysku, dodając że poziom recyklingu można uzyskać jedynie z odpadów zbieranych selektywnie (papier, metale, tworzywa sztuczne). Tak więc nawet, wybierając instalacje MBP na wysokim poziomie, nie będzie mógł osiągnąć wymaganých poziomów recyklingu. Niemniej jednak - jak słusznie zauważył Zamawiający - nigdzie nie podaje „progę niemożliwości/możliwości świadczenia”. Nie podaje także, odwołując się do określonych danych czy operował średnią czy przykładowymi wynikami oraz jakie instalacje brał pod uwagę i na jakiej podstawie były one ustalane i, czy są one udokumentowane. Informacje te nie są więc miarodajne. Tymczasem z Raportu Politechniki Wrocławskiej sporządzonego w 2021 r. wynika, że „do roku 2024 Wrocław powinien bez większych trudności osiągnąć wymagane poziomy recyklingu, jako efekt kontynuacji dotychczas osiągniętych poziomów selektywnego zbierania i recyklingu surowców. (...) Od 2025 roku wymagane jest pozyskanie dodatkowych surowców z odpadów zmieszanych. Ten skokowy wzrost masy czterech surowców (...) jest wyraźnie widoczny”. Dowód ten złożony zresztą przez Odwołującego przeczy więc jego retoryce.

Także z przedstawionych przez Odwołującego wyciągów z dokumentów pod nazwą „Obliczenia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych” (umowa nr 86/54/2022/G z dnia 25.11.2022r oraz umowa nr 97/54/2022/G z dnia 30.12.2022r.) nie wynika, że wymagany poziom nie zostanie osiągnięty. Wyliczenia dotyczą I kwartału 2023 r. i tylko dwóch sektorów, przy czym pierwsze dotyczy Sektora I, natomiast załączony załącznik pokazujący poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych i dotyczy Sektora II. Z kolei obliczenia dotyczące drugiej z umów, tj. umowy nr 97/54/2022/G z dnia 30.12.2022 r. są spójne, gdyż dotyczą tego samego Sektora – Sektora III. Poziom ten, mimo błędu co do pierwszej z umów (błędny załącznik), jest na wysokim poziomie.

Kolejnym podnoszonym problemem jest problem z recykerami – na jakie wskazywał Odwołujący - przedstawiając szereg oświadczeń, w których wskazano % zanieczyszczeń wyliczony przez recyklera. Poziom ten jest różny w różnych okresach. Wobec czego wydaje się, że właściwszym byłoby odniesienie do średniej % zanieczyszczeń w identycznym okresie frakcji odpadów pochodzących z tego samego sektora. To dopiero mogłoby pokazać czy faktycznie wywierają one istotny wpływ na osiągnięty przez Wykonawcę poziom recyklingu, czy też nie.

Odwołujący wskazał także na zmiany w prawie, które dotyczą wprowadzenia tzw. systemu kaucyjnego, który - zgodnie projektem ustawy o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Druk sejmowy nr 3380) – wejdzie w życie od dnia 1 stycznia 2025 r. System ten – jak wynika z przedłożonego projektu ustawy – ma zostać wprowadzony na jednorazowe butelki z tworzywa sztucznego do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Tak więc określone frakcje odpadów, o ile w takim kształcie ustawa jaką przewiduje projekt wejdzie w życie, nie będą zbierane razem z

innymi odpadami komunalnymi, ale za to gminy – jak wskazał Odwołujący - będą mogły wliczyć do swoich sprawozdań odpady odebrane w ramach tego systemu. Odwołujący pominął przy tym bardzo istotną kwestię, na którą zresztą słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, a mianowicie okoliczność, że co prawda przewidywany pierwszy rok, w którym będzie funkcjonował system kaucyjny to prawdopodobnie rok 2025 jednak produkty wprowadzone do obrotu przed dniem przystąpienia do systemu kaucyjnego i, które nie są czy też nie będą oznakowane jako przynależne do systemu kaucyjnego aż do wyczerpania ich zapasów, nie będą objęte systemem kaucyjnym. A ponadto na dzień wyrokowania ustawa jest nadal w sferze projektu. Stąd dowody dotyczące tej kwestii, w tym m.in. „Dane historyczne na podstawie sprawozdań rocznych z uzyskiwanych poziomów dla części obsługiwanej przez Chemeko” i objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak i obliczenia własne Odwołującego (plik obliczeń – dowód 1 z segregatora) są irrelevantne. Wykazywanie zmniejszenia możliwości uzyskania recyklingu z masy odpadów zebranych w sposób selektywny, a która to kwestia będzie miała znaczenie dopiero po wprowadzeniu obligatoryjnego systemu kaucyjnego czy też rozważania czysto teoretyczne wszelkiego rodzaju prognoz poziomu recyklingu po wprowadzeniu systemu kaucyjnego, czy też wariantów z systemem kaucyjnym bądź bez (3 warianty obliczeń - dowód 2 z segregatora) jest na tym etapie przedwczesne. Trudno rozważać jakieś hipotetyczne sytuacje, które mają mieć znaczenie po wejściu w życie ustawy, która nie przeszła jeszcze całego procesu legislacyjnego i jest jeszcze projektem.

Odwołujący podniósł także, że to gmina wlicza do gminnych poziomów recyklingu nie tylko odpady zagospodarowywane w ramach systemu kaucyjnego, ale też: ze skupów złomu, makulatury itd., z przydomowych kompostowników, surowców z PSZOK-ów – nieobjętych niniejszą umową oraz odbieranych przez podmioty obsługujące nieruchomości niezamieszkałe, które nie funkcjonują w systemie gminnym. Tych odpadów Wykonawca nie uwzględni w swoim poziomie recyklingu a może to uczynić Zamawiający. Niemniej jednak obliczanie poziomów recyklingu, jak wynika z postanowień SWU, na co wskazał Zamawiający, opiera się na zasadzie, że Wykonawca jest odpowiedzialny za ten strumień odpadów, na którego zagospodarowanie ma wpływ. Obliczane poziomy wyraża się bowiem miarą procentową nie zaś bezwzględną. Co prawda obowiązuje Decyzja wykonawcza 2019/1004 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, która określa metodę obliczania bioodpadów komunalnych posegregowanych i poddawanych recyklingowi u źródła. Bioodpady przekompostowane w przydomowych kompostownikach nie są jednak uwzględniane podczas obliczania poziomów recyklingu. Jak bowiem wynika z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego *„dane dotyczące kompostowania bioodpadów w domach ograniczają się obecnie do rejestru przydomowych kompostowników (...) Ministerstwo Klimatu i Środowiska rozważa między innymi przeprowadzenie badań, w tym bezpośrednich i pośrednich pomiarów masy poddawanej recyklingowi u źródła, (...). Wymaga to kilkakrotnego wejścia na posesję, na której urządzono kompostownik w celu przeprowadzenia badań”*. Nadal więc nie ma metody dokonania tych obliczeń, jak i podstaw do sprawozdawczości w tym zakresie.

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, jak i że Zamawiający „przerzuca” na Wykonawców kary administracyjne. Stwierdzić bowiem należy, że Wojewódzcy Inspektorzy Ochrony Środowiska nakładają na gminy, które nie wypełniły obowiązku osiągnięcia wymaganych wskaźników poziomów recyklingu, karę administracyjną. Kara taka nakładana jest także w sytuacji gdy gmina nie tworzy warunków niezbędnych do utrzymania czystości i porządku na swoim terenie. Natomiast Wykonawca zobowiązany jest do uiszczenia kary umownej w przypadku niezrealizowania obowiązku przewidzianego w SWU a więc osiągnięcia określonych poziomów recyklingu a jej ryzyko może uwzględnić w cenie ofertowej. A ponadto taką karą, karą za nieosiągnięcie poziomów recyklingu obciążony jest podmiot prywatny. Okoliczność, że Zamawiający może w przypadku nałożenia na niego kary administracyjnej skorzystać z przysługującej mu prawem drogi administracyjnej i nawet – w przypadku podjęcia określonych działań naprawczych – uzyskać decyzję umarzającą nałożoną karę pieniężną, nie oznacza, że stawia go to w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do Odwołującego. Nie jest to także i nie może być przejawem niesprawiedliwości i nieproporcjonalności. Każda ze stron umowy może być bowiem obciążona i zobowiązana do uiszczenia kar z tytułu nieosiągnięcia poziomów recyklingu opartych na innych podstawach prawnych.

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, jak również mocno akcentowany wpływ gminy na zwiększenie poziomów recyklingu poprzez nakładanie kar za brak segregacji odpadów. Istotnie Zamawiający ma wpływ na mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów, a których to 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 ucp), konsekwencją czego jest wszczęcie postępowania administracyjnego w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, a więc ustalenie wysokości stawki opłaty podwyższonej. Niemniej jednak wszczęcie takiej procedury 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. 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.

Tym samym Izba stwierdziła, że 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 (2. Ogólnopolska konferencja Odpady w Gminie 2023 poziomy 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 mogą być także artykuły prasowe i internetowe, gdyż dotyczą wybranego elementu i prezentują stanowisko autora publikacji. Nie mogą być nim także wszelkie analizy stanu gospodarki odpadami, gdyż tej kwestii nie rozważają w sposób wskazany przez Odwołującego. Reasumując Izba stwierdziła, iż zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego w zakresie, w jakim formułuje kary umowne w sposób niejednoznaczny, bez jednoznacznego wskazania okoliczności, w jakich Zamawiający będzie mógł wystąpić do wykonawcy z żądaniem zapłaty kary umownej, co uniemożliwia wykonawcy należyte wycenienie ryzyk kontraktowych, a w konsekwencji może prowadzić do sytuacji nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu (zarzut nr 3 odwołania) potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w §15 Projekt umowy „Kary umowne”, ust. 1, pkt 14, lit. kk) (błędnie określona w odwołaniu jako „mm”) podał, że „Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach: (...)”

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

(...)

14) w zakresie innym niż ww. obowiązki:

(...)

kk) w wysokości 100,00 zł - za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania/ wykonywania niniejszej umowy, za każdy dzień, z wyłączeniem przypadków opisanych powyżej”.

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

Odwołujący zakwestionował treść projektowanego postanowienia, podnosząc m.in., iż obowiązkiem Zamawiającego jest nie tylko określenie kwotowe (pieniężne) wysokości kary (tu: 100 zł za każdy przypadek), ale też jednoznaczne określenie, na wypadek jakich okoliczności kara umowna jest zastrzeżona. Wysokość kary umownej powinna bowiem znajdować swoje uzasadnienie w konkretnym uchybieniu wykonawcy, co ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia wykonawcy, który kalkuluje cenę ofertową i chce należycie skalkulować ryzyka kontraktowe.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący podnosząc ten zarzut jako jego podstawę prawną wskazał naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp i k.c., tj.:

Art. 483 § 1 k.c. „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”.

Art. 484 § 2 k.c. „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana”.

Art. 487. § 2. „Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej”.

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

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

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

Art. 16, pkt 1 i 3 ustawy Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.”.

Art. 134, ust. 1, pkt 20 ustawy Pzp „SWZ zawiera co najmniej: (...) 20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Niewątpliwym jest, że Zamawiający zobowiązany jest poinformować Wykonawców o warunkach przyszłej umowy, jaka zostanie zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Obowiązek ten dotyczy więc przekazania Wykonawcom projektowanych postanowień umowy, które zostaną wprowadzone do przyszłej umowy lub też projektu tej umowy. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający załączył do SWZ Projekt umowy, którego §15 ust. 2 pkt 14 lit. kk (błędnie oznaczona w odwołaniu jako „mm”) zakwestionował Odwołujący. Treść ta dotyczy kar umownych.

Kara umowna przysługuje stronie umowy w razie naruszenia zobowiązania przez drugą stronę. Umowa musi

zatem przewidywać tytuł do naliczenia kary umownej a więc wskazywać naruszenie polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania. Wobec powyższego tak ważne jest określenie naruszenia, które stanowi podstawę naliczenia kar umownych. Naruszenie to powinno być jasno i precyzyjnie opisane. Postanowienia umowne, które wiążą się z dotkliwymi dla Wykonawcy konsekwencjami nie mogą być zbyt ogólne lecz powinny być jasno i precyzyjnie sformułowane. Wykonawca powinien bowiem wiedzieć jakie uchybienia mogą skutkować taką karą. A w tym stanie faktycznym tak nie jest. Kwestionowane postanowienie daje pole do bardzo szerokiej interpretacji i nakładania kar umownych z nieznanymi Wykonawcy powodów. Utrudnia to Wykonawcom także prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, gdyż – jak słusznie podniósł Odwołujący – dotyczy to ryzyk kontraktowych, gdzie Wykonawcy nie mogą domyślać się czy określone zapisy będą się kwalifikowały jako obowiązki Wykonawcy.

Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że dotychczas postanowienie to nie było kwestionowane nie oznacza, że jest ono skonstruowane w sposób prawidłowy. Dlatego też Izba uznała, że kwestionowane postanowienie powinno być wykreślone. A tym samym, że zarzut odwołania potwierdził się.

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 § 7 ust. 2 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) i 2) lit 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:

.....

.....