

WYROK

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2025 r. przez EKO-SAM BIS spółka z o.o. z siedzibą w Jakubowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Celestynów

orzeka:

1. A. umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 2, 3, 5, 7, 8 oraz 9 wobec ich cofnięcia przez odwołującego;

B. w pozostałym zakresie odwołanie oddala.

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

2.2. kosztami postępowania obciąża EKO-SAM BIS spółka z o.o. z siedzibą w Jakubowie zasądza od EKO-SAM BIS spółka z o.o. z siedzibą w Jakubowie na rzecz Gminy Celestynów kwotę 3 600 zł (słownie trzy tysiące sześćset) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Celestynów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Celestynów” znak: RIZPiFZ.271.9.2025 Nr ogłoszenia w DZUE: 181371-2025 z 20.03.2025 roku

Odwołujący: EKO-SAM BIS Sp. z o.o. ul. Dobra 12 05-306 Jakubów wniósł 31 marca 2025 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie części I, II i III tj. wobec treści dokumentów zamówienia.

Część I – Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Celestynów.

Część II – Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych, elektroodpadów oraz tekstyliów sprzed posesji od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Celestynów jako dodatkowe odbiory „u źródła”.

Część III – Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w miejscowości Celestynów.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa (zwięzłe przedstawienie zarzutów):

ZARZUT NR 1 – dotyczy Części nr I, II i III) naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 35: 1 oraz art. 5 w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 pzp przez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych (§ 11 ust. 2 pkt. 9 wzoru umowy- Załącznika nr 4 do SWZ – zapis wspólny dla części I, II i III) gdzie Zamawiający zastrzegł, że ma prawo do naliczenia kar umownych i ich egzekwowania za niewywiązanie się zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Celestynów, w sytuacji gdy:

-kara umowna jest rażąco wygórowana, dowolna oraz prowadząca do możliwości bezpodstawnego wzbogacenia się

zamawiającego jako wierzyciela kosztem dłużnika (wykonawcy) mimo że nie ponosi on winy w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy w zakresie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu

-zapis o wysokości naliczenia kary jest nieprecyzyjny, nie pozwalający na ocenę ryzyka kontraktowego, a przez to na prawidłową wycenę oferty

-zapis nie uwzględnia faktu, że wykonawca nie ma wyłącznego wpływu na osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu jako, że nie posiada mechanizmów prawnych, które pozwalałyby odpowiednio kontrolować sposób składowania odpadów przez mieszkańców oraz nie posiada mechanizmów prawnych, które miałyby realny wpływ na jakość przygotowywanych do odbioru odpadów „u źródła” (sprzed danej posesji)

-zapis nie uwzględnia zmian rynkowych (odpowiedniego popytu na surowce u tzw. recyklerów)

co w konsekwencji powyższych stanowi rażące nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zastrzeżenie kary umownej za powstanie okoliczności na które wykonawca może nie mieć wpływu jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz naturą przedmiotowego stosunku prawnego, stanowi naruszenie zasady swobody umów oraz stoi w sprzeczności z naczelnymi funkcjami jakie ma pełnić kara umowna jak w szczególności funkcja stymulująca (represyjna) ponieważ mimo że Wykonawca w sposób należyty dokona odbioru wszystkich odpadów „u źródła”, a następnie je zagospodaruje w uprawnionych do tego instalacjach to i tak nie ma gwarancji, że poziomy recyklingu zostaną osiągnięte zaś brak tego osiągnięcia będzie niezależny od prawidłowych działań wykonawcy w tym zakresie, a mimo to będzie obciążony zapłatą kar umownych

ZARZUT NR 2 – dot. Części I) naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 ~~wzw.~~ z art. 16 pkt. 1 i 3 pzp w zw. z ust.3 III (OBOWIĄZKI WYKONAWCY PRZED ROZPOCZĘCIEM I W TRAKCIE REALIZACJI ZAMÓWIENIA) - *Część I Opisu Przedmiotu Zamówienia – Zał nr 1 do SWZ poprzez nakazanie ważenia pojazdów ... (cofnięty).

ZARZUT NR 3 – dot. Części II) naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 ~~wzw.~~ z art. 16 pkt. 1 i 3 pzp w zw. z ust.3 III (OBOWIĄZKI WYKONAWCY PRZED ROZPOCZĘCIEM I W TRAKCIE REALIZACJI ZAMÓWIENIA) - *Część I Opisu Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 1 do SWZ poprzez nakazanie ważenia /.../ cofnięty

ZARZUT NR 4 – dot. Części III) naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 Pzp ~~wzw.~~ z art. 16 pkt. 1 i 3 pzp w zw. z ust. 3 III (OBOWIĄZKI WYKONAWCY PRZED ROZPOCZĘCIEM I W TRAKCIE REALIZACJI ZAMÓWIENIA) - *Część I Opisu Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 1 do SWZ przez nakazanie ważenia pojazdów na wadze należącej do Zamawiającego bądź wskazanej przez Zamawiającego znajdującej się na terenie Gminy Celestynów, a z tego ważenia sporządzany będzie raport wagowy gdzie dokumenty te będą stanowić podstawę do określenia ilości odebranych odpadów z terenu Gminy Celestynów pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą, co w konsekwencji powoduje, że ww. zapis umowy stanowi rażące nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jest sprzeczne z zwz społecznego oraz naturą przedmiotowego stosunku, wykonawca jest narażony na znaczną szkodę ponieważ wykonawca zmuszony jest przyjmować wagę odpadów na wadze wskazanej przez Zamawiającego na terenie Gminy Celestynów podczas gdy wykonawca ponosi faktyczny koszt zagospodarowania odpadów wg wagi wskazanej na docelowej instalacji, która przyjmuje te odpady i pobiera opłatę za ich zagospodarowanie co powoduje istotną różnicę ilościową w raportach wagowych oraz kartach przekazania odpadów i w konsekwencji:

- możliwość bezpodstawnego odrzucenia raportu przez Zamawiającego w danym okresie rozliczeniowym który stanowić będzie podstawę wystawienia faktury VAT zgodnie z § 6 projektu umowy

- konieczność poniesienia przez wykonawcę dodatkowych kosztów za które Zamawiający nie zapłaci wynagrodzenia

- braku możliwości przyjmowania wag odpadów z terenu PSZOK ze względu na fakt, że sposób ważenia pojazdów wskazanych przez Zamawiającego będzie zupełnie niemiarodajny, gdyż odbiór odpadów z PSZOK jest realizowany poprzez wymianę kontenerów tj., wykonawca przywozi pusty kontener, a odbiera kontener zapełniony odpadami (Odwolujący szczegółowo to wyjaśnia w uzasadnieniu do zarzutu). w konsekwencji powyższych zarzutów nr 2,3, i 4

ZARZUT NR 5 – dot. Części I, II i III) naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353 (1) oraz art. 5 kc, art. 16 pkt. 1 i 3 pzp w zw. z § 6 ust. 2 pkt. 1 projektu umowy przez zastrzeżenie, że Raport powinien zawierać rodzaj i ilość odebranych odpadów oraz dowody potwierdzające - cofnięty.

ZARZUT NR 6 – dotyczy części I, II i III) naruszenie przepisu art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 114 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z Rozdziałem V ust. 1 pkt. 2 ppkt. b) lit. b SWZ przez ewidentną niespójność zapisów

gdzie Zamawiający wymaga od wykonawców aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.) w zakresie kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem a następnie w dalszej części warunku zastrzega, że w przypadku odpadów selektywnie zbieranych, co do których oszacowana ilość odpadów wskazanych w SWZ nie przekracza 5 Mg dla każdej z frakcji, możliwe jest wskazanie przez Wykonawcę podmiotu, któremu zostanie zlecone zbieranie tych odpadów, co pozostaje w sprzeczności bowiem z jednej strony Zamawiający wymaga zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych zamówieniem a następnie zastrzega, że tylko niewielka część odpadów segregowanych może podlegać zbieraniu co w konsekwencji powyższych pozostaje również z sprzeczności z zapisem Roz. V ust. 1 pkt. 2 ppkt. b) lit. d gdzie Zamawiający żąda wskazania instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne będzie je przekazywał, w przypadku niewielkich ilości odbieranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady (w formularzu oferty) co powinno prowadzić do wniosku, że wykonawca winien się wykazać odpowiednim zezwoleniem na przetwarzanie odpadów (nie zbieranie odpadów) objętych przedmiotem zamówienia a w przypadku niewielkich ilości możliwe jest ich zbieranie co pozostaje w zgodzie z art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (gdzie obecnie przepis ten również został naruszony w kontekście postawionego warunku opisanego w Rozdziałem V ust. 1 pkt. 2 ppkt. b) lit. B SW) w konsekwencji powyższego zarzutu nr 6

ZARZUT NR 7 – dotyczy części III) naruszenie przepisu art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 114 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z Rozdziałem V ust. 1 pkt. 2 ppkt. b) lit. b SWZ gdzie w zakresie Części III zamawiający wymaga aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach - w cofnięty

ZARZUT NR 8 – dotyczy części I, II i III) naruszenie art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3531 w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron - cofnięty

ZARZUT NR 9 – dotyczy Części I) naruszenie art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wprowadzenia do projektu umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian - cofnięty

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

I/ w odniesieniu od zarzutu nr 1 Odwołania

- wykreślenie treści § 11 ust. 2 pkt. 9 wzoru umowy- Załącznika nr 4 do SWZ ewentualnie
- dokonanie zmiany treści § 11 ust. 2 pkt. 9 projektu umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Zamawiający ma prawo do naliczenia i egzekwowania kar umownych naliczanych za niewywiązanie się zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowana do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Celestynów. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jednak w wysokości łącznie nie większej niż kwota 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) naliczonych kar pieniężnych

LUB

Zamawiający ma prawo do naliczenia i egzekwowania kar umownych naliczanych za niewywiązanie się zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowana do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Celestynów. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jednak w wysokości łącznie nie większej niż 20% wartości naliczonych kar pieniężnych

II/ w odniesieniu od zarzutu nr 2 i 3 Odwołania /bezzprzemiętowe wobec cofnięć/

III/w odniesieniu od zarzutu nr 4 Odwołania dokonanie zmiany treści ust. 3 III (OBOWIĄZKI WYKONAWCY PRZE ROZPOCZĘCIEM I W TRAKCIE REALIZACJI ZAMÓWIENIA) - *Część III pkt. 30 Opisu Przedmiotu Zamówienia Załącznik nr 1 do SWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

Wykonawca, zobowiązany jest do ważenia pojazdów na legalizowanej, sprawnej wadze samochodowej znajdującej się na terenie: Instalacji komunalnej, instalacji do przetwarzania odpadów, stacji przeładunkowej zgodnie z art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach bądź miejsca zbierania odpadów.

Z ważenia sporządzany będzie raport wagowy. Dokumenty te będą stanowiły podstawę do określenia ilości odebranych odpadów z terenu Gminy Celestynów pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą.

Raport wagowy musi określać przynajmniej następujące dane:

- Data i godzina;
- Nr rejestracyjny pojazdu;
- Dane Gminy Celestynów;
- Podpis ważącego;
- Kod odpadu;
- Ilość odebranych odpadów

Wykonawca w ofercie wskaże adres znajdowania się legalizowanej wagi na której będzie odbywać się ważenie odpadów odebranych z Gminy Celestynów. Zamawiający bez wcześniejszego informowania Wykonawcy może być obecny podczas ważenia odpadów odebranych z Gminy Celestynów. Do wyliczenia wynagrodzenia stosuje się przyjmowanie wag odpadów na legalizowanej wadze samochodowej znajdującej się na terenie: Instalacji komunalnej, instalacji do przetwarzania odpadów, stacji przeładunkowej zgodnie z art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach bądź miejsca zbierania odpadów

W odniesieniu do zarzutu nr 6 i 7 (zarzut 6 podtrzymany, 7 cofnięty)

dokonanie zmiany treści Rozdziału V ust. 1 pkt. 2 ppkt. b) lit. b SWZ i nadanie mu następującego brzmienia:

Warunek dla Części I, II i III zostanie spełniony w przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że posiada:

aktualne zezwolenie na przetwarzanie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.) w zakresie kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem.

(Zapis nie dotyczy Części III)* - w przypadku nieposiadania w/w zezwolenia Wykonawca złoży oświadczenie podmiotu bądź umowę z podmiotem do którego będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w zakresie posiadania przez ten podmiot zezwolenia na zbieranie odpadów dot. kodów objętych niniejszym postępowaniem (załączając kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem tych zezwoleń).

* W zakresie Części III wykonawca musi posiadać aktualne zezwolenie na przetwarzanie zmieszanych odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.)

UWAGA: W przypadku odpadów selektywnie zbieranych, co do których oszacowana ilość odpadów wskazanych w SWZ nie przekracza 5 Mg dla każdej z frakcji, możliwe jest wskazanie przez Wykonawcę podmiotu, któremu zostanie zlecone zbieranie tych odpadów.

Wówczas Wykonawca przed zawarciem umowy z Zamawiającym zobowiązany jest do wskazania tego podmiotu i przedłożenia Zamawiającemu umowy zawartej z tym podmiotem wraz z kopią zezwolenia dla tego podmiotu w zakresie zbierania tych odpadów lub pozwolenia zintegrowanego.

VI/ odnośnie do zarzutu nr 8 Odwołania – bezprzedmiotowy wobec cofnięcia

VII/ odnośnie do zarzutu nr 9 do Odwołania - bezprzedmiotowy wobec cofnięcia

Uzasadnienie

I. W zakresie zarzutu nr 1

Zgodnie z § 11 ust. 2 pkt. 9 projektu umowy (Załącznik nr 4 – zapisów wspólny dla wszystkich części zamówienia)

Zamawiający ma prawo do naliczenia i egzekwowania kar umownych naliczanych w następujących wypadkach i wysokościach:

za niewywiązanie się zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowana do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Celestynów. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach,

Zapisy umowy naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, atanowią również nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych oraz zaburza równowagę ekonomiczną stron umowy. Zamawiający zdaje się nie zauważyć, że przedmiotowy zapis dotyczący kar umownych za brak osiągnięcia poziomów recyklingu stanowi niejako zastrzeżenie gwarancyjne, a nie karę umowną. Ustalenie obowiązku zapłaty określonej sumy w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, nie prowadzi do ustanowienia kary umownej, lecz jest zastrzeżeniem o charakterze gwarancyjnym [J. Dąbrowa, w: Z. Radwański (red.), System prawa cywilnego, t. III, cz. 1, 1981, s. 829; A. Surówka, Kary umowne, możliwość zastrzegania i dochodzenia, s. 29; P. Drapała, w: E. Łętowska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 5, 2013, s. 1152; K. Zagrobelny, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny, 2014, s. 968; B. Ruszkiewicz, w: J. Ciszewski (red.), Kodeks cywilny, 2014, s. 858; M.Lemkowski, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, 2016, s. 105].

Kluczowym czynnikiem osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest prawidłowo zbudowany i prawidłowo rozliczony system zbiórki odpadów komunalnych na terenie poszczególnej gminy. Wykonawca nie ma wpływu na:

- ogłoszony przez Radę Gminy Regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach, a jedynie ma wykonywać odbiór odpadów zgodnie z tym regulaminem i przełożonym z niego na opis przedmiotu zamówienia SWZ. To gmina decyduje o częstotliwości odbioru odpadów jak również jakie frakcje odpadów bezpośrednio od mieszkańców ma odbierać wykonawca.

- Przedmiotowe postępowanie jest podzielone na 3 części gdzie w zasadzie dla każdej części może by inny wykonawca co powoduje, że poszczególni wykonawcy będą również ponosić odpowiedzialność za działanie innych wykonawców ponieważ poziom recyklingu sumarycznie będzie zliczony ze wszystkich części. Zamawiający nie przewidział mechanizmu podziału tej odpowiedzialności w zakresie przedmiotu zamówienia dla danej części

- prawidłowo złożone przez gminę sprawozdanie do Urzędu Marszałkowskiego. To na podstawie tego sprawozdania w przypadku nie osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych nakładana jest kara na gminę.

- postępowanie w sprawie nałożenia na gminę administracyjne kary pieniężnej za nie osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych. Wykonawca w tym postępowaniu nie jest stroną. Zgodnie z art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości w gminach 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. W takim przypadku 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. Następnie po usunięciu przyczyny nałożenia kary pieniężnej kara ta podlega umorzeniu.

W sytuacji gdy przedmiotowa kara zostaje „przerzucona” na wykonawcę, Zamawiający nie ma żadnego „interesu” w przygotowaniu wniosku o zawieszenie zapłaty kary pieniężnej jak również planu podjętych działań naprawczych zmierzających do usunięcia przyczyny nałożenia tej kary.

Zamawiający zastrzega karę umowną, której wysokość jest uzależniona od innego postępowania administracyjnego o nałożeniu kary pieniężnej gdzie Wykonawca nie jest stroną/uczestnikiem tego postępowania. Nie ma wpływu na jego przebieg.

Zgodnie z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach to Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

- 55% wagowo - za rok 2025;
- 56% wagowo - za rok 2026;

Ponadto zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 8 ustawy to gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności prowadzą działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

Osiągnięcie poziomów recyklingu jest przede wszystkim zadaniem gminy zaś już obecnie wiadomo, że osiągnięcie

wymaganych poziomów będzie niezwykle trudne i można to stwierdzić jeszcze przed tym jak wykonawcy w ogóle rozpoczną realizację usługi. Warto zapoznać się z artykułem zawartym na portalu samorządowym – link: <https://www.portalsamorzadowy.pl/gospodarka-komunalna/to-sie-nie-uda-55-procentrecyklingu-w-2025-roku-jest-pozazasiegiem-wiekszosci-gmin,550077.html>

Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych w sytuacji, gdy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu spełnienie tych wymogów jest obiektywnie niemożliwe, zwłaszcza że odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z kilku elementów składających na możliwość uzyskania odpowiedniego poziomu recyklingu.

Na wstępie należy wyjaśnić, że wykonawca nie ma najmniejszego wpływu na jakość odpadów odbieranych „u źródła”, nie ma fizycznej możliwości aby odpady te były poddawane wnikliwej kontroli podczas odbioru. O ich jakości można cokolwiek powiedzieć tak naprawdę w momencie kiedy zostaną poddane procesowi przetwarzania (w momencie kiedy są na taśmie).

Z doświadczenia odwołującej wynika, że bezpośrednim powodem braku osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu jest jakość odbieranych frakcji segregowanych. W odbieranych workach jest to co zgodnie z odpowiednim Rozporządzeniem powinno się w nim znaleźć ale po przejściu przez linię sortowniczą frakcji możliwych do oddania do recyklera jest niewiele. Dziś to recyklerzy stawiają wysokie warunki co do jakości przyjmowanych odpadów. Muszą to być frakcje bez jakichkolwiek zanieczyszczeń, jak najwyższej jakości. Dodatkowo dyktują oni warunki samego transportu czy przygotowania odpadów, które są wręcz niemożliwe do spełnienia w obecnym czasie. Sytuacja na Świecie, ceny paliw i energii sprawiają iż recyklerzy zmniejszają ilość przyjmowanych odpadów, zniżają ceny, a wprowadzone restrykcyjne 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. Poz. 1530) dodatkowo utrudniają ten proces. Rozporządzenie określa sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi:

- W myśl z § 4 ust. 3 Rozporządzenia, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu,

w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami;

- W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu;

- Ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia wskazał, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi”;

- zgodnie z § 7 ust. 1 „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów”. Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane”

Jak zatem widać z powyższych przyczyn natury faktycznej oraz prawnej wykonawca w rzeczywistości ma bardzo niewielki wpływ na osiąganie odpowiednich poziomów recyklingu zaś zgodnie z umową ponosi z tego tytułu 100% odpowiedzialność.

Reasumując odwołująca widzi olbrzymi problem w wywiązaniu się z umownych zapisów dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na które nie ma żadnego wpływu. Mimo należytego wykonywania usługi tj. zgodnie z zapisami § 1 projektu umowy (dla każdej części) wykonawca jest narażony na ponoszenie ujemnych konsekwencji prawnofinansowych.

Obowiązek osiągania odpowiednich poziomów recyklingu został nałożony na gminy, które obecnie w całości przerzucają

ten obowiązek na wykonawcę w drodze umownej z całkowitym pogwałceniem zasady swobody umów. To obowiązkiem gminy jest przedsięwzięcie odpowiednich działań mających na celu przede wszystkim uświadamiać właścicieli nieruchomości od których odpady są odbierane o właściwej segregacji odpadów celem osiągania odpowiednich poziomów recyklingu.

Biorąc pod uwagę, że w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zawarto niebudzące wątpliwości sformułowanie „gminy są obowiązane osiągnąć” nie sposób uznać, że przepis ten miałby odnosić się do podmiotów innych niż gminy. W ocenie Odwołującego ustawodawca właśnie w ten sposób skonstruował te zapisy ustawowe ponieważ to gmina tworzy system odbioru odpadów m.in. poprzez regulamin. Wykonawca nie ma na to wpływu.

W konsekwencji adresatem norm wyrażonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i § 3 ust. 5 Rozporządzenia ws. poziomów recyklingu są gminy, tj. podmioty prawa typu korporacyjnego, których istnienie zostało oparte o substrat osobowy w postaci ich mieszkańców. Przepisy te nie są skierowane do podmiotów spoza administracji publicznej, w szczególności podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na podstawie udzielanych przez gminy zamówień publicznych, o których mowa w art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie, „umowa cywilnoprawna nie może modyfikować praw i obowiązków publicznoprawnych” (np. wyrok NSA z 16 maja 2012 roku, sygn. akt II FSK 2086/10), co w szczególności obejmuje niedopuszczalność kontraktowej modyfikacji zasad ponoszenia odpowiedzialności publicznoprawnej, np. w postaci kary pieniężnej (np. wyrok WSA w Warszawie z 13 maja 2010 roku, sygn. akt VI SA/Wa 279/10).

Zgodnie z art. 9z ust. 2a pkt 1 i 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach to gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podlega karze pieniężnej.

Kara nakładana na gminę za nieosiągnięcie poziomów recyklingu dotyczy wszystkich podmiotów świadczących usługi zagospodarowania odpadów na jej terenie tj.:

podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na podstawie umowy z gminą, podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości (np. podmiotami gospodarczymi), podmiotów zbierających odpady komunalne.

A zgodnie z treścią § 11 ust. 2 pkt. 9 projektu umowy kara za te wszystkie podmioty zostanie „przerzucona” na wykonawcę wyłonionego w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wnosi w pierwszej kolejności o wykreślenie treści § 11 ust. 2 pkt. 9 projektu umowy (Załącznik nr 4 do SWZ). Stanowisko takie podziela również KIO gdzie m. in. w wyroku KIO 3683/24 z 28 października 2024 roku gdzie Izba nakazała całkowite usunięcie kar umownych za brak osiągnięcia poziomów recyklingu przez Wykonawcę.

Z uzasadnienia wyroku (strona 96 i następne) wynika, że: „W ocenie KIO zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że Zamawiający samodzielnie nie jest w stanie osiągnąć wymaganych ustawowo poziomów recyklingu, a oczekuje że taki poziom osiągnie wykonawca, któremu to zadanie powierza.” Izba istotnie zauważyła, że „Zamawiający ma szerszy wachlarz odpadów które pozwalają mu osiągać poziomy recyklingu co wynika z § 3 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych z 3 sierpnia 2021 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1530) bowiem w przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów przez gminy uwzględnia się odpady komunalne:

1)odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

2)zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne.”

W sprawie dotychczas wypowiadała się już Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie która m. in w wyroku KIO102/24 którego teza jest następująca: Kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje, jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od

wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałyby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia.

Izba zgadza się przy tym z Odwołującym, że wykonawca odbierający i zagospodarowujący odpady nie ma wpływu na szereg okoliczności, od których zależy jest ostatecznie osiągnięty poziom recyklingu. W szczególności wykonawca nie ma wpływu na rzetelność segregowania odpadów przez ich wytwórców, czyli głównie - mieszkańców gminy, na obowiązujące przepisy prawa, w tym na sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, czy też na sposób funkcjonowania w Polsce od 2025 r. systemu kaucyjnego, który z dużym prawdopodobieństwem pozbawi wykonawców dostępu do strumienia odpadów najbardziej nadających się do recyklingu.

Odwołujący nie sprzeciwia się co do samej zasady obowiązku osiągnięcia ustawowych poziomów recyklingu, domaga się jedynie ustalenia sprawiedliwych zasad ponoszenia odpowiedzialności gdy okaże się, że te wymagane poziomy recyklingu nie zostały osiągnięte. Obecna sytuacja zbiegająca się do zastrzeżenia gwarancyjnego nie pozwala wykonawcy na odpowiednie przygotowanie oferty, w tym ocenę ryzyk kontraktowych w tym zakresie.

Nie można pominąć również faktu, że w 2025 r. zacznie obowiązywać w Polsce system kaucyjny, który obejmie opakowania na napoje jednokrotnego użytku: butelki PET o pojemności do 3 litrów i puszki metalowe o pojemności do 1 litra oraz butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do 1,5 litra, czyli ten rodzaj odpadów, który jest najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu i stanowi główny strumień odpadów kierowanych do recyklingu.

W założeniach tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane m.in. do sklepów wraz ze zwrotem kaucji, co najprawdopodobniej przyczyni się do popularności systemu kaucyjnego, ale jednocześnie zmniejszy ilość odpadów przekazywanych do recyklingu przez wykonawców.

Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, którego udział w odniesieniu do strumienia odpadów, który będzie odbierany przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, jest bardzo duży.

Ponadto zgodnie z analizami stanu gospodarki odpadami komunalnymi Gmina Celestynów osiągnęła poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu w poszczególnych latach:

2021 r. – 21,60 %, 2022r. – 26,64 %, 2023 r. – 41,80 %

Biorąc pod uwagę powyższe realny poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu jaki jest możliwy do osiągnięcia na terenie Gminy Celestynów wynosi ok. 40%. Zgodnie z SWZ system odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nie uległ zmianie na lata 2025 i 2026 w związku z czym brak jest fizycznej możliwości aby osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu wynoszący w 2025 r. – 55%, a w 2026 r. – 56% tym bardziej, że w 2025 r. wchodzi w życie system kaucyjny, który zmniejszy ilość odpadów przekazywanych do recyklingu przez wykonawców.

Bez względu na to czy ta brakująca ilość odpadów komunalnych wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy czy też z innych przyczyn niezależnych zupełnie od wykonawcy to i tak zostanie mu naliczona kara umowna. Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie jednoznacznego i precyzyjnego sposobu ustalania ilości brakujących odpadów komunalnych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy co stanowić będzie wartość do prawidłowego wyliczenia kary umownej, a nie ustalania ilości wszystkich brakujących odpadów komunalnych bez względu na przyczynę.

Reasumując treść § 11 ust. 2 pkt. 9 projektu umowy w dotychczasowej postaci jest nie do przyjęcia i taki zapis winien zostać usunięty. Alternatywą jest jego określenie na takim poziomie (ustalenie górnej granicy) który pozwoli Wykonawcy na prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych.

II. W zakresie zarzutu nr 2 i 3 /.../

III. Uzasadnienie do zarzutu nr 4

Wykonawca rozumie, że Zamawiający ma prawo kontrolować wagę pojazdów odbierających odpady ale nie może to być ze szkodą dla samego Wykonawcy, który prawidłowo realizuje usługę. Różnica pomiędzy zarzutem nr 2 i 3 oraz zarzutem nr 4 polega jednak na tym, że w przypadku ważenia odpadów w sposób zapisany przez Zamawiającego dla

Części III jest w zasadzie niewykonalny. W konsekwencji powoduje, że zapis dotyczący ważenia w OPZ stanowi rażące nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz naturą przedmiotowego stosunku, wykonawca jest narażony na odrzucenie raportów za dany okres rozliczeniowy przez Zamawiającego bez wskazania jasnych zasad na podstawie których takie sprawozdanie może być odrzucone oraz w konsekwencji nie będzie mógł wystawić faktury za zrealizowaną usługę co naraża go na powstanie szkody.

Przy realizacji części III niniejszego zamówienia, która dotyczy odbioru odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów, sposób ważenia pojazdów wskazanych przez Zamawiającego będzie zupełnie niemiernodajny, gdyż odbiór odpadów z PSZOK jest realizowany poprzez wymianę kontenerów tj., wykonawca przywozi pusty kontener, a odbiera kontener wypełniony odpadami.

Nie zawsze podstawiany jest pusty kontener o tej samej kubaturze co kontener odbierany . Np. wykonawca podstawia kontener 20m³, z którym waży się na pusto, a następnie odbiera wypełniony kontener o pojemności 5m³ . Przy wskazanym w OPZ sposobie ważenia odpadów Wykonawca na różnicy w wadze samego pustego kontenera może być już stratny ponad 1 Mg.

IV.Ad zarzut nr 5 (cofnięty)

V. Uzasadnienie do zarzutu nr 6 i 7

Zgodnie Rozdziałem V ust. 1 pkt. 2 ppkt. b) lit. b SWZ

aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.) w zakresie kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem. W przypadku nieposiadania w/w zezwolenia Wykonawca złoży oświadczenie podmiotu, do którego będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w zakresie posiadania przez ten podmiot zezwolenia na zbieranie odpadów dot. kodów objętych niniejszym postępowaniem (załączając kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem tych zezwoleń).

UWAGA: W przypadku odpadów selektywnie zbieranych, co do których oszacowana ilość odpadów wskazanych w SWZ nie przekracza 5 Mg dla każdej z frakcji, możliwe jest wskazanie przez Wykonawcę podmiotu, któremu zostanie zlecone zbieranie tych odpadów.

Wówczas Wykonawca przed zawarciem umowy z Zamawiającym zobowiązany jest do wskazania tego podmiotu i przedłożenia Zamawiającemu umowy zawartej z tym podmiotem wraz z kopią zezwolenia dla tego podmiotu w zakresie zbierania tych odpadów lub pozwolenia zintegrowanego.

Zamawiający wprost nie określa czy przedmiotowy warunek dotyczy wszystkich części zamówienia ale z ostrożności tak to traktuje.

W kontekście powyższego warunku widzimy rażąco niespójność, gdzie Zamawiający z jednej strony wymaga zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie wszystkich odpadów objętych zamówieniem lub możliwością posługiwania się podmiotem, który takie zezwolenie posiada a następnie w uwagach podnosi, że tylko niewielka ilość odpadów segregowanych która nie przekracza 5 Mg może podlegać zbieraniu. Mamy tutaj do czynienia z ewidentnym błędem po stronie zamawiającego gdzie prawdopodobnie chodziło mu o posiadanie zezwolenia na „przetwarzanie odpadów” objętych zamówieniem.

Odwolująca widzi konieczności zmodyfikowania przedmiotowego zapisu na następujący: Warunek dla Części I, II i III zostanie spełniony w przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że posiada:

aktualne zezwolenie na przetwarzanie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.) w zakresie kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem.

(Zapis nie dotyczy Części III)* - w przypadku nieposiadania w/w zezwolenia Wykonawca złoży oświadczenie podmiotu bądź umowę z podmiotem do którego będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w zakresie posiadania przez ten podmiot zezwolenia na zbieranie odpadów dot. kodów objętych niniejszym postępowaniem (załączając kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem tych zezwoleń).

* W zakresie Części III wykonawca musi posiadać aktualne zezwolenie na przetwarzanie zmieszanych odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.)

UWAGA: W przypadku odpadów selektywnie zbieranych, co do których oszacowana ilość odpadów wskazanych w SWZ

nie przekracza 5 Mg dla każdej z frakcji, możliwe jest wskazanie przez Wykonawcę podmiotu, któremu zostanie zlecone zbieranie tych odpadów.

Wówczas Wykonawca przed zawarciem umowy z Zamawiającym zobowiązany jest do wskazania tego podmiotu i przedłożenia Zamawiającemu umowy zawartej z tym podmiotem wraz z kopią zezwolenia dla tego podmiotu w zakresie zbierania tych odpadów lub pozwolenia zintegrowanego.

Sugerowana konstrukcja zapisu pozostaje wówczas w zgodzie z treścią art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach gdzie zgodnie z jego treścią:

Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności:

instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;

Pierwsza część tego przepisu odnosi się do wskazania instalacji do których odpad zostanie przekazany celem przetworzenia i unieszkodliwienia zaś dopiero w przypadku niewielkich ilości mogą one zostać poddane zbieraniu.

Jednocześnie odnośnie Części III – odbiór i zagospodarowanie odpadów z PSZOK gdzie istnieje konieczność wysegregowania przez Wykonawcę z odpadów budowlanych i remontowych zebranych w PSZOKu co najmniej: drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych, w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni Odwołujący widzi konieczności modyfikacji Rozdziału V ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ poprzez dodanie wymogu posiadania:

* W zakresie Części III wykonawca musi posiadać aktualne zezwolenie na przetwarzanie zmieszanych odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.)”

Wysegregowanie z odpadów budowlanych i remontowych co najmniej: drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych, w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni stanowi przetwarzanie odpadów w procesie R12 (sortowanie).

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach proces przetwarzania (odzysku) odpadów R12 jest to wymiana odpadów w celu poddania ich któremukolwiek z procesów wymienionych w pozycji R1–R11(****). Natomiast przypis (****) stanowi, że jeżeli nie istnieje inny właściwy kod R, może to obejmować procesy wstępne poprzedzające przetwarzanie wstępne odpadów, jak np. demontaż, sortowanie, kruszenie, zagęszczanie, granulację, suszenie, rozdrabnianie, kondycjonowanie, przepakowywanie, separację, tworzenie mieszanek lub mieszanie przed poddaniem któremukolwiek z procesów wymienionych w pozycji R1–R11. Z powyższego jednoznacznie wynika, że wysortowanie ze zmieszanych odpadów budowlanych odpadów: drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych, w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni stanowi proces odzysku odpadów na który należałoby uzyskać zezwolenie na przetwarzanie odpadów. Natomiast zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy o odpadach zakazuje się przetwarzania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami. Pojęcie instalacji zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 6 ustawy – prawo ochrony środowiska i rozumie się przez to:

a)stacjonarne urządzenie techniczne,

b)zespół stacjonarnych urządzeń technicznych powiązanych technologicznie, do których tytułem prawnym dysponuje ten sam podmiot i położonych na terenie jednego zakładu,

c)budowle niebędące urządzeniami technicznymi ani ich zespołami,których eksploatacja może spowodować emisję.

Podsumowując powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, że wysegregowanie z odpadów budowlanych i remontowych co najmniej: drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych, w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni stanowi proces przetwarzania odpadów na który należy uzyskać zezwolenie na przetwarzanie odpadów w instalacji, a wykonywanie tego działania bez wymaganego zezwolenia podlega każdej administracyjnej na podstawie art. 194 ust. 4 ustawy o odpadach.

Zgodnie z art. 194 ust. 4 ustawy o odpadach administracyjną karę pieniężną wymierza się za zbieranie odpadów lub przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia, o którym mowa w art. 41. Kara wynosi nie mniej niż 1000 zł i nie

może przekroczyć 1 000 000 zł.

W konsekwencji w zakresie Części III istnieje konieczność posiadania zezwolenia na przetwarzanie zmieszanych odpadów budowlanych przez wykonawcę. Z uwagi na jego osobiste wykonywanie tych czynności nie można tutaj posłużyć się podmiotem trzecim który posiadałby tego typu uprawnienia.

Jak wynika bowiem z Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ) Zamawiający w pkt III *Część III ppkt 1C OPZ zawarł warunek konieczności „dokonania przez Wykonawcę wysegregowania z odpadów budowlanych remontowych zebranych w PSZOKu co najmniej: drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych, w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni w celu zapewnienia przydatności do przygotowania do ponownego użycia, recyklingu i odzysku oraz zagospodarowania odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawem”.

VI. Uzasadnienie do zarzutu nr 8 /.../

VI. Uzasadnienie do zarzutu nr 9 /.../

Z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp wynika, że Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – a więc także uwzględniając system kaucyjny, który ma bardzo istotny wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie umowy. Oferty składane przy projekcie umowy o aktualnej treści będą nieporównywalne, ponieważ każdy wykonawca inaczej wyceni ryzyko wynikające z wejścia w życie systemu kaucyjnego. Dodatkowo, art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp art. 439 ust. 1 Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia przesłanek do zmiany umowy, które są precyzyjne, jednoznaczne, określają rodzaj i zakres zmian oraz warunki wprowadzenia zmian, czego Zamawiający zaniechał.

Odwołujący dnia 15 kwietnia 2025 roku cofnął zarzuty nr: 2, 3, 5, 7, 8 i 9

W pozostałym zakresie tj. co do zarzutów nr: 1, 4 i 6 odwołania oraz skorelowane z tymi zarzutami wnioski podtrzymał. Dodatkowo wyjaśnił, że w zakresie cofnięcia zarzutów Zamawiający dokonał modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób zbieżny z postawionym zarzutami i wnioskami odwołania. Przedstawił dodatkowe uzasadnienie zarzutów utrzymanych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w zakresie zarzutów podtrzymanych, przedstawił stanowisko z wnioskiem o ich oddalenie.

1. Zamawiający wnosi o oddalenie Zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353 1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 pzp poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych (§ 11 ust. 2 pkt. 9 wzoru umowy- Załącznika nr 4 do SWZ – zapis wspólny dla części I, II i III).

Zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem postanowienie (§ 11 ust. 2 pkt. 9 wzoru umowy) zostało określone precyzyjnie.

Kara umowna ma charakter motywujący i to do wykonawcy należy obowiązek odpowiedniego zagospodarowania odpadów w celu uzyskania jak najwyższych procentów odzysku i recyklingu. Zamawiający nie osiągnie ekologicznego celu, jeśli odpady nie trafią do instalacji, które zapewnią recykling. Wpływ Zamawiającego na sposób zagospodarowania odpadów jest ograniczony jedynie do wyboru Wykonawcy, który zapewnia jak najwyższy poziom odzysku zebranych odpadów poprzez m.in. nadzór nad realizacją umowy i określoną w umowie presję karną.

Kara umowna stanowi substytut odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność; jest zwolniony od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Wykonawca zatem może nie zostać zobowiązany do zapłaty kary umownej jeśli wykaze, że nie ponosi winy za nieosiągnięcie określonych poziomów recyklingu. Powyższe potwierdza stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 13 listopada 2024 r. – KIO 3892/24. Izba rozpatrywała analogiczne postanowienie wprowadzone do wzoru umowy przez innego zamawiającego i nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa wskazywanych przez odwołującego wykonawcę.

2. Zamawiający wnosi o oddalenie Zarzutu nr 4 – dotyczy Części III – naruszenia przepisu art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 pzp w zw. z ust. 3 (Obowiązki wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji zamówienia) - Część I pkt 28, Część III pkt 30 Opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, zmienił postanowienie pkt 30 OPZ – Część III (po zmianie numeracji pkt 13) -

na:

13) Wykonawca, zobowiązany jest do ważenia pojazdów na wadze należącej do Zamawiającego bądź wskazanej przez Zamawiającego znajdującej się na terenie Gminy Celestynów. W przypadku awarii wagi bądź jej braku ważenie pojazdów następować będzie na legalizowanej, sprawnej wadze należącej do Wykonawcy. Z ważenia sporządzany będzie raport wagowy. Dokumenty te będą stanowić podstawę do określenia ilości odebranych odpadów z terenu Gminy Celestynów pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą.

Raport wagowy musi określać przynajmniej wskazane dane.

Wykonawca w ofercie wskaże adres znajdowania się legalizowanej wagi należącej do Wykonawcy, na której będzie odbywać się ważenie odpadów odebranych z Gminy Celestynów w przypadku awarii bądź braku wagi Zamawiającego. Zamawiający bez wcześniejszego informowania Wykonawcy może być obecny podczas ważenia odpadów odebranych z Gminy Celestynów. Do wyliczenia wynagrodzenia stosuje się przyjmowanie wag odpadów na legalizowanej wadze samochodowej znajdującej się na terenie: Instalacji komunalnej, instalacji do przetwarzania odpadów, stacji przeładunkowej zgodnie z art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach bądź miejsca zbierania odpadów, przy czym masy odpadów nie mogą znacząco się różnić (+/- 300kg/pojazd) od tych z dokumentów wagowych zbieranych w punkcie lokalizacji wagi.

Zmiana jaką proponował Odwołujący ma na celu wykluczenie możliwości ważenia odpadów z PSZOKU na wadze należącej do Zamawiającego bądź wskazanej przez Zamawiającego. Zmieniony w wyniku modyfikacji zapis umożliwia ważenie odpadów zarówno u Zamawiającego jak i u Wykonawcy. Zamawiający chce mieć możliwość kontroli i weryfikacji odbieranych odpadów.

3. Zamawiający wnosi o oddalenie ZARZUTU nr 6 dotyczącego naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 pkt 2) PZP w zw. z art. 114 pkt 1) PZP w zw. z art. 16 pkt 1), pkt 2), i pkt 3) PZP w zw. z Rozdziałem V ust. Pkt 2 ppkt b) lit. b SWZ.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 [Zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów] ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. 2023, poz. 1587 ze zm.) – dalej „Ustawa”

„1. Prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia.” Ustawodawca w art. 41 ust. 1 Ustawy określił wymagalność zezwolenia na prowadzenie tylko niektórych rodzajów działalności z zakresu gospodarowania odpadami. Spośród zbierania, transportu, przetwarzania (odzysku i unieszkodliwiania) oraz działalności wykonywanej w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami (art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawa o Odpadach) – uzyskania decyzji/zezwolenia wymagają działania polegające na zbieraniu i/lub przetwarzaniu odpadów (odzysku lub unieszkodliwianiu) zdefiniowane w art. 3 ust. 1 pkt 34 i 21 ustawy o Odpadach.

Działalność określona jako zbieranie odpadów polega na ich gromadzeniu przed transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępnym sortowaniu (nieprowadzącym do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodującym zmiany klasyfikacji odpadów) oraz tymczasowym magazynowaniu (art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawa Odpady). Są to więc działania będące konsekwencją wytworzenia odpadów i jednocześnie zmierzające do dalszego gospodarowania odpadami na drodze odzysku lub unieszkodliwiania, tj. ich przetwarzania.

Zezwolenie na zbieranie odpadów umożliwia więc prowadzenie profesjonalnej działalności polegającej na zbieraniu w miejscu wskazanym w zezwoleniu określonych rodzajów odpadów.

Zbieranie odpadów może być prowadzone w miejscu ich wytworzenia lub poza nim, tym samym Wykonawca może posiadać jedynie zezwolenie na zbieranie odpadów by dalej je przekazać podmiotowi posiadającemu zezwolenie na ich przetwarzanie. Nie ma konieczności, aby Wykonawca posiadał zarówno zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów bowiem, ten co posiada wyłącznie zezwolenie na zbieranie może w ramach podwykonawstwa zlecić ich przetwarzanie innemu Wykonawcy.

Co do zasady wydaje się odrębne zezwolenie na zbieranie odpadów i odrębne zezwolenie na przetwarzanie odpadów.

Zamawiający nie mógł w prowadzonym postępowaniu ograniczać konkurencyjności i dostępności do zamówienia, co miałyby miejsce, gdyby zgodzić na zmianę Odwołującego, bowiem wówczas o zamówienie mogliby się ubiegać jedynie Wykonawcy posiadający zezwolenie na przetwarzanie odpadów.

Zamawiający mając na uwadze zastrzeżenie Odwołującego dokonał modyfikacji SWZ w następujący sposób:

Rozdział V ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ otrzymał brzmienie:

b) Upnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Warunek zostanie spełniony w przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że posiada:

a. aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy Celestynów obejmujący co najmniej frakcje odpadów uwzględnione w prowadzonym postępowaniu, w przypadku powierzenia przez Wykonawcę w ramach umowy odbioru odpadów Podwykonawcy, obowiązek legitymowania się wpisem do rejestru działalności regulowanej dotyczy również Podwykonawcy.

b. aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z zm.) w zakresie kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem. W przypadku nieposiadania w/w zezwolenia Wykonawca złoży oświadczenie podmiotu bądź umowę z podmiotem do którego będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w zakresie posiadania przez ten podmiot zezwolenia na zbieranie odpadów dot. kodów objętych niniejszym postępowaniem (załączając kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem tych zezwoleń) (dotyczy części I, II, III).

UWAGA: W przypadku odpadów selektywnie zbieranych, co do których oszacowana ilość odpadów wskazanych w SWZ nie przekracza 5 Mg dla każdej z frakcji, możliwe jest wskazanie przez Wykonawcę, że zbieranie tych odpadów zlecone zostanie podmiotowi zbierającemu. Wówczas Wykonawca przed zawarciem umowy z Zamawiającym zobowiązany jest do wskazania nazwy podmiotu i przedłożenia Zamawiającemu umowy zawartej z tym podmiotem wraz z kopią zezwolenia dla tego podmiotu w zakresie zbierania tych odpadów lub pozwolenia zintegrowanego.

c. aktualne zezwolenie na przetwarzanie zmieszanych odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.)" (dotyczy części III)

d. aktualny wpis do rejestru wskazany w art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn., zm.) prowadzony przez Marszałka Województwa w zakresie transportu odpadów oraz wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, prowadzonego przez Marszałka Województwa.

W związku ze zmianą Rozdziału V ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, zmianie uległa treść Rozdziału VII ust. 8 pkt 2, który otrzymał brzmienie:

2) aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.) w zakresie kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem. W przypadku nieposiadania w/w zezwolenia Wykonawca złoży oświadczenie podmiotu bądź umowę z podmiotem do którego będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w zakresie posiadania przez ten podmiot zezwolenia na zbieranie odpadów dot. kodów objętych niniejszym postępowaniem (załączając kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem tych zezwoleń) (dotyczy części I, II, III). oraz zastąpiono pkt 4 następującym brzmieniem:

„4) aktualne zezwolenie na przetwarzanie zmieszanych odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.)" (dotyczy części III).

Warunek udziału w postępowaniu zmieniony w wyniku modyfikacji SWZ, nie ogranicza dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Zamawiający nie ogranicza konkurencji, gdyż nie każdy wykonawca musi przetwarzać odpady w swoich instalacjach, może je przekazać innym podmiotom.

Wykonawca składając ofertę musi posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów, natomiast w przypadku odpadów dla których oszacowana ilość nie przekracza 5Mg wystarczy, że Wykonawca wskaże, że odpady te będzie zbierał podmiot zbierający (bez wskazania jaki), natomiast dopiero przed podpisaniem umowy dostarczy umowę już z konkretnym podmiotem.

W tym stanie rzeczy należy uznać, że Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w części w jakiej Zamawiający wnosi o jego oddalenie.

Załączniki:

informacja na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 07.04.2025 r. oraz 15.04.2025 r. w zakresie modyfikacji SWZ dokonanej przed złożeniem odpowiedzi na odwołanie,

Zamawiający dnia 17 kwietnia 2025 r. w odpowiedzi na pismo Odwołującego z 16.04.2025 r. podtrzymując całość twierdzeń zawartych w odpowiedzi na odwołanie przekazanej 16.04.2025 r. i uzupełniając wskazał, co następuje:

Dodatkowe uzasadnienie do oddalenia zarzutu nr 1

Tak jak wskazano w odpowiedzi na odwołanie zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem postanowienie (§ 11 ust. 2 pkt. 9 wzoru umowy) zostało określone precyzyjnie.

Przywołanie w odpowiedzi na odwołanie orzeczenie KIO 3892/24 zostało wydane w wyniku rozpatrzenia odwołania EKO-SAM BIS Sp. z o. o. (Odwołujący) i zawiera ono prawidłowe rozstrzygnięcie. Należy mieć na uwadze, iż kara umowna stanowi substytut odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność; jest zwolniony od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Wykonawca zatem może nie zostać zobowiązany do zapłaty kary umownej jeśli wykaze, że nie ponosi winy za nieosiągnięcie określonych poziomów recyklingu.

Przytoczone przez Odwołującego wyroki zostały wydane przed orzeczeniem KIO z dnia 13 listopada 2024 r., w którym to KIO uznała, iż niezasadne są twierdzenia odwołującego odnośnie przerzucania na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz w stopniu wykraczającym poza jego zobowiązania wynikające z umowy. Jak słusznie wskazała KIO w przywołanym wyroku sposób, w jaki Zamawiający będzie ewentualnie dochodził od wykonawcy kary odpowiadającej wysokości kary nałożonej na Zamawiającego, ewentualnie będzie podlegał ogólnym zasadom odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, w tym możliwości miarkowania kary przez sąd.

Należy zauważyć, iż to Zamawiający jako podmiot realizujący obowiązek przy pomocy profesjonalnego podmiotu – wykonawcy, któremu powierza realizację umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, ma prawo wymagać osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia prawidłowej realizacji usługi, przez podmiot, który ma zapewnić jak najwyższy poziom odzysku zebranych odpadów poprzez m.in. nadzór nad realizacją umowy i określoną sankcję w postaci kar umownych.

Tym samym ukształtowanie umowy przez Zamawiającego uwzględniające postanowienie § 11 ust. 2 pkt 9 wzoru umowy (zał. nr 4 do SWZ) nie stanowi naruszenia przepisów prawa wskazywanych przez Odwołującego, co potwierdza stanowisko KIO wyrażone w ww. wyroku.

Dodatkowe uzasadnienie do oddalenia zarzutu nr 4

Zamawiający zmienił postanowienie pkt 30 OPZ – Część III (po zmianie nr pkt 13) z: 30) /.../

na:

13) Wykonawca, zobowiązany jest do ważenia pojazdów na wadze należącej do Zamawiającego bądź wskazanej przez Zamawiającego znajdującej się na terenie Gminy Celestynów. W przypadku awarii wagi bądź jej braku ważenie pojazdów następować będzie na legalizowanej, sprawnej wadze należącej do Wykonawcy. Z ważenia sporządzany będzie raport wagowy. Dokumenty te będą stanowić podstawę do określenia ilości odebranych odpadów z terenu Gminy Celestynów pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą.

Raport wagowy musi określać przynajmniej następujące dane:

- Data i godzina;
- Nr rejestracyjny pojazdu;
- Dane Gminy Celestynów;
- Podpis ważącego;
- Kod odpadu;
- Ilość odebranych odpadów

Wykonawca w ofercie wskaże adres znajdowania się legalizowanej wagi należącej do Wykonawcy, na której będzie odbywać się ważenie odpadów odebranych z Gminy Celestynów w przypadku awarii bądź braku wagi Zamawiającego. Zamawiający bez wcześniejszego informowania Wykonawcy może być obecny podczas ważenia odpadów odebranych z Gminy Celestynów. Do wyliczenia wynagrodzenia stosuje się przyjmowanie wag odpadów na legalizowanej wadze samochodowej znajdującej się na terenie: Instalacji komunalnej, instalacji do przetwarzania odpadów, stacji przeładunkowej zgodnie z art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach bądź miejsca zbierania odpadów, przy czym masy

odpadów nie mogą znacząco się różnić (+/- 300kg/pojazd) od tych z dokumentów wagowych zbieranych w punkcie lokalizacji wagi.

Powyższe uregulowanie ma celu umożliwienie Zamawiającemu przeprowadzanie kontroli ilości odbieranych odpadów z terenu Gminy Celestynów, by wyeliminować ryzyko zawyżania wag ilości odbieranych odpadów przez wykonawców, bądź ich mieszania. Uciążliwość w wykonywaniu obowiązków jakie nakłada Zamawiający na wykonawcę, nie świadczy jednak o tym, iż taki obowiązek nie może zostać nałożony. Zamawiający wziął pod uwagę zastrzeżenia Odwołującego i zmodyfikował postanowienia poprzez dodanie treści zaproponowanej przez Odwołującego tj. Wykonawca do przyjęcia wyliczenia wynagrodzenia powinien uwzględniać wagi odpadów dostarczanych do Instalacji komunalnej, instalacji do przetwarzania odpadów, stacji przeładunkowej zgodnie z art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach, a nie miejsce kontrolnego ważenia odpadów z zastrzeżeniem, że różnica w wadze nie może przekraczać +/- 300 kg/pojazd.

Odwołujący obecnie odbiera odpady z terenu gminy Celestynów. W okresie trwania umowy Zamawiający zlecił ważenie odpadów na wadze wskazanej przez Zamawiającego. Wykonawca zgłaszał, iż stanowi to dla niego duże utrudnienia i uciążliwości logistyczne oraz dodatkowe koszty z tym związane, pomimo że taki wymóg został również postanowiony w poprzednim postępowaniu na ten przedmiot zamówienia (wykonawca miał świadomość w jaki sposób i gdzie ma odbywać się ważenie). Biorąc pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy (Odwołującego) Zamawiający odstąpił od wymogu ważenia odpadów odebranych z PSZOKU na wadze wskazanej przez Zamawiającego.

Zmieniony w wyniku modyfikacji zapis umożliwia ważenie odpadów zarówno u Zamawiającego jak i u Wykonawcy. Zamawiający chce mieć możliwość kontroli i weryfikacji odbieranych odpadów, co nie stanowi

Dodatkowe uzasadnienie do oddalenia zarzutu nr 6

Po analizie wyjaśnień Odwołującego dot. odpadów remontowo - budowlanych Zamawiający zmodyfikował treść SWZ poprzez dodanie warunku „aktualne zezwolenie na przetwarzanie zmieszanych odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04 (dla cz. III)”. Zamawiający podtrzymuje jednak, że do realizacji przedmiotu zamówienia dot. wszystkich części postępowania wystarczające jest zezwolenie na zbieranie odpadów. Zamawiający nie może ograniczać konkurencyjności i dostępności do zamówienia, co miałyby miejsce, gdyby zgodzić na zmianę Odwołującego, bowiem wówczas o zamówienie mogliby się ubiegać jedynie Wykonawcy posiadający zezwolenie na przetwarzanie odpadów, a przecież nie każdy wykonawca odbierający odpady musi przetwarzać je w swoich instalacjach, może je przekazać innym podmiotom, z którymi ma podpisane umowy.

Odwołujący wnioskując o zmianę rodzaju zezwolenia chce tym samym ograniczyć liczbę wykonawców, którzy mogą przystąpić do postępowania, na co Zamawiający nie może się zgodzić. Zamawiający ma bowiem obowiązek, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również w sposób przejrzysty oraz proporcjonalny. Zamawiający, określając warunki uczestnictwa w postępowaniu, nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnej grupie wykonawców. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Na gruncie tego ww. przepisu zasada uczciwej konkurencji zostanie naruszona, nawet jeśli wymagania Zamawiającego mogłyby jedynie potencjalnie utrudnić ubieganie się o możliwość wykonania zamówienia wykonawcom zdolnym do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie powinno wykazać, że są one niezbędne i adekwatne do określonego celu zamówienia i potrzeb zamawiającego. Nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i tym samym naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak m.in. wyr. SO w Warszawie z 2.7.2021 r.; wyr. KIO z 1.9.2023 r., KIO 2445/23, wyr. KIO z 28.1.2022 r., KIO 64/22).

Składając ofertę wykonawca musi posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów, natomiast w przypadku odpadów dla których oszacowana ilość nie przekracza 5Mg wystarczy, że podczas składania oferty Wykonawca wskaże, że odpady te będzie zbierał podmiot zbierający (bez wskazania jaki, wystarczy napisać np kod 20 01 21* - podmiot zbierający), natomiast dopiero przed podpisaniem umowy, wykonawca ma dostarczyć umowę już z konkretnym podmiotem.

Odwołujący źle interpretuje postawione przez Zamawiającego warunki. Na wszystkie kody Zamawiający wymaga bowiem wykazania się zezwoleniem na zbieranie odpadów, natomiast dla niewielkich ilości odpadów do 5Mg Wykonawca może to zezwolenie dostarczyć dopiero przed podpisaniem umowy (jeśli zleci to podmiotowi zbierającemu).

W tym stanie rzeczy należy uznać, że Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w części w jakiej Zamawiający wnosi o

jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na podstawie dokumentacji postępowania, w tym złożonej przez zamawiającego oraz stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Brak jest przeszkód formalnych w rozpoznaniu odwołania. Potwierdza się także interes odwołującego w rozumieniu art. 505 ustawy pzp.

W zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego zastrzeżenia na rzecz Zamawiającego kar umownych opisanych w § 11 ust. 2 pkt. 9 wzoru umowy - zapisu dla części I, II i III, należy zauważyć, że

Kwestionowane postanowienie zostało określone precyzyjnie. Zasadnie odwołujący wskazał, że przewidziana kara umowna stanowi pochodną i skutek finansowych obciążeń, jakim podlega Gmina zobowiązana do prowadzenia gospodarki odpadami zgodnie z wymogami prawa. Jednocześnie oczywiste jest, że co do zasady gmina prowadzi tę gospodarkę zlecając niezbędne usługi podmiotom gospodarczym profesjonalnie działając na takim rynku właściwym. Oczekuje zatem odpowiedniego zagospodarowania odpadów w celu uzyskania jak najwyższych procentów odzysku i recyklingu. Wpływ Zamawiającego na sposób zagospodarowania odpadów jest zatem ograniczony do wyboru wykonawcy, który zapewnia jak najwyższy poziom odzysku zebranych odpadów poprzez m.in. nadzór nad realizacją umowy. Nie jest przy tym zasadne twierdzenie, że wykonawca ponosi tożsamą z gminą odpowiedzialność finansową w przedmiotowym zakresie. Kara umowna bowiem stanowi rodzaj odszkodowania umownego, które może przysługiwać wierzycielowi (tu: gminie jako zamawiającemu) jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność; jest zwolniony od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Wykonawca zatem może nie zostać zobowiązany do zapłaty kary umownej jeśli wykaże, że nie ponosi winy za nieosiągnięcie określonych poziomów recyklingu. Okolicznościami zwalniającymi z takiej odpowiedzialności są także ewentualne zaniechania gminy w zakresie starań o zmniejszenie lub zawieszenie obowiązków o charakterze fiskalnym przez użycie przewidzianych prawem instrumentów proceduralnych. Stosunkowo wysokie, a nawet rygorystyczne wymogi ustawowe w stosunku do gminy nie podlegają przy tym ocenie organu rozpatrującego zarzuty wobec postanowień projektu umowy. Ponadto wobec podnoszonych argumentów wskazujących na ewentualność długotrwałych sporów stron umowy w relacji między gminą a wykonawcą, że podmioty podlegające regułom finansów publicznych mogą w usprawiedliwionych okolicznościach zawierać z wykonawcami uzasadnione okolicznościami ugody dotyczące wzajemnych rozliczeń.

W zakresie zarzutu nr 4 skład orzekający zauważa, że w toku postępowania zamawiający dokonał zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia co do zasad ważenia pojazdów na wadze należącej do Zamawiającego bądź wskazanej przez Zamawiającego znajdującej się na terenie Gminy Celestynów. W przypadku awarii wagi bądź jej braku ważenie pojazdów następować będzie na legalizowanej, sprawnej wadze należącej do Wykonawcy. Z ważenia sporządzany będzie raport wagowy. Dokumenty te będą stanowić podstawę do określenia ilości odebranych odpadów z terenu Gminy Celestynów pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą. Nie ma podstaw do twierdzenia, iż przyjęty sposób ważenia odpadów z PSZOKU na wadze należącej do Zamawiającego bądź wskazanej przez Zamawiającego narusza przepisy ustawy.

Zmiana jaką proponował Odwołujący ma na celu wykluczenie możliwości Zmieniony w wyniku modyfikacji zapis umożliwiający ważenie odpadów zarówno u Zamawiającego jak i u Wykonawcy. Zamawiający chce mieć możliwość kontroli i weryfikacji odbieranych odpadów.

W zakresie zarzutu nr 6 dotyczącego wymaganych zezwoleń skład orzekający nie stwierdził naruszenia prawa przez zamawiającego, który określił wymagania dotyczące zezwolenia na prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Ustawodawca w art. 41 ust. 1 Ustawy określił wymagalność zezwolenia na prowadzenie tylko niektórych rodzajów działalności z zakresu gospodarowania odpadami. Spośród zbierania, transportu, przetwarzania (odzysku i unieszkodliwiania) oraz działalności wykonywanej w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami (art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawa o Odpadach) – uzyskania decyzji/zezwoleń wymagają działania polegające na zbieraniu i/lub przetwarzaniu odpadów (odzysku lub unieszkodliwianiu) zdefiniowane w art. 3 ust. 1 pkt 34 i 21 ustawy o Odpadach. Działalność określona jako zbieranie odpadów polega na ich gromadzeniu przed transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępnym sortowaniu (nieprowadzącym do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodującym zmiany klasyfikacji odpadów) oraz tymczasowym magazynowaniu (art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawa Odpady). Są to więc działania będące konsekwencją wytworzenia odpadów i jednocześnie zmierzające do dalszego gospodarowania odpadami na drodze odzysku lub unieszkodliwiania, tj. ich przetwarzania. Zezwolenie na zbieranie odpadów umożliwia więc prowadzenie profesjonalnej działalności polegającej na zbieraniu w miejscu wskazanym w zezwoleniu określonych rodzajów odpadów. Zbieranie

odpadów może być prowadzone w miejscu ich wytwarzania lub poza nim, tym samym Wykonawca może posiadać jedynie zezwolenie na zbieranie odpadów by dalej je przekazać podmiotowi posiadającemu zezwolenie na ich przetwarzanie. Nie ma konieczności, aby Wykonawca posiadał zarówno zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów bowiem, ten co posiada wyłącznie zezwolenie na zbieranie może w ramach podwykonawstwa zleci ich przetwarzanie innemu wykonawcy. Zamawiający nie mógł w prowadzonym postępowaniu ograniczać konkurencyjności i dostępności do zamówienia, co miałoby miejsce, gdyby zgodzić na zmianę Odwołującego, bowiem wówczas o zamówienie mogliby się ubiegać jedynie wykonawcy posiadający zezwolenie na przetwarzanie odpadów.

Zamawiający mając na uwadze zastrzeżenie Odwołującego dokonał stosownej modyfikacji SWZ.

Warunek udziału w postępowaniu zmieniony w wyniku modyfikacji SWZ nie ogranicza dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

Wobec stwierdzenia, że ustalenie przez Zamawiającego treści specyfikacji, a w szczególności postanowień projektowanej treści umowy, nie naruszyło przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący