Sygn. akt: KIO 3176/23

WYROK

z dnia 14 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Renata Tubisz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 9 listopada 2023r. w Warszawie, w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r.**odwołującego:** Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. 54-517 Wrocław, ul. Szczecińska 5 w postępowaniu prowadzonym przez**zamawiającego:** Gmina Miejska Słupca 62-400 Słupca ul. Pułaskiego 21

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
   1) doprecyzowanie zapisów SOPZ dotyczących zasad i sposobu przekazania wykonawcy nieruchomości położnej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 przez dookreślenie możliwych form wykorzystania przedmiotowej nieruchomości, zasad jej udostępnienia, w tym odpłatności.
   2) modyfikację § 7 projektu umowy w sposób uwzględniający:
      a. możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu cen także innych kosztów realizacji usługi niż tylko cena paliwa ON, w szczególności kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której przekazywane będą odpady oraz kosztów pracy, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że wniosek o dokonanie zmiany wynagrodzenia będzie możliwy w sytuacji wzrostu tych kosztów o więcej niż 7 **%** w stosunku do cen obowiązujących w dniu składania ofert;
      b. dopuszczenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 6 miesiącach od dnia podpisania umowy i kolejnych waloryzacji w okresach 6-miesięcznych.
   3) modyfikację postanowień SOPZ i projektu umowy przez wykreślenie obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz postanowień dotyczących kary umownej za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu.

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego** Gmina Miejska Słupca 62-400 Słupca ul. Pułaskiego 21 i
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego:** Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. 54-517 Wrocław, ul. Szczecińska 5, tytułem wpisu od odwołania
   2.2. zasądza od **zamawiającego** Gmina Miejska Słupca 62-400 Słupca ul. Pułaskiego 21 na rzecz **odwołującego** Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. 54-517 Wrocław, ul. Szczecińska 5 kwotę 19.451 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia i dojazdu na rozprawę pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2023 r. poz. 1605) 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:……..……..……..

ODWOŁANIE

Działając imieniem Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Odwołujący", w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis znajduje się w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm., dalej: „p.z.p."), składam odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Miejską Słupca pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Słupca" (znak sprawy: RIM.271.11.2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 13.10.2023 r. pod numerem 2023/S 198-616571). Odwołanie jest wnoszone wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych;

2) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położnej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych;

3) Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 7 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany średniej hurtowej ceny paliwa ON EKODIESEL o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert, a także poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;

4) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 3531 k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy - tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

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

Zachowanie terminu

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 p.z.p. w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. W niniejszym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 13.10.2023 r. pod numerem 2023/S 198-616571. Tym samym termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest zainteresowany złożeniem oferty. Działania Zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy sformułował treść specyfikacji warunków zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji. Nie ulega wątpliwości, że odwołanie mające na celu doprowadzenie zapisów SWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa wyczerpuje przesłanki określone w art. 505 ust. 1 p.z.p. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 p.z.p. została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący oświadcza, że uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie dokonania przelewu.

1.Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Słupca, zarówno od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, jak i niezamieszkałych, zagospodarowanie odpadów zebranych w PSZOK, odbiór i zagospodarowanie odpadów z koszy ulicznych oraz odebranych i zebranych z terenów publicznych Miasta Słupca. Szczegółowe obowiązki wykonawcy realizującego zamówienie określono w załączniku nr 9 do SWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia oraz załączniku nr 8 do SWZ - projekt umowy.

Jednym z podstawowych parametrów niezbędnych do należytego skalkulowania oferty jest określenie, z jaką częstotliwością powinny być odbierane odpady „u źródła". O ile dla nieruchomości zamieszkałych jednorodzinnych Zamawiający precyzyjnie określił częstotliwość odbioru odpadów poszczególnych frakcji, o tyle zapisy OPZ określające oczekiwaną częstotliwość odbioru odpadów poszczególnych frakcji z nieruchomości zamieszkałych wielorodzinnych pozostają nieprecyzyjne, a nawet wewnętrznie sprzeczne. W punkcie 4.1.1.4. pkt A lit. B SOPZ, określając częstotliwość odbioru zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 z zabudowy wielorodzinnej, wskazano - na żądanie (średnio co tydzień). W dokumentach postępowania nie sprecyzowano w ogóle kto takie żądanie odbioru odpadów miałby zgłaszać wykonawcy. Nie jest jasne czy będzie to Zamawiający czy też mieszkańcy, a może wspólnoty mieszkaniowe lub spółdzielnie mieszkaniowe. Nie określono także w jaki sposób żądanie takie miałoby być wykonawcy komunikowane ani jaki jest czas reakcji wykonawcy na realizację odbioru odpadów po zgłoszeniu żądania odebrania odpadów. Podobnie określono częstotliwość odbioru odpadów selektywnie zbieranych „u źródła" z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej. W pkt 4.1.2.1.5. SOPZ wskazano, że odpady papieru i tektury, metali i tworzyw sztucznych, szkła oraz innych niewymienionych frakcji powinny być odbierane na żądanie - średnio co dwa tygodnie, zaś frakcja bioodpadów średnio co tydzień. W tym zakresie również brak jakichkolwiek zapisów, które by wskazywały kto i w jakiej formie miałby komunikować to żądanie wykonawcy. Takie zapisy opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za uchybiające przepisom ustawy. Nie są one bowiem dostatecznie precyzyjne. Co więcej, w § 16 ust. 1 pkt 1 Zamawiający przewidział karę umowną za każdy dzień zwłoki w terminowym odebraniu odpadów z miejsca gromadzenia odpadów na terenach nieruchomości zamieszkałych. W tych okolicznościach nie wiadomo zaś, od jakiego momentu taką karę można by było wykonawcy naliczyć.

Zapisy OPZ są nieprecyzyjne, nie uwzględniają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkują uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzają ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, gdyż każdy z wykonawców może poczynić odmienne założenia co do częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy wielorodzinnej. Postanowienia te naruszają więc nie tylko zasadę przejrzystości, ale także zasadę uczciwej konkurencji, a także zasadę efektywności udzielenia zamówień publicznych.

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że SOPZ obliguje wykonawcę do sporządzenia i skonsultowania z Zamawiającym harmonogramu odbioru odpadów. Warto przywołać zapisy SOPZ odnoszące się do obowiązku sporządzenia harmonogramów:

4.6.27.Najpóźniej na 15 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia Wykonawca dostarczy harmonogram odbioru odpadów obowiązujący w 2024 roku

4.6.28.Wykonawca jest zobowiązany skonsultować harmonogram odbioru odpadów z Zamawiającym.

4.6.29.Wykonawca odpowiada za informowanie właścicieli nieruchomości o harmonogramie odbierania poszczególnych rodzajów odpadów. W tym celu Wykonawca będzie sporządzać harmonogramy odbioru, które Zamawiający będzie akceptował, a Wykonawca w formie wydruków, będzie zobowiązany przekazać właścicielom nieruchomości podczas pierwszego odbioru odpadów oraz pierwszego odbioru odpadów w danym roku kalendarzowym.

4.6.30.Zamawiający będzie publikował harmonogramy odbioru odpadów na stronie internetowej Urzędu Miasta Słupcy www.miasto.slupca.pl zakładka ochrona środowiska oraz gospodarka odpadami komunalnymi.

4.6.31.Wykonawca do oferty dołączy wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W tych okolicznościach uznać należy, że postanowienia OPZ są wewnętrznie sprzeczne, nie jest bowiem możliwe sporządzenie harmonogramów w sytuacji, gdy odbiór odpadów ma się odbywać na żądanie. Jeżeli odbiory odpadów mają się odbywać zgodnie z harmonogramem, nie do końca jasne pozostaje, dlaczego odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej ma następować na żądanie, zaś z innych nieruchomości zgodnie z harmonogramem. Odwołujący podkreśla, że co do zasady świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych we wszystkich gminach w Polsce odbywa się zgodnie z harmonogramami świadczenia usługi, które określane są przez wykonawcę na podstawie oczekiwań Zamawiającego określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Zasadnym jest więc określenie przez Zamawiającego częstotliwości, z jakimi mają być odbierane odpady poszczególnych frakcji odpadów z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej, tak aby możliwe było sporządzenie harmonogramu dla Gminy Miejskiej Słupca.

Jednocześnie całkowicie niezrozumiałe dla Odwołującego pozostaje żądanie dołączenia do oferty wstępnego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości określne w pkt 4.6.31.SOPZ. Zamawiający nie wskazuje, w jakim celu taki dokument miałby zostać złożony. Wskazać należy, że Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia w rozdziale XIII OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT ORAZ WYMAGANIA FORM DOTYCZĄCE SKŁADANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW nie oczekuje złożenia takiego dokumentu wraz z of Harmonogram nie daje się powiązać z żadnym z kryteriów oceny ofert ani nie można go uznać - w świetle postanowień SWZ - za przedmiotowy środek dowodowy. Tym samym wymaganie to jest nadmiarowe i uchybia przepisom ustawy.

Odwołujący wnosi o:

- nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów dotyczących odbierania odpadów z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej na żądanie i nakazanie określenia oczekiwanych częstotliwości odbioru tych odpadów, które zostaną uwzględnione w sporządzonym przez wykonawcę harmonogramie;

- nakazanie wykreślenia pkt 4.6.31. SOPZ obligującego do dołączenia wstępnego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wraz z ofertą.

2) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położnej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień

publicznych

W punkcie 4.2.1. SOPZ Zamawiający przewidział, że w formie odrębnej umowy przekaże Wykonawcy nieruchomość lub jej część, której jest właścicielem położoną w Słupcy ul. Wspólna 8 z przeznaczeniem na Bazę Transportową z zastrzeżeniem prowadzenia na tym terenie przez Gminę Miejską Słupca PSZOK dla mieszkańców miasta Słupca i gminy Słupca.

Powyższy zapis jest bardzo enigmatyczny. Zasadniczo Wykonawcy nie mają wiedzy, w jakiej formie i na jakich zasadach zostanie przekazany ten teren, w szczególności czy udostępnienie tego terenu odbędzie się bezpłatnie, czy też będzie się wiązać z podniesieniem dodatkowych kosztów - jeśli tak to w jakiej wysokości. Jednocześnie Zamawiający nie określił dopuszczalnych sposobów wykorzystania tego terenu przez wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia. Nie określono, czy Wykonawca ma możliwość wykorzystania przedmiotowej nieruchomości wyłącznie na cele realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, czy również dla celów innych zleceń. Nie jest jasne, czy Zamawiający dopuści możliwość wystąpienia przez wykonawcę do właściwego organu z wnioskiem o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie przedmiotowej nieruchomości. Możliwość utworzenia na tej nieruchomości stacji przeładunkowej ma natomiast istotne znaczenie dla wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia, gdyż pozwala na dokonanie optymalizacji kosztów transportu odpadów do instalacji.

Forma udostępnienia przedmiotowego terenu również ma znaczenie, gdyż aby utworzyć tam stację przeładunkową, konieczne jest dysponowanie ternem na podstawie umowy zawartej w formie aktu notarialnego. Zgodnie z art. 41b ust. 2 ustawy o odpadach ustanowienie użytkowania nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, wymaga złożenia oświadczenia w formie aktu notarialnego również przez użytkownika. W oświadczeniu wskazuje się masę i rodzaje odpadów, które mogą być zbierane lub przetwarzane w okresie roku na nieruchomości będącej przedmiotem użytkowania. Z kolei w myśl art. 41b ust. 3 ustawy o odpadach umowa dzierżawy nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, wymaga zawarcia w formie aktu notarialnego. W umowie wskazuje się masę i rodzaje odpadów, które mogą być zbierane lub przetwarzane w okresie roku na tej nieruchomości.

- nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania zapisów SOPZ dotyczących zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położnej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 poprzez dookreślenie możliwych form wykorzystania przedmiotowej nieruchomości, zasad jej udostępnienia, w tym kwestii odpłatności.

3) Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 7 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany średniej hurtowej ceny paliwa ON EKODIESEL o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert a także poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego

Zasady zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia określone zostały w § 7 umowy, który ma następującą treść:

§ 7 Waloryzacja wynagrodzenia

1. Wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, na zasadach określonych w niniejszym paragrafie.

2. Pierwsza zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy (rozumiana jako złożenie wniosku o zmianę) może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji Umowy.

3. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.

4. Strona Umowy żądająca zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, może przedstawić drugiej Stronie odpowiednio uzasadniony wniosek, nie później niż do 30 dnia od daty zwiększenia kosztów ponad minimum wskazane w

ust. 3, zawierający dokładny opis proponowanej zmiany wraz ze szczegółową kalkulacją kosztów oraz zasadami sporządzenia takiej kalkulacji.

5. Wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony, jeśli od dnia, w którym upływa 12 miesięcy od momentu zawarcia umowy, średnia cena hurtowa paliwa ON EKODIESEL za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zmiany wg oficjalnych danych PKN Orlen ulegnie zmianie o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert (spadek o więcej niż 30% lub wzrost o 30%).

6. Zmiana może obejmować cenę jednostkową określoną w § 6 ust. 1 obowiązującą w danym miesiącu w zakresie stanowiącym różnicę między wartością zmiany obliczoną zgodnie z ust. 5 i poziomem 30% (odpowiednio w liczbach dodatnich lub ujemnych jako wzrost lub spadek).

7. Wniosek musi zawierać dowody jednoznacznie wskazujące wpływ zmiany, o której mowa w ust. 5 na koszty wykonania zamówienia oraz ceny jednostkowe.

8. Strona, której przedłożono wniosek, w terminie 30 dni od otrzymania kompletnego wniosku, zajmie pisemne stanowisko w sprawie; za dzień przekazania stanowiska, uznaje się dzień jego wysłania na adres właściwy dla doręczeń pism odpowiednio do Zamawiającego lub Wykonawcy,

9. Jeżeli bezsprzecznie zostanie wykazane, że zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Strony zawrą stosowny aneks do Umowy, określający nową wysokość wynagrodzenia Wykonawcy.

10. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

11. Zamawiający określa maksymalną, dopuszczalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy na poziomie 20% wartości cen jednostkowej określonej w § 6 ust. 1 Umowy oraz 5 % maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy należnego na podstawie niniejszej umowy.

W ocenie Odwołującego tak sformułowana klauzula waloryzacyjna nie pozwala na dokonanie zmiany wynagrodzenia w sytuacji wzrostu innych niż paliwo kosztów realizacji usługi, co pozostaje nie do pogodzenia z istotą przepisu art. 439 ust. 1 p.z.p. Również poziom wzrostu cen paliwa umożliwiający wzrost wynagrodzenia określony został na rażąco wysokim poziomie.

W zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia z niemożnością zastosowania klauzuli waloryzacyjnej co do kluczowej części zamówienia obejmującej zagospodarowanie odpadów. Wskazać należy, że najbardziej kosztotwórczym elementem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nie jest koszt paliwa, lecz koszt zagospodarowania odpadów w instalacji. Co więcej, dokonanie waloryzacji wynagrodzenia jest wyłączone także w sytuacji wzrostu innych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że kolejnym istotnym czynnikiem kosztotwórczym w przypadku świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są koszty zatrudnienia pracowników. Wobec powyższego celowa jest modyfikacja postanowienia umownego, tj. § 7, odnoszącego się do zasad waloryzacji wynagrodzenia w sposób umożliwiający zmianę stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie odpadów, jak też maksymalnego wynagrodzenia należnego wykonawcy na podstawie umowy, w sytuacji gdy wzrosną inne koszty realizacji usług niż tylko koszty paliwa, w szczególności koszty zagospodarowania odpadów oraz koszty pracy. Objęcie przez Zamawiającego jedynie wycinka zakresu zamówienia możliwością waloryzacji jest niezgodne z art. 439 ust. 1 p.z.p.

Konieczne jest także określenie poziomu zmiany cen uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na poziomie odpowiadającym spodziewanym w okresie realizacji zamówienia wzrostom, tak aby dokonanie waloryzacji wynagrodzenia miało realny charakter. W ocenie Odwołującego możliwość dokonania waloryzacji w sytuacji gdy mamy do czynienia ze wzrostem kosztów aż o 30% nie odpowiada wymaganiom ustawy, gdyż znacząco odbiega od spodziewanego poziomu inflacji. Projekcja NBP co do inflacji w roku 2024 wynosi 5,2%, a w roku 2025 3,6%. Inne scenariusze średniorocznej inflacji CPI w 2024 r. znajdują się w granicach między 4,8 % a 8,1 %, a w 2025 r. - między 3,1 % a 6,7 %.

Klauzula waloryzacyjna zawarta w § 7 projektu umowy nie odpowiada wymaganiom ustawy, gdyż nie zapewnia realizacji celu, dla jakiego ustawodawca wprowadził obowiązek zawarcia klauzuli waloryzacyjnej w umowie o zamówienie publiczne, tj. przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie realizacji umowy. Ustawodawca zobligował Zamawiającego do takiego określenia

przesłanek zmiany wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, by realne było zwiększenie (lub zmniejszenie) ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia. Obowiązek ten nie może być realizowany przez Zamawiającego wyłącznie poprzez formalne umieszczenie klauzuli waloryzacyjnej odpowiadającej wymaganiom konstrukcyjnym, o których mowa w art. 439 ust. 2 p.z.p. w treści umowy. Zgodnie z tym przepisem 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.

Wprawdzie ustanawiając obowiązek wprowadzenia do umowy odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej, ustawodawca pozostawił Zamawiającemu swobodę w doprecyzowaniu jej elementów, to jednak swoboda ta nie ma bezwzględnego charakteru. Przy formułowaniu klauzuli waloryzacyjnej zastosowanie mają zasady udzielania zamówień publicznych. Oznacza to, że klauzula waloryzacyjna musi być sformułowana w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny, a także zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Chodzi o to, by już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dla wykonawców wiadome było, w jakich okolicznościach nastąpi waloryzacja wynagrodzenia oraz by wynagrodzenie było adekwatne do warunków ekonomicznych istniejących na etapie realizacji umowy. Przesłanki waloryzacji wynagrodzenia muszą być także adekwatne do przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego, uznać należy, że formułując klauzulę waloryzacyjną Zamawiający zobligowany jest uwzględnić specyfikę danego zamówienia, w szczególności to, jakie materiały lub koszty będą kluczowe na etapie realizacji zamówienia lub ceny jakich materiałów oraz jakie koszty podlegają zmianom i w konsekwencji będą wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy.

Należy zwrócić uwagę, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie - leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku, z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę ofertową wszelkie ryzyka związane ze wzrostem kosztów realizacji usługi. Tym samym Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu się one zaktualizują na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zaś Zamawiający przewidzi w projekcie umowy klauzulę waloryzacyjną dostosowaną do warunków realizacji przedmiotowego zamówienia, Zamawiający poniesie wyłącznie realne koszty. Tezę tą potwierdzają także głosy doktryny: „co może mniej oczywiste - stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu.” Zob. M. Jaworska (red.), Komentarz do art. 439 Prawa Zamówień Publicznych, Legalis.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 7 projektu umowy w sposób uwzględniający:

- możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu cen także innych kosztów realizacji usługi niż tylko cena paliwa ON, w szczególności kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której przekazywane będą odpady oraz kosztów pracy, z jednoczesnym zastrzeżeniem, ze wniosek o dokonanie zmiany wynagrodzenia będzie możliwy w sytuacji wzrostu tych kosztów o więcej niż 7 % w stosunku do cen obowiązujących w dniu składania ofert;

- dopuszczenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 6 miesiącach od dnia podpisania umowy i kolejnych waloryzacji w okresach 6-miesięcznych.

4) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8

ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 3531 k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję,

Zgodnie z pkt 4.6.21. SOPZ Wykonawca w okresie obowiązywania umowy zobowiązany jest do osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, wielomateriałowych i szkła oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych w wysokości określonej w obowiązujących przepisach.

W § 16 ust. 1 pkt 10 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ Zamawiający przewidział karę umowną za nieosiągnięcie obowiązującego danym roku kalendarzowym poziomu recyklingu w wysokości 5 000 zł za każdy 1% brakujący do osiągnięcia wymaganego poziomu recykling.

Zgodnie z przepisem art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

1) (...)

4) 45% wagowo - zarok 2024;

5) 55% wagowo – za rok 2025.

Zgodnie z pkt 4.6.24. SOPZ Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, odpadów komunalnych zebranych w PSZOK w Słupcy ul. Wspólna 8 oraz odpadów komunalnych zebranych z miejskich koszy ulicznych i z terenów publicznych Miasta zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2019 - 2025 wraz z planem inwestycyjnym /uchwała Nr XXII/405/20 Sejmiku Województwa Wielkopolskiego z 28 września 2020r./, zasadami gospodarki odpadami określonymi w ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach /tj. Dz. U. z 2023 r., poz.1587 ze zm./, ustawie z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach /tj. Dz. U. z 2023r. poz. 1469 ze zm./ uwzględniając zapisy Uchwały Rady Miasta Słupcy Nr VIII/46/11z dnia 2 czerwca 2011 r. w sprawie przystąpienia Miasta Słupcy jako Wspólnika do spółki prawa handlowego Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi (MZGOK) spółka z o.o. w Koninie ul. Sulańska 13 oraz uchwały Nr XV/88/11 Rady Miasta Słupcy z dnia 22 grudnia 2011r. w sprawie powierzenia Spółce pod firmą: Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie świadczenia usługi publicznej na rzecz Miasta w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi polegającej na odzysku i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych na instalacjach będących w posiadaniu MZGOK oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Miasto Słupca umowy wykonawczej na świadczenie usług w zakresie unieszkodliwiania odpadów komunalnych dla realizacji projektu pn.: „Uporządkowanie gospodarki odpadami na terenie subregionu konińskiego”.

W warunkach niniejszego zamówienia wykonawca ma niezwykle ograniczony zakres działań, które może podjąć, a które mają lub mogą mieć wpływ na osiągnięcie wymaganych poziomów odzysku i recyklingu. Najistotniejszym z tych czynników jest możliwość przekazania odpadów komunalnych zebranych selektywnie do doczyszczania w sortowni. W pozostałym zakresie działania wykonawcy realizującego przedmiotową usługę są istotnie ograniczone, gdyż wykonawca nie ma wpływu na wybór instalacji, do których zostaną przekazane odpady w celu zagospodarowania.

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku gdy około 50 % strumienia odpadów komunalnych z terenu gminy to odpady zmieszane na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, tj. 45 % w 2024 r. i 55% w 2024 r. jest niemożliwe do zrealizowania. Podkreślenia wymaga, że w odpadach selektywnie zbieranych, znajdują się wtrącenia, których nie da się poddać recyklingowi. Nie każdy rodzaj odpadów, nawet jeżeli są to odpady selektywnie gromadzone, podlega recyklingowi. Z uwagi na ograniczoną liczbę instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów w Polsce i dużą dostępność surowców na rynku, to recyklerzy dyktują warunki przyjęcia odpadów, narzucając wysokie standardy, jakim muszą odpowiadać odpady.

Odwołujący podkreśla, że osiągnięcie przez gminy zakreślonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca.

Poprzez próbę obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu, Zamawiający zmierza do przerzucenia obowiązku realizacji zadań własnych gminy w całości na podmiot trzeci, który, w oczywisty sposób nie dysponuje odpowiednimi instrumentami celem wykonania tych zadań, przerzucenia ryzyka finansowego związanego z brakiem osiągnięcia poziomów recyklingu przez gminy na taki podmiot trzeci, a w konsekwencji do pozbycia się przez gminy zarówno części zadań własnych, jak też uwolnienia się od sankcji administracyjnych w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, są to założenia i cele w oczywisty sposób sprzeczne z prawem, gdyż prowadzą do całkowitej utraty przez gminę zainteresowania podejmowaniem przez ich ograny działań w zakresie osiągania wymaganych poziomów recyklingu, m.in. działań edukacyjnych, działań propagujących należytą segregację, działań organizacyjnych i działań sankcyjnych względem mieszkańców nierealizujących obowiązku selektywnej zbiórki odpadów.

Wykonawca nie może odpowiadać w stopniu przewidzianym przez Zamawiającego za brak osiągniętych poziomów recyklingu, ponieważ ich osiągnięcie zależy od wielu czynników, które w większości przypadków są całkowicie niezależne od wykonawcy. Wykonawca nie ma żadnego wpływu ani na ilość, ani na rodzaj wytworzonych na terenie Gminy odpadów komunalnych. Równie istotne znaczenie ma okoliczność, że Wykonawca nie ma swobody wyboru instalacji, do których będzie przekazywać odpady do zagospodarowania. Ponadto należy podkreślić, że ilość surowców możliwych do poddania recyklingowi w strumieniu odpadów komunalnych może się istotnie zmniejszyć z uwagi na wprowadzenie w Polsce systemu kaucyjnego od 1 stycznia 2025 r. Do systemu kaucyjnego trafią łatwo poddające się recyklingowi odpady - jednorazowe butelki z plastiku o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Co istotne Zamawiający będzie miał możliwość wliczenia tych odpadów do osiąganych przez Gminę poziomów. Z perspektywy wykonawcy, są to cenne surowce, które odpłyną ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Wskazać także należy na przepisy rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, które weszło w życie w dniu 4 września 2021 r. Rozporządzenie to wprowadziło nowy sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych oraz nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, który jest niekorzystny dla wykonawców.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SOPZ i projektu umowy poprzez wykreślenie obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz postanowień dotyczących kary umownej za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu.

Odpowiedź na odwołanie

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie, pismo z dnia 6 listopada 2023r.

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Miejską Słupca na wykonanie usługi pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Słupca", oznaczonego znakiem sprawy : RIM.271.11.2023: Ogłoszenie opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 13.10.2023 r. pod nr 2023/S 198-616571.

Działając w imieniu Gminy Miejskiej Słupca, na podstawie art.521 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz.1605 ze zm.) zwanej dalej p.z.p., w odpowiedzi na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. od treści dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Słupca" w n o s z ę o oddalenie odwołania w całości.

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

W dniu 23 października 2023 r. Zamawiający zgodnie z art.514 ust.2 p.z.p. otrzymał kopię odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.. Zarzuty Odwołującego dotyczą treści dokumentów zamówienia tj. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (SOPZ) oraz zapisów projektu umowy stanowiących załączniki nr 9 i 8 do SWZ. Po analizie treści zarzutów podniesionych przez

Odwołującego, Zamawiający stoi na stanowisku, że zawarte w treści odwołania zarzuty pozostają nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać oddalone.

Przed ustosunkowaniem się do zarzutów odwołania Zamawiający zwraca uwagę, że po wniesieniu odwołania do Zamawiającego wpłynęły zapytania do treści SWZ (m.in. również od Odwołującego) na które udzielono odpowiedzi w dniu 31 października 2023 r. Ponadto w dniu 6 listopada 2023 r. Zamawiający uznał za uzasadnione wprowadzenie dodatkowych zmian w SWZ.

Ad.1. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art.99 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 16 i art.17 ust.1 p.z.p. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnośnie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej (pkt 4.1.1.4. A.lit.b) oraz pkt 4.1.2.1.5.A lit.b) SOPZ) należy podkreślić, że zgodnie z art. 17 ust.1 p.z.p. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

W opinii Zamawiającego sformułowanie w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej na żądanie (średnio co tydzień) nie narusza zasady przejrzystości oraz zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności udzielania zamówień publicznych. Zapis średnio co tydzień umożliwia rzetelną kalkulację ceny oferty i nie stwarza ryzyka złożenia nieporównywalnych ofert.

Zgłaszania żądania odbioru odpadów dokonują właściciele nieruchomości/zarządcy - osoby/podmioty zobowiązane zgodnie z art. 6 m ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach /Dz. u. z 2023 r. poz. 1469 ze zm./ do składania deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w sposób uzgodniony z Wykonawcą wyłonionym w przetargu i zaakceptowany przez Zamawiającego. W rezultacie w przypadku nieruchomości z zabudową wielorodzinną w wyniku uzgodnień pomiędzy właścicielem/zarządcą a Wykonawcą powstają indywidualne harmonogramy odbioru odpadów

Taki system odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej umożliwia dostosowanie indywidualnych harmonogramów do faktycznych potrzeb, eliminuje „puste przejazdy" oraz gwarantuje utrzymanie czystości i porządku na terenach spółdzielni mieszkaniowych i wspólnot. Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

System odbioru na żądanie (średnio co tydzień) funkcjonuje na terenie miasta Słupcy od 2013 roku, został wynegocjowany wspólnie przez Radnych Miasta, zarządców spółdzielni mieszkaniowych i wspólnot oraz Burmistrza Miasta. Został doskonale przyjęty przez Mieszkańców i gwarantuje utrzymanie prawidłowego stanu sanitarno - higienicznego w mieście. Zmiana systemu na sztywny harmonogram odbioru spowoduje zamieszanie, podwyższy koszty dla mieszkańców, nie gwarantuje utrzymania czystości i porządku na terenie miasta - jest społecznie nieuzasadniona.

Z uwagi na zgłoszone w tym zakresie wątpliwości uszczegółowiono zapisy SWZ - zmiana SWZ z 6.11.2023r.

Jeśli chodzi o zobowiązanie dotyczące przedstawienia wstępnego harmonogramu sporządzonego na podstawie dostępnych danych i przedstawienia go łącznie z ofertą, to celem tego obowiązku było przedstawienie przez Wykonawcę, w jaki sposób zamierza zorganizować system odbioru i zbierania odpadów na terenie miasta. Z uwagi na zgłoszone w tym zakresie wątpliwości usunięto ten zapis ze SWZ - zmiana SWZ z 6.11.2023r.

Ad.2. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położonej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 na terenie której prowadzony jest PSZOK dla mieszkańców Gminy Miejskiej Słupca i Gminy Słupca, z uwagi na udzielone przez Zamawiającego w dniu 31 października 2023 r. wyjaśnienia do złożonych zapytań stały się bezprzedmiotowe. Dodatkowo należy podkreślić, że zarówno z treści SWZ jak i załączników do niej tj. SOPZ i projektu umowy oraz wyjaśnień do zgłoszonych zapytań wynika jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Słupca i w tym celu nastąpi przekazanie nieruchomości na której mieści się PSZOK z przeznaczeniem na Bazę Transportową, wyłącznie w celu realizacji niniejszego zamówienia. Gdyby Zamawiający zamierzał dopuścić wykorzystanie przedmiotowej nieruchomości na inne cele niż realizacja niniejszego zamówienia to wskazałby na to w opisie przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego sformułowanie zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości lub jej części, której

jest właścicielem położonej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 z przeznaczeniem wyłącznie na Bazę Transportową nie narusza zasady przejrzystości, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności udzielania zamówień publicznych, a także umożliwia rzetelną kalkulację ceny oferty.

Ad.3. W opinii Zamawiającego zarzut naruszenia art.439 ust.1 p.z.p. w zw. z art.99 ust.1, art.16 i 17 ust.1 p.z.p. oraz art.3531 k.c. oraz art.5 k.c. w zw. z art.8 ust.1 p.z.p. w związku z zapisami §7 projektu umowy (zał. Nr 8 do SWZ) jest bezzasadny.

Zamawiający konstruując klauzulę waloryzacyjną w §7 projektu umowy uwzględnił wszystkie przewidziane art. 439 ust.2 p.z.p. elementy. Zamawiający przyjął, iż wzrost cen paliwa w aktualnej sytuacji ekonomicznej jest tym elementem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, który ma bardzo istotny wpływ na wzrost kosztów tej usługi. Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że najbardziej kosztotwórczym elementem są koszty zagospodarowania odpadów w instalacji oraz koszty zatrudnienia pracowników.

Dokonana przez Zamawiającego analiza wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji do której wykonawca będzie miał obowiązek przekazywać odpady wykazała , że cena odpadów niesegregowanych w latach 2021-2024 , które stanowią około 50% wszystkich odpadów pochodzących z terenu Gminy Miejskiej Słupca pozostaje od 2020 r. na tym samym poziomie i nie jest planowany jej wzrost w 2024 r. Podobnie cena za zagospodarowanie odpadów frakcji - papier, tworzywa sztuczne czy szkło od 2022 r. nie uległa zmianie i nie jest planowana jej zmiana. Planowany natomiast w 2024 r. wzrost ceny za zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji jest na poziomie 26,8% przy czym odpady te stanowią średnio ok. 20% odpadów przekazywanych z terenu Gminy Miejskiej Słupca, a planowany w 2024 r. wzrost ceny za zagospodarowanie popiołu wynosi 16,7%, przy czym ilość tych odpadów przekazywanych z terenu Gminy Miejskiej Słupca ulega sukcesywnemu zmniejszeniu , co jest efektem wymiany źródeł ciepła na ekologiczne. Reasumując planowany wzrost ceny za zagospodarowanie odpadów biodegradowalnych oraz za zagospodarowanie popiołów, przy malejącej ilości popiołów do zagospodarowania, niezmieniona cena za zagospodarowanie odpadów zmieszanych i odpadów zbieranych selektywnie (papier, plastik i szkło) oraz zmniejszająca się z roku na rok masa odpadów przekazanych do zagospodarowania - nie powinny mieć wpływu na wzrost opłaty za 1 [Mg} przekazanych do zagospodarowania odpadów z grupy 20...
odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie. W świetle powyższego Zamawiający uznał, że wzrost cen paliwa jest właściwym elementem wpływającym na wzrost kosztów realizacji usługi.

Jeśli chodzi o koszty zatrudnienia pracowników to należy zauważyć, że Zamawiający przewidział oczywiście możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia z uwagi m. in. na wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej (§17 ust.4 projektu umowy).

Natomiast wprowadzenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 12 miesiącach od podpisania umowy jest uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia, gdyż każda waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy spowoduje automatycznie konieczność wprowadzenia zmiany wysokości opłaty za zagospodarowanie odpadów, którą ponoszą mieszkańcy miasta. Dodatkowo należy zauważyć, że przepisy prawa nie wprowadziły obowiązku wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia po 6 miesiącach.

Z uwagi na powyższe w opinii Zamawiającego zawarta w projekcie umowy klauzula waloryzacyjna została sporządzona prawidłowo i nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

Dowód:

1)cennik za odzysk i unieszkodliwianie odpadów z grupy 20...odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie,

2)analiza porównawcza.

Ad.4. Zarzut naruszenia przepisów art.99 ust.1 p.z.p. w zw. z art.16 pkt 1 i 3 p.z.p. i art.134 ust.1 pkt 20 i art. 431 p.z.p. oraz art.8 ust.1 p.z.p. w zw z art.5 k.c., art.art. 3531, 471, 487 §2, 483 §1 i 484 k.c. w zw. z art.3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym w.w poziomów, zdaniem Zamawiającego nie zasługuje na uznanie.

Należy zauważyć, że opis przedmiotu zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na podstawie Uchwały Nr XXII/135/12 Rady Miasta Słupcy z dnia 27 września 2012 r. /Dz. Urz. Woj. Wlkp. z 2012 r. poz. 6261/. Skoro gmina na mocy w/w uchwały ma obowiązek powierzyć przedsiębiorcy wyłonionemu w przetargu wykonywanie zadania odbierania i zagospodarowania odpadów od

właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości niezamieszkałych (od 2013 r. zakres usług obejmuje praktycznie 100% powierzchni miasta), to powinno mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób ich wykonywania ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. Zarówno zgodnie z orzecznictwem Krajowej

Izby Odwoławczej jak i sądów administracyjnych gmina może "przerzucić" na wykonawcę odpowiedzialność za obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. W ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, do osiągnięcia
których ustawowo

zobowiązana jest gmina. Jednocześnie zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 k.c. sposób wyegzekwowania od wykonawcy wypełnienia tego zobowiązania. W świetle orzecznictwa KIO gmina ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyclingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług (wyrok WSA z 17 lutego 2022 r. II SA/Gl 1326/21, wyroki KIO z 29.11.2012 r. KIO 2544/12 i z 29.05.2013 r. KIO 1125/13).

Należy podkreślić, że Gmina jest zobowiązana podejmować takie działania aby w sposób rzetelny i gospodarny wydatkować środki publiczne. Gmina ma obowiązek zorganizować przetarg na realizację usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zatem ustawodawca przyjął, że realizacja obowiązku odbioru i zagospodarowania odpadów zostaje zlecona podmiotowi wyłonionemu w drodze przetargu. Zdaniem Zamawiającego umowa o zamówienie publiczne powinna w tym przypadku przewidywać mechanizm pozwalający na weryfikację tego, czy całość zamówienia została wykonana tak, by osiągnąć zamierzone poziomy recyklingu.

Osiąganie określonych poziomów recyklingu nie jest zadaniem, lecz miernikiem rezultatu. Zadaniem gminy jest stworzenie na swoim terenie takiego systemu gospodarki odpadami, który umożliwi osiągnięcie poziomów recyklingu na zakładanym poziomie. Zadanie gminy nie polega w istocie na osiąganiu poziomów recyklingu, lecz na zbudowaniu systemu, który jest środkiem do tego celu. Elementami systemu gminnego są gmina jako organizator, mieszkańcy, lokalne prawo, rozwiązania organizacyjne i techniczne oraz szczególnie podmiot, któremu powierzono zadanie odbierania i gospodarowania odpadami. To łączne działanie tych elementów, stopień ich dopasowania i koordynacji mają kluczowe znaczenie dla osiągnięcia rezultatu, tj. poziomów recyklingu.

Prawidłowa realizacja w/w usługi ma bezpośredni i znaczący wpływ na wypełnienie obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku. Osiągniecie zakładanego poziomu recyklingu w danym roku zależy więc od należytej realizacji obowiązków przez wybranego wykonawcę. Mając na uwadze powyższe, zamawiający ma prawo oczekiwać, że wykonawca zrealizuje umowę w taki sposób, że przewidywane na dany rok poziomy recyklingu zostaną osiągnięte

Brak obwarowania prawidłowego wykonania usługi karami umownymi byłoby poważnym narażeniem środków publicznych.

Mając na względzie przedstawione wyżej argumenty Zamawiający stwierdza, że nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art.554 PZP.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i dlatego wnoszę jak na wstępie.

Odpis odpowiedzi na odwołanie został przesłany w formie elektronicznej Odwołującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Miejską Słupca pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Słupca” (znak sprawy: RIM.271.11.2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 13.10.2023 r. pod numerem 2023/S 198-616571).

Odwołanie dotyczy treści dokumentów zamówienia.

Sformułowano następujące zarzuty naruszenia pzp w związku z k.c. oraz u.c.p.g.:

1) art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności

mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych;

2) art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad i sposobu przekazania wykonawcy nieruchomości położnej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych;

3) art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 7 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany średniej hurtowej ceny paliwa ON EKODIESEL o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert, a także przez ograniczenie możliwości waloryzacji przez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;

4) art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 353^1 k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. przez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję.

Podnosząc powyższe zarzuty, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy - tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

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

Termin wniesienia odwołania został zachowany, w myśl art. 515 ust. 2 pkt 1 p.z.p. W przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE w dniu 13.10.2023 r. pod numerem 2023/S 198-616571, a odwołanie wniesiono 23.10.2023 roku.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest zainteresowany złożeniem oferty. Działania Zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy sformułował treść specyfikacji warunków zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że odwołanie mające na celu doprowadzenie zapisów SWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa wyczerpuje przesłanki określone w art. 505 ust. 1 p.z.p. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony

prawnej.

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 p.z.p. została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedłożył potwierdzenie dokonania przelewu.

Izba w związku z art.528 i 530 pzp skierowała sprawę na rozprawę, celem rozpoznania zarzutów i rozstrzygnięciu o żądaniach

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) na podstawie złożonego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak również wniosków dowodowych złożonych przy pismach jak i na rozprawie oraz przedstawionych wyjaśnień i oświadczeń w toku postępowania odwoławczego, w tym cofnięcia na posiedzeniu zarzutu dotyczącego harmonogramu do oferty w zakresie częstotliwości odbioru odpadów z budynków wielorodzinnych (zarzut - w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny) oraz uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania odwoławczego złożoną przez zamawiającego, **uwzględniła odwołanie.** Izba uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu dostosowanie postanowień dokumentów postępowania w tym postanowień umów do żądań odwołania, przez doprecyzowanie zapisów SOPZ dotyczących zasad i sposobu przekazania wykonawcy nieruchomości położnej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 przez dookreślenie możliwych form wykorzystania przedmiotowej nieruchomości, zasad jej udostępnienia, w tym odpłatności; modyfikację § 7 projektu umowy w sposób uwzględniający: możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu cen także innych kosztów realizacji usługi niż tylko cena paliwa ON, w szczególności kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której przekazywane będą odpady oraz kosztów pracy, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że wniosek o dokonanie zmiany wynagrodzenia będzie możliwy w sytuacji wzrostu tych kosztów o więcej niż 7 **%** w stosunku do cen obowiązujących w dniu składania ofert; dopuszczenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 6 miesiącach od dnia podpisania umowy i kolejnych waloryzacji w okresach 6-miesięcznych; modyfikację postanowień SOPZ i projektu umowy przez wykreślenie obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz postanowień dotyczących kary umownej za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu.

W toku postępowania odwoławczego, odwołujący udowodnił naruszenie zasad przejrzystości, zasady uczciwej konkurencji, a także zasady efektywności udzielenia zamówień publicznych, w zakwestionowanych postanowieniach dokumentacji postępowania.

Zgodnie z postanowieniem SWZ Wykonawca do oferty dołączy wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Odwołujący wnosi o: nakazanie wykreślenia SOPZ obligującego do dołączenia wstępnego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wraz z ofertą.

Zamawiający po wniesieniu odwołania w dniu 31 października 2023 r. uznał za uzasadnione wprowadzenie dodatkowych zmian w SWZ. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art.99 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 16 i art.17 ust.1 p.z.p. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnośnie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej (pkt 4.1.1.4. A.lit.b) oraz pkt 4.1.2.1.5.A lit.b) SOPZ). Z uwagi na zgłoszone w tym zakresie wątpliwości uszczegółowiono zapisy SWZ - zmiana SWZ z dnia 6.11.2023r. Jeśli chodzi o zobowiązanie dotyczące przedstawienia wstępnego harmonogramu sporządzonego na podstawie dostępnych danych i przedstawienia go łącznie z ofertą, to celem tego obowiązku było przedstawienie przez Wykonawcę, w jaki sposób zamierza zorganizować system odbioru i zbierania odpadów na terenie miasta. Z uwagi na zgłoszone w tym zakresie wątpliwości usunięto ten zapis ze SWZ - zmiana SWZ z 6.11.2023r.

W powyższym stanie rzeczy **zarzut nr 1, odwołujący cofnął na posiedzeniu Izby.**

W pozostałym zakresie Izba uwzględniła odwołanie przyjmując argumentację odwołującego jak za własną i tak w szczególności.

Co do zarzutu nr 2

2) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położnej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych.

W punkcie 4.2.1. SOPZ Zamawiający przewidział, że w formie odrębnej umowy przekaże Wykonawcy nieruchomość lub jej część, której jest właścicielem, położoną w Słupcy ul. Wspólna 8 z przeznaczeniem na Bazę Transportową z zastrzeżeniem prowadzenia na tym terenie przez Gminę Miejską Słupca PSZOK dla mieszkańców miasta Słupca i gminy Słupca.

Powyższy zapis jest bardzo enigmatyczny. Zasadniczo Wykonawcy nie mają wiedzy, w jakiej formie i na jakich zasadach zostanie przekazany ten teren, w szczególności czy udostępnienie tego terenu odbędzie się bezpłatnie, czy też będzie się wiązać z podniesieniem dodatkowych kosztów - jeśli tak to w jakiej wysokości. Jednocześnie Zamawiający nie określił dopuszczalnych sposobów wykorzystania tego terenu przez wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia. Nie określono, czy Wykonawca ma możliwość wykorzystania przedmiotowej nieruchomości wyłącznie na cele realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, czy również dla celów innych zleceń. Nie jest jasne, czy Zamawiający dopuści możliwość wystąpienia przez wykonawcę do właściwego organu z wnioskiem o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie przedmiotowej nieruchomości. Możliwość utworzenia na tej nieruchomości stacji przeładunkowej ma natomiast istotne znaczenie dla wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia, gdyż pozwala na dokonanie optymalizacji kosztów transportu odpadów do instalacji.

Forma udostępnienia przedmiotowego terenu również ma znaczenie, gdyż aby utworzyć tam stację przeładunkową, konieczne jest dysponowanie terenem na podstawie umowy zawartej w formie aktu notarialnego. Zgodnie z art. 41b ust. 2 ustawy o odpadach ustanowienie użytkowania nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, wymaga złożenia oświadczenia w formie aktu notarialnego również przez użytkownika. W oświadczeniu wskazuje się masę i rodzaje odpadów, które mogą być zbierane lub przetwarzane w okresie roku na nieruchomości będącej przedmiotem użytkowania. Z kolei w myśl art. 41b ust. 3 ustawy o odpadach umowa dzierżawy nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, wymaga zawarcia w formie aktu notarialnego. W umowie wskazuje się masę i rodzaje odpadów, które mogą być zbierane lub przetwarzane w okresie roku na tej nieruchomości.

Stanowisko zamawiającego w tym zakresie (odpowiedź na odwołanie).Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położonej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 na terenie której prowadzony jest PSZOK dla mieszkańców Gminy Miejskiej Słupca i Gminy Słupca, z uwagi na udzielone przez Zamawiającego w dniu 31 października 2023 r. wyjaśnienia do złożonych zapytań stały się bezprzedmiotowe. Dodatkowo należy podkreślić, że zarówno z treści SWZ jak i załączników do niej tj. SOPZ i projektu umowy oraz wyjaśnień do zgłoszonych zapytań wynika jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Słupca i w tym celu nastąpi przekazanie nieruchomości na której mieści się PSZOK z przeznaczeniem na Bazę Transportową, wyłącznie w celu realizacji niniejszego zamówienia. Gdyby Zamawiający zamierzał dopuścić wykorzystanie przedmiotowej nieruchomości na inne cele niż realizacja niniejszego zamówienia to wskazałby na to w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył na rozprawie następujące wyjaśnienia.

Odnośnie zarzutu nr 2 dotyczącego zasad i prośby przekazania wykonawcy nieruchomości położonej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny i na tę okoliczność żądanie odwołującego sprawdza się do treści zawartej na str. 7 odwołania. Na tę okoliczność składa dowód udostępniony na żądanie odwołującego od zamawiającego w postaci umowy użyczenia nr 60/2013 wraz z zawartymi kolejnymi aneksami nr 1-5. Z odpowiedzi na pytanie nr 7 udzielonej 31 października 2023 roku, którą przedłożył odwołujący wynika, że obowiązkiem wykonawcy jest zawarcie umowy użyczenia. Odwołujący zwraca uwagę, że w udzielonej odpowiedzi zamawiający wskazał działki 2273/4 2274/5 2272, odwołujący zinwentaryzował te działki: jest to teren w części ogrodzony i jest tam prawo służebności gruntowej przejazdu dla właściciela nieruchomości przyległej działki nieposiadającej własnego dojazdu do drogi publicznej oraz są

tam budynki biurowe zamawiającego, wiaty magazynowe oraz PSZOK, który to według wyjaśnień zamawiającego będzie zajmował powierzchnię niedookreśloną. Odwołujący na podstawie umów użyczenia ustalił, że przedmiotem użyczenia była powierzchnia 0,6134 m^2. Cała powierzchnia tych działek 2273/4 1962 m^2 (budynek administracyjny, wiata i budynki magazynowo garażowe), 2274/5 99 m^2 (droga wewnętrzna), 2272 4072 m^2. Z umowy wynika, że koszty odwołujący będzie ponosił w całości bądź w części (odpowiedź nr 7). Według wiedzy odwołującego mogą być to koszty podatku od nieruchomości, prądu i innych mediów, od lokalu użytkowego, ubezpieczenie. Reasumując ten zarzut podtrzymuje żądnie, ponieważ nie wie jaki % wskazanych działek zostanie mu udostępniony i jakie będą z tego tytułu koszty, i w związku z tym brak odwołującemu podstaw do kalkulacji (protokół z rozprawy).

Izba uznaje za zasadną powyższą argumentację i poniższe żądanie odwołującego:

- nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania zapisów SOPZ dotyczących zasad i sposobu przekazania Wykonawcy nieruchomości położnej w Słupcy przy ul. Wspólnej 8 poprzez dookreślenie możliwych form wykorzystania przedmiotowej nieruchomości, zasad jej udostępnienia, w tym kwestii odpłatności.

Co do zarzutu nr 3.

3) Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353.1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 7 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany średniej hurtowej ceny paliwa ON EKODIESEL o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert a także przez ograniczenie możliwości waloryzacji przez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. .

Odwołujący w powyższy sposób argumentował co do zasady zarzut odnoszący się do waloryzacji wynagrodzenia.

Zasady zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia określone zostały w § 7 umowy, który ma następującą treść: § 7 Waloryzacja wynagrodzenia:1. Wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, na zasadach określonych w niniejszym paragrafie. 2. Pierwsza zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy (rozumiana jako złożenie wniosku o zmianę) może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji Umowy. 3. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie. 4. Strona Umowy żądająca zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, może przedstawić drugiej Stronie odpowiednio uzasadniony wniosek, nie później niż do 30 dnia od daty zwiększenia kosztów ponad minimum wskazane w ust. 3, zawierający dokładny opis proponowanej zmiany wraz ze szczegółową kalkulacją kosztów oraz zasadami sporządzenia takiej kalkulacji. 5. Wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony, jeśli od dnia, w którym upływa 12 miesięcy od momentu zawarcia umowy, średnia cena hurtowa paliwa ON EKODIESEL za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zmiany wg oficjalnych danych PKN Orlen ulegnie zmianie o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert (spadek o więcej niż 30% lub wzrost o 30%). 6. Zmiana może obejmować cenę jednostkową określoną w § 6 ust. 1 obowiązującą w danym miesiącu w zakresie stanowiącym różnicę między wartością zmiany obliczoną zgodnie z ust. 5 i poziomem 30% (odpowiednio w liczbach dodatnich lub ujemnych jako wzrost lub spadek). 7. Wniosek musi zawierać dowody jednoznacznie wskazujące wpływ zmiany, o której mowa w ust. 5 na koszty wykonania zamówienia oraz ceny jednostkowe. 8. Strona, której przedłożono wniosek, w terminie 30 dni od otrzymania kompletnego wniosku, zajmie pisemne stanowisko w sprawie; za dzień przekazania stanowiska, uznaje się dzień jego wysłania na adres właściwy dla doręczeń pism odpowiednio do Zamawiającego lub Wykonawcy, 9. Jeżeli bezsprzecznie zostanie wykazane, że zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Strony zawrą stosowny aneks do Umowy, określający nową wysokość wynagrodzenia Wykonawcy. 10. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy. 11. Zamawiający określa maksymalną, dopuszczalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy na poziomie 20% wartości

cen jednostkowej określonej w § 6 ust. 1 Umowy oraz 5 % maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy należnego na podstawie niniejszej umowy.

W powyższy sposób zamawiający uregulował waloryzację wynagrodzenia. Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie uznał zarzut za bezzasadny i zaznaczył w szczególności:

Zamawiający konstruując klauzulę waloryzacyjną w §7 projektu umowy uwzględnił wszystkie przewidziane art. 439 ust.2 p.z.p. elementy. Zamawiający przyjął, iż wzrost cen paliwa w aktualnej sytuacji ekonomicznej jest tym elementem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, który ma bardzo istotny wpływ na wzrost kosztów tej usługi. Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że najbardziej kosztotwórczym elementem są koszty zagospodarowania odpadów w instalacji oraz koszty zatrudnienia pracowników.

Dokonana przez Zamawiającego analiza wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji do której wykonawca będzie miał obowiązek przekazywać odpady wykazała, że cena odpadów niesegregowanych w latach 2021-2024, które stanowią około 50% wszystkich odpadów pochodzących z terenu Gminy Miejskiej Słupca pozostaje od 2020 r. na tym samym poziomie i nie jest planowany jej wzrost w 2024 r. Podobnie cena za zagospodarowanie odpadów frakcji - papier, tworzywa sztuczne czy szkło od 2022 r. nie uległa zmianie i nie jest planowana jej zmiana. Planowany natomiast w 2024 r. wzrost ceny za zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji jest na poziomie 26,8% przy czym odpady te stanowią średnio ok. 20% odpadów przekazywanych z terenu Gminy Miejskiej Słupca, a planowany w 2024 r. wzrost ceny za zagospodarowanie popiołu wynosi 16,7%, przy czym ilość tych odpadów przekazywanych z terenu Gminy Miejskiej Słupca ulega sukcesywnemu zmniejszeniu , co jest efektem wymiany źródeł ciepła na ekologiczne. Reasumując planowany wzrost ceny za zagospodarowanie odpadów biodegradowalnych oraz za zagospodarowanie popiołów, przy malejącej ilości popiołów do zagospodarowania, niezmieniona cena za zagospodarowanie odpadów zmieszanych i odpadów zbieranych selektywnie (papier, plastik i szkło) oraz zmniejszająca się z roku na rok masa odpadów przekazanych do zagospodarowania - nie powinny mieć wpływu na wzrost opłaty za 1 [Mg} przekazanych do zagospodarowania odpadów z grupy 20...
odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie. W świetle powyższego Zamawiający uznał, że wzrost cen paliwa jest właściwym elementem wpływającym na wzrost kosztów realizacji usługi. Jeśli chodzi o koszty zatrudnienia pracowników to należy zauważyć, że Zamawiający przewidział oczywiście możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia z uwagi m. in. na wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej (§17 ust.4 projektu umowy). Natomiast wprowadzenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 12 miesiącach od podpisania umowy jest uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia, gdyż każda waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy spowoduje automatycznie konieczność wprowadzenia zmiany wysokości opłaty za zagospodarowanie odpadów, którą ponoszą mieszkańcy miasta. Dodatkowo należy zauważyć, że przepisy prawa nie wprowadziły obowiązku wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia po 6 miesiącach.

Z uwagi na powyższe w opinii Zamawiającego zawarta w projekcie umowy klauzula waloryzacyjna została sporządzona prawidłowo i nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z argumentacją zamawiającego, który troszczy się przede wszystkim o interes wytwórców odpadów oraz o potencjalnych podwykonawców. Swoje stanowisko opiera o plany, które z inflacją nie mają za wiele wspólnego. Odwołujący prezentuje bardziej ekonomiczny pogląd w zakresie waloryzacji oczekując szybszej reakcji na zmiany podstaw waloryzacji, a w konsekwencji ustalenie cen wyjściowych na poziomie realnych kosztów i konkurencyjnych, w sytuacji uwzględniania zmian na rynku cen, zgodnie z prognoza inflacyjną NBP, a co w ogólnym rozliczeniu zmniejszy, a nie zwiększy koszty usługi. Również należy zgodzić się z argumentacją, że tak trudne fizycznie prace nie będą wykonywać pracownicy na poziomie minimalnego wynagrodzenia

Słusznie odwołujący zaznaczył, że sformułowana klauzula waloryzacyjna nie pozwala na dokonanie zmiany wynagrodzenia w sytuacji wzrostu innych niż paliwo kosztów realizacji usługi, co pozostaje nie do pogodzenia z istotą przepisu art. 439 ust. 1 p.z.p. Również poziom wzrostu cen paliwa umożliwiający wzrost wynagrodzenia określony został na rażąco wysokim poziomie t.j. 30 procent.

W zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia z niemożnością zastosowania klauzuli waloryzacyjnej co do kluczowej części zamówienia obejmującej zagospodarowanie odpadów. Wskazać należy, że najbardziej kosztotwórczym elementem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nie jest koszt paliwa, lecz koszt zagospodarowania odpadów w instalacji. Co więcej, dokonanie waloryzacji wynagrodzenia jest wyłączone także w sytuacji wzrostu innych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że kolejnym istotnym czynnikiem kosztotwórczym w przypadku świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są koszty zatrudnienia pracowników.

Konieczne jest także określenie poziomu zmiany cen uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na poziomie odpowiadającym spodziewanym w okresie realizacji zamówienia wzrostom, tak aby dokonanie waloryzacji wynagrodzenia miało realny charakter. W ocenie Odwołującego możliwość dokonania waloryzacji w sytuacji gdy mamy do czynienia ze wzrostem kosztów aż o 30% nie odpowiada wymaganiom ustawy, gdyż znacząco odbiega od spodziewanego poziomu inflacji. Projekcja NBP co do inflacji w roku 2024 wynosi 5,2%, a w roku 2025 3,6%. Inne scenariusze średniorocznej inflacji CPI w 2024 r. znajdują się w granicach między 4,8 % a 8,1 %, a w 2025 r. - między 3,1 % a 6,7 %.

W świetle powyższego, **Izba uznaje**, że formułując klauzulę waloryzacyjną zamawiający zobligowany jest uwzględnić specyfikę danego zamówienia, w szczególności to, jakie materiały lub koszty będą kluczowe na etapie realizacji zamówienia lub ceny jakich materiałów oraz jakie koszty podlegają zmianom i w konsekwencji będą wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy.

Należy zwrócić uwagę, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie - leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku, z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę ofertową wszelkie ryzyka związane ze wzrostem kosztów realizacji usługi. Tym samym Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu się one zaktualizują na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zaś Zamawiający przewidzi w projekcie umowy klauzulę waloryzacyjną dostosowaną do warunków realizacji przedmiotowego zamówienia, Zamawiający poniesie wyłącznie realne koszty. Tezę tą potwierdzają także głosy doktryny: „co może mniej oczywiste - stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu.” Zob. M. Jaworska (red.), Komentarz do art. 439 Prawa Zamówień Publicznych, Legalis.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 7 projektu umowy w sposób uwzględniający:

- możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu cen także innych kosztów realizacji usługi niż tylko cena paliwa ON, w szczególności kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której przekazywane będą odpady oraz kosztów pracy, z jednoczesnym zastrzeżeniem, ze wniosek o dokonanie zmiany wynagrodzenia będzie możliwy w sytuacji wzrostu tych kosztów o więcej niż 7 % w stosunku do cen obowiązujących w dniu składania ofert;

- dopuszczenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 6 miesiącach od dnia podpisania umowy i kolejnych waloryzacji w okresach 6-miesięcznych.

Co do zarzutu nr 4

4) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 353.1 k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. przez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję,

Zgodnie z pkt 4.6.21. SOPZ Wykonawca w okresie obowiązywania umowy zobowiązany jest do osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, wielomateriałowych i szkła oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych w wysokości określonej w obowiązujących przepisach.

W § 16 ust. 1 pkt 10 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ Zamawiający przewidział karę umowną za nieosiągnięcie obowiązującego danym roku kalendarzowym poziomu recyklingu w wysokości 5 000 zł za każdy 1% brakujący do osiągnięcia wymaganego poziomu recykling.

Zgodnie z przepisem art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

1) (...)

4) 45% wagowo - zarok 2024;

5) 55% wagowo – za rok 2025.

Zgodnie z pkt 4.6.24. SOPZ Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, odpadów komunalnych zebranych w PSZOK w Słupcy ul. Wspólna 8 oraz odpadów komunalnych zebranych z miejskich koszy ulicznych i z terenów publicznych Miasta zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2019 - 2025 wraz z planem inwestycyjnym /uchwała Nr XXII/405/20 Sejmiku Województwa Wielkopolskiego z 28 września 2020r./, zasadami gospodarki odpadami określonymi w ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach /tj. Dz. U. z 2023 r., poz.1587 ze zm./, ustawie z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach /tj. Dz. U. z 2023r. poz. 1469 ze zm./ uwzględniając zapisy Uchwały Rady Miasta Słupcy Nr VIII/46/11z dnia 2 czerwca 2011 r. w sprawie przystąpienia Miasta Słupcy jako Wspólnika do spółki prawa handlowego Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi (MZGOK) spółka z o.o. w Koninie ul. Sulańska 13 oraz uchwały Nr XV/88/11 Rady Miasta Słupcy z dnia 22 grudnia 2011r. w sprawie powierzenia Spółce pod firmą: Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie świadczenia usługi publicznej na rzecz Miasta w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi polegającej na odzysku i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych na instalacjach będących w posiadaniu MZGOK oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Miasto Słupca umowy wykonawczej na świadczenie usług w zakresie unieszkodliwiania odpadów komunalnych dla realizacji projektu pn.: „Uporządkowanie gospodarki odpadami na terenie subregionu konińskiego”.

W ocenie Izbyodwołujący słusznie podniósł, że w warunkach niniejszego zamówienia wykonawca ma niezwykle ograniczony zakres działań, które może podjąć, a które mają lub mogą mieć wpływ na osiągnięcie wymaganych poziomów odzysku i recyklingu. Najistotniejszym z tych czynników jest możliwość przekazania odpadów komunalnych zebranych selektywnie do doczyszczania w sortowni. W pozostałym zakresie działania wykonawcy realizującego przedmiotową usługę są istotnie ograniczone, gdyż wykonawca nie ma wpływu na wybór instalacji, do których zostaną przekazane odpady w celu zagospodarowania.

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku gdy około 50 % strumienia odpadów komunalnych z terenu gminy to odpady zmieszane na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, tj. 45 % w 2024 r. i 55% w 2024 r. jest niemożliwe do zrealizowania. Podkreślenia wymaga, że w odpadach selektywnie zbieranych, znajdują się wtrącenia, których nie da się poddać recyklingowi. Nie każdy rodzaj odpadów, nawet jeżeli są to odpady selektywnie gromadzone, podlega recyklingowi. Z uwagi na ograniczoną liczbę instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów w Polsce i dużą dostępność surowców na rynku, to recyklerzy dyktują warunki przyjęcia odpadów, narzucając wysokie standardy, jakim muszą odpowiadać odpady.

Odwołujący podkreśla, że osiągnięcie przez gminy zakreślonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca.

Poprzez próbę obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu, Zamawiający zmierza do przerzucenia obowiązku realizacji zadań własnych gminy w całości na podmiot trzeci, który, w oczywisty sposób nie dysponuje odpowiednimi instrumentami celem wykonania tych zadań, przerzucenia ryzyka finansowego związanego z brakiem osiągnięcia poziomów recyklingu przez gminy na taki podmiot trzeci, a w konsekwencji do pozbycia się przez gminy zarówno części zadań własnych, jak też uwolnienia się od sankcji administracyjnych w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, są to założenia i cele w oczywisty sposób sprzeczne z prawem, gdyż prowadzą do całkowitej utraty przez gminę zainteresowania podejmowaniem przez ich ograny działań w zakresie osiągania wymaganych poziomów recyklingu, m.in. działań edukacyjnych, działań propagujących należytą segregację, działań organizacyjnych i działań sankcyjnych względem mieszkańców nierealizujących obowiązku selektywnej zbiórki odpadów.

Wykonawca nie może odpowiadać w stopniu przewidzianym przez Zamawiającego za brak osiągniętych poziomów recyklingu, ponieważ ich osiągnięcie zależy od wielu czynników, które w większości przypadków są całkowicie niezależne od wykonawcy. Wykonawca nie ma żadnego wpływu ani na ilość, ani na rodzaj wytworzonych na terenie Gminy odpadów komunalnych. Równie istotne znaczenie ma okoliczność, że Wykonawca nie ma swobody wyboru instalacji, do których będzie przekazywać odpady do zagospodarowania. Ponadto należy podkreślić, że ilość surowców możliwych do poddania recyklingowi w strumieniu odpadów komunalnych może się istotnie zmniejszyć z uwagi na wprowadzenie w Polsce systemu kaucyjnego od 1 stycznia 2025 r. Do systemu kaucyjnego trafią łatwo poddające się

recyklingowi odpady - jednorazowe butelki z plastiku o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Co istotne Zamawiający będzie miał możliwość wliczenia tych odpadów do osiąganych przez Gminę poziomów. Z perspektywy wykonawcy, są to cenne surowce, które odpłyną ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Wskazać także należy na przepisy rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, które weszło w życie w dniu 4 września 2021 r. Rozporządzenie to wprowadziło nowy sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych oraz nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, który jest niekorzystny dla wykonawców.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SOPZ i projektu umowy poprzez wykreślenie obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz postanowień dotyczących kary umownej za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu.

Uwzględniając powyższą argumentację formalną i prawną oraz złożone dowody w sprawie, na poparcie przedstawionych zarzutów odwołania oraz ich uzasadnienia, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 19.451 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia i dojazdu na rozprawę pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonego spisu kosztów wraz z oświadczeniem o ich poniesieniu oraz faktury vat.

Przewodniczący: ……..……..