Sygn. akt: KIO 1056/25
KIO 1057/25
KIO 1058/25
KIO 1059/25
KIO 1060/25
KIO 1061/25
KIO 1075/25
KIO 1076/25
KIO 1077/25
KIO 1078/25
KIO 1080/25
KIO 1081/25
KIO 1082/25
KIO 1083/25
KIO 1085/25
KIO 1086/25
KIO 1087/25
KIO 1088/25
KIO 1089/25
KIO 1090/25

WYROK

Warszawa, dnia 9 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza **- w składzie:**

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Beata Konik
Agata Mikołajczyk
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2025 r. przez wykonawców:

A.ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Jaroszowie (KIO 1056/25, KIO 1057/25, KI 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25)

B.FBSerwis Zielony Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIC 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25)

C.Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 1081/25, KIO 1083/25)

D.Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (KIO 1085/25, KIC 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/25)

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale:

A.wykonawcy FBSerwis Zielony Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25, KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/25 p stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25 po stronie zamawiającego,

B.przy udziale wykonawcy ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Jaroszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1081/25, KIO 1083/25, KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/25 po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25 oraz KIO 1082/25 po stroni zamawiającego

C.przy udziale wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25,

KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25, KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/25 po stronie odwołującego

D.przy udziale wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25 po stronie odwołującego

E.przy udziale wykonawcy PreZero Service Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Kiełczu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/25 po stronie odwołującego

orzeka:

KIO 1056/25
KIO 1057/25
KIO 1058/25
KIO 1059/25
KIO 1060/25
KIO 1061/25

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniach nr 2, 3, 4a, 4b, 4e, 4h oraz 5 („w zakresie kar za nieosiągnięcie poziomów").

2.Uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów nr 4d i częściowo zarzutów nr 5 („w zakresie kar za brak dochowania parametrów usługi deklarowanych w kryteriach oceny ofert") i nakazuje zamawiającemu:

2.1modyfikację opisu przedmiotu zamówienia przez wprowadzenie obowiązkowego udziału zamawiającego w uzgodnieniach między wykonawcą i właścicielem nieruchomości dotyczących innego miejsca, z którego wykonawca będzie odbierał odpady, w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO oraz wyłączenie obowiązku wykonawcy co do odbioru odpadów w sytuacji, gdy mimo dołożenia przez niego należytej staranności w ustaleniu innego miejsca odbioru odpadów, właściciel nieruchomości nie podjął żadnych działań w celu wyznaczenia tymczasowego MGO;

2.2zmianę sposobu ustalenia kary za przekroczenie przez wykonawcę zadeklarowanego w ofercie poziomu ograniczenia składowania odpadów przez uzależnienie wysokości kary od stopnia niespełnienia zadeklarowanego poziomu.

3.Oddala odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

4.Kosztami postepowania obciąża odwołującego w części 2/3 oraz zamawiającego w części 1/3 i:

4.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od odwołań, kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 814 zł 80 gr (słownie: osiemset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

4.2.Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 22 257 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

KIO 1076/25
KIO 1076/25
KIO 1077/25
KIO 1078/25
KIO 1080/25
KIO 1082/25

5.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniach nr 1 oraz 2b.

6.Uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniach nr 2a (w części), nr 3 (w części) oraz nr 4 (w części) i nakazuje zamawiającemu:

6.1wydłużenie okresu, w którym wykonawca będzie zobowiązany do wyposażenia właścicieli nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów, o 1 (jeden) miesiąc;

6.2wprowadzenie wyraźnego rozgraniczenia:

a)między sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) projektu umowy, a sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) projektu umowy,

b)między sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) projektu umowy, a sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) projektu umowy,

c)między sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) projektu umowy, a sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) projektu umowy,

d)między sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) projektu umowy, a sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. c) projektu umowy,

6.3 dostosowanie sposobu ustalenia kary umownej za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności zamawiającego za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów,

6.4modyfikację sposobu ustalania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - poprzez obniżenie wartości sumy miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy: w przypadku wartości 6% do poziomu co najmniej 4,5%, natomiast w przypadku wartości 4,5% do poziomu co najmniej 3%.

7.Oddala odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

8.Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 2/5 oraz zamawiającego w części 3/5 i:

8.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od odwołań, kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 814 zł 80 gr (słownie: osiemset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

8.2.Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 57 995 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy).

KIO 1081/25
KIO 1083/25

9.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniach nr 7, 8 oraz 10.

10.Uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniach nr 1, 5 (w części), 12 (w części) oraz 13 (w części) i nakazuje zamawiającemu:

10.1zmianę wymagania w zakresie obowiązku wykonawcy osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz sposobu ustalenia kary umownej za nieosiągnięcie tego poziomu – przez dostosowanie tego wymagania oraz kary do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności zamawiającego za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów,

10.2zmianę sposobu ustalenia kary za przekroczenie przez wykonawcę zadeklarowanego w ofercie poziomu ograniczenia składowania odpadów przez uzależnienie wysokości kary od stopnia niespełnienia zadeklarowanego poziomu.

10.3jednoznaczne sprecyzowanie, czy odpady mają zostać w celu zważenia wyładowane na terenie bazy magazynowej – transportowej wykonawcy bez wyjazdu pojazdu z odpadami poza teren bazy,

10.4modyfikację sposobu ustalania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – przez obniżenie wartości sumy miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy: w przypadku wartości 6% do poziomu co najmniej 4,5%,

natomiast w przypadku wartości 4,5% do poziomu co najmniej 3%.

11. Oddala odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

12. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 7/10 oraz zamawiającego w części 3/10 i:

12.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od odwołań, kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 6 247 zł 08 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście czterdzieści siedem złotych osiem groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 271 zł 60 gr (słownie: dwieście siedemdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

12.2. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 804 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset cztery złote zero groszy).

KIO 1085/25
KIO 1086/25
KIO 1087/25
KIO 1088/25
KIO 1089/25
KIO 1090/25

13. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniach nr 4, 7, 8 oraz 12.

14. Uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniach nr 1 oraz 5 (w części) i nakazuje zamawiającemu:

14.1 dostosowanie sposobu ustalenia kary umownej za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności zamawiającego za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów,

14.2 modyfikację sposobu ustalania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - przez obniżenie wartości sumy miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy: w przypadku wartości 6% do poziomu co najmniej 4,5%, natomiast w przypadku wartości 4,5% do poziomu co najmniej 3%.

15. Oddala odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

16. Kosztami obciąża odwołującego w części 7/9 oraz zamawiającego w części 2/9 i:

16.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od odwołań, kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 7 892 zł 22 gr (siedem tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia dwa grosze) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 814 zł 80 gr (słownie: osiemset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

16.2. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 121 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy sto dwadzieścia jeden złotych zero groszy).

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

Przewodnicząca:…….
…….
…….

Sygn. akt: KIO 1056/25
KIO 1057/25
KIO 1058/25
KIO 1059/25

KIO 1060/25
KIO 1061/25
KIO 1075/25
KIO 1076/25
KIO 1077/25
KIO 1078/25
KIO 1080/25
KIO 1081/25
KIO 1082/25
KIO 1083/25
KIO 1085/25
KIO 1086/25
KIO 1087/25
KIO 1088/25
KIO 1089/25
KIO 1090/25

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, (dalej: „Zamawiający"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postanowienia o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

1)„Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 1", znak: 46/2024; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2025 r. pod numerem: 158240-2025;

2)„Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 2", znak: 47/2024; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2025 r. pod numerem: 156120-2025;

3)„Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 3", znak: 48/2024; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2025 r. pod numerem: 156767-2025;

4)„Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 4", znak: 49/2024; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2025 r. pod numerem: 157226-2025;

5)„Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 5", znak: 50/2024; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2025 r. pod numerem: 157783-2025;

6)„Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 6", znak: 51/2024; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2025 r. pod numerem: 158313-2025.

W dniu 21 marca 2025 r. do Prezesa Izby wpłynęły następujące odwołania wobec treści dokumentów zamówienia:

A.wykonawcy ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Jaroszowie (dalej jako: „Odwołujący Eneris" lub „Odwołujący") dotyczące:

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 1", znak: 46/2024 (KIO 1056/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 2", znak: 47/2024 (KIO 1057/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 3", znak: 48/2024 (KIO 1058/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 4", znak: 49/2024 (KIO1059/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu

Gminy Wrocław w obrębie sektora 5”, znak: 50/2024 (KIO 1060/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 6”, znak: 51/2024 (KIO 1061/25);

B.wykonawcy FBSerwis Zielony Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej jako: „Odwołujący FBSerwis” lub „Odwołujący”) dotyczące:

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 1”, znak: 46/2024 (KIO 1075/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 2”, znak: 47/2024 (KIO 1076/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 3”, znak: 48/2024 (KIO 1077/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 4”, znak: 49/2024 (KIO 1078/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 5”, znak: 50/2024 (KIO 1080/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 6”, znak: 51/2024 (KIO 1082/25);

C.wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „Odwołujący Alba” lub „Odwołujący”) dotyczące:

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 4”, znak: 49/2024 (KIO 1081/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 5”, znak: 50/2024 (KIO 1083/25);

D.oraz wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „Odwołujący Chemeko” lub „Odwołujący”) dotyczące:

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 1”, znak: 46/2024 (KIO 1085/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 2”, znak: 47/2024 (KIO 1086/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 3”, znak: 48/2024 (KIO 1087/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 4”, znak: 49/2024 (KIO 1088/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 5”, znak: 50/2024 (KIO 1089/25),

–postępowania pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 6”, znak: 51/2024 (KIO 1090/25).

KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25

Odwołujący Eneris zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, w tym przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1. art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy opisanego w Rozdziale IV ppkt 1.2.2.1 SWZ w brzmieniu*„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta; każde wykonane zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały*

przez co najmniej 50 000 mieszkańców), gdzie odebrał łącznie co najmniej 30 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

2. art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 115 pkt 2 ustawy Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej opisanego w Rozdziale IV ppkt 1.2.4.2 SWZ w brzmieniu:*„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada wskaźnik płynności szybkiej za ostatni zakończony rok obrotowy (lub stan aktualniejszy względem daty złożenia oferty) ma wartość większą niż 1,0"* w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

3. art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 115 ustawy Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej opisanego w Rozdziale IV ppkt 1.2.4.4 SWZ w brzmieniu:*„nie posiada zobowiązań pieniężnych, względem których opóźnienie w wykonaniu przekracza trzy miesiące"* w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

4. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję:

   a. określenie obowiązku dostarczenia pojemników o pojemności 0,06 m^3, 0,08 m^3 wyposażonych w kratki odciekowe, podczas gdy na rynku nie ma takich pojemników,

   b. określenie terminów mycia pojemników w taki sposób, który uniemożliwia wykonanie tego obowiązku z uwagi na warunki pogodowe w szczególności częste występowanie temperatur ujemnych,

   c. obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za właściwy stan techniczny i sanitarny udostępnionych pojemników naziemnych, nawet w okolicznościach, gdy uszkodzenia lub zabrudzenia są zupełnie niezależne od wykonawcy oraz w sytuacji, gdy pojemniki te zgodnie z instrukcją mogą być myte tylko poprzez określone wymagane przez producenta urządzenia myjące, które pozostają w dyspozycji podmiotów związanych z ich producentem,

   d. obarczenie Wykonawcy odpowiedzialnością za ustalenie tymczasowego MGO z właścicielem nieruchomości w razie niemożności odebrania odpadów z dotychczasowego MGO oraz odpowiedzialnością za brak współdziałania ze strony właściciela co w efekcie prowadzi do braku możliwości dokonania odbioru odpadów i konieczność zapłaty kar umownych,

   e. określenie obowiązku zintegrowania systemu wagowego na dwóch pojazdach bezpylnych z systemem identyfikacji pojemników z wykorzystaniem RFID UHF oraz systemem monitoringu wizyjnego poprzez generowanie zdarzeń/znaczników oraz danych z ważeń przyporządkowanych do zdarzeń, co wymusza zastosowanie określonej (niestosowanej w przypadku systemów odbierania odpadów) częstotliwości pasma przez co innej technologii niż stosowana w pozostałych pojazdach,

   f. określenie obowiązku tworzenia i przekazywania Raportów w oparciu o dane z wagi statycznej niezdatnej do właściwego ważenia pojemników,

   g. określenie obowiązku tworzenia i przekazywania Raportów w oparciu o dane z wagi statycznej niezdatnej do właściwego ważenia pojemników z uwagi na jej parametry oraz sposób ważenia,

   h. określenie wymogów dotyczących automatycznego blokowania mechanizmu wrzutowego, w sytuacji gdy wymóg ten nie przystaje do innych wymagań w zakresie RFID i nie jest możliwy do wprowadzenia przy spełnieniu pozostałych założeń SWU.

5. art. 353^1 Kodeksu cywilnego (dalej: „k.c.") w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 12b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399 ze zm.), dalej jako „u.c.p.g.", poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu, w sytuacji gdy odpowiedzialność za osiągniecie poziomów recyklingu i składowania jaką ponosi Zamawiający za rok 2025 jest o połowę niższa, oraz brak uwzględnienia wszystkich czynników jakie wpływają na określenie wysokości kary dla Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ oraz załączników w sposób wskazany w

treści uzasadnienia w zakresie poszczególnych zarzutów.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał w szczególności:

W zakresie warunków udziału w postępowaniu:

Ad. 1 Warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 SWZ: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) 1.2. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące (...) 1.2.2. zdolności zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta;każde wykonane zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców), gdzie odebrał łącznie co najmniej 30 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

W związku z brakiem jednoznacznego doprecyzowania co należy rozumieć pod pojęciem „obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców" oraz „ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców", zdaniem Odwołującego Eneris nie sposób uznać warunku za odpowiadający wymaganiom ustawy Pzp, w szczególności za pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN, wydanie internetow „obszar" to:

1. «ograniczona część przestrzeni, zwykle dużych rozmiarów; też: określona powierzchnia czegoś»
2. «miejsce występowania, zasięgu czegoś»
3. «dziedzina jakiejś działalności»
4. «w matematyce: zbiór otwarty i spójny»

Powstaje zatem pytanie o to jak należy rozumieć pojęcie „obszar" w kontekście warunku udziału w postępowaniu i w jaki sposób wykonawca ma wykazać, że taki właśnie obszar obsługiwał.

W warunku określonym w punkcie 1.2.2.2. Zamawiający posłużył się pojęciem „wykonał usługę na terenie gminy zamieszkałej przez co najmniej 50 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta)". Należy zatem zakładać, że skoro w ramach jednego warunku Zamawiający wskazuje, że chodzi o „obszar gminy zamieszkałej przez", a w ramach innego, że chodzi o „obszar zamieszkany przez", należy pojęcia te rozumieć odmiennie.

W związku z tym, zdaniem Odwołującego Eneris, problematyczne może być ustalenie co należy rozmieć pod pojęciem obsługiwanego obszaru, w szczególności jeśli nie odpowiada on jednostkom dla których GUS podaje statystyki odnoszące się do liczby zamieszkującej go ludności. Wykonawca mógł obsługiwać część gminy zamieszkanej przez 50 000 mieszkańców, jednak nie może na podstawie danych GUS wykazać ile osób zamieszkiwał obsługiwany obszar. Inna sytuacja to obsługa w ramach jednej umowy dwóch gmin, których łączny obszar zamieszkuje ponad 50 000 mieszkańców, ale gminy te nie sąsiadują ze sobą (np. umowa obejmująca dwie gminy w ramach jednego związku międzygminnego).

W ww. warunku Zamawiający posłużył się sformowaniem „gdzie odebrał", co sugeruje, że wymóg odnosi do obszaru.

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN „gdzie I 1. «zaimek zastępujący określenie miejsca, w którym coś się dzieje lub znajduje, kierunku lub trasy ruchu, w zdaniach pytajnych, np. Gdzie byłeś rano?, lub w zdaniach podrzędnych będących rozwiniętym określeniem miejsca, np. Kryli się, gdzie kto mógł.»"

W odniesieniu do warunku słowo „gdzie" odnosić należy od pierwszego ze znaczeń czyli „zaimek zastępujący określenie miejsca, w którym coś się dzieje lub znajduje". W związku z tym odnosi się on do obszaru zamieszkałego przez co najmniej 50 000 mieszkańców, nie wprost do zamówienia lub zamówień. Dlatego analiza gramatyczna zdania wskazuje, że nie można wykluczyć takiego jego rozumienia, które prowadzi do wniosku, że na obszarze zamieszkanym przez 50 000 mieszkańców wykonawca odebrał łącznie 30 000 Mg odpadów.

Po trzecie, w ocenie Odwołującego Eneris, nie jest jednoznaczne, czy wykazanie spełniania warunku poprzez wykazanie

więcej niż jednego zamówienia powinno obejmować okres tych samych 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, czy też może to być dowolne 12 następujących po sobie miesięcy w okresie ostatnich 6 lat (np. wykonawca zawarł z zamawiającym umowę na odbiór odpadów w roku 2023 i kolejną umowę na odbiór odpadów w roku 2024, czy może sumować ilość odebranych odpadów z tych dwóch umów, w celu potwierdzenia spełnienia warunku, czy też sumowaniu podlega tylko ilość odpadów odebrana w ciągu tych samych 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych - czyli w ww. przykładzie tylko w roku 2023 lub tylko w 2024).

Wykonawca może wykazać spełnienie warunku przez wykazanie więcej niż jednego zamówienia „gdzie" odebrał łącznie 30 000 Mg odpadów „w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych". W związku z tym gramatyczna wykładania warunku prowadzi do wniosku, że sformułowanie „w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych" odnosi się do wymogu dotyczącego tonażu zebranych odpadów albo każdego z zamówień. Ta druga interpretacja jest możliwa z uwagi na możliwość wykazania zamówień na przestrzeni maksymalnie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert. Zatem warunek można rozumieć w ten sposób, że w okresie maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych (tych samych, np. cały rok 2024) należy wykazać, że odebrano 30 000 Mg, ale można również rozumieć go w ten sposób, że każde z zamówień musiało trwać maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, czyli suma odpadów brana pod uwagę może obejmować tylko 12 miesięcy (nie więcej). Ta druga interpretacja oznacza, że jeśli wykonawca realizował zamówienia przez okres 24 miesięcy, to musi wykazać „wybrać" 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych i tylko odpady zebrane w tym czasie może wykazać do sumy 30 000 Mg.

Ponadto, zgodnie w warunkiem, obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 osób zostanie ustalony według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta. Również ten wymóg stanowi ograniczenie konkurencji, gdyż pozwala na wykazanie spełniania warunku wyłącznie w zakresie tych obszarów, które uwzględniane są w statystykach GUS. W Roczniku Demograficznym publikowanym przez GUS, wykazane są m.in. dane dotyczące ludności w miastach w określonych latach. Wskazano w nich wszystkie miasta, jednak tylko w zakresie niektórych wskazano liczbę mieszkańców z podziałem na jednostki pomocnicze (dzielnice). Jednakże większość miast zamieszkałych przez ponad 100 000 mieszkańców nie jest podzielone na dzielnice. Np. Koszalin podzielony jest na jednostki organizacyjne w postaci 17 osiedli, które nie są uwzględniane w danych GUS. W związku z tym konieczność posłużenia się danymi GUS dodatkowo ogranicza możliwość wykazania spełniania warunku. Ponadto, danych takich nie publikuje się dla części dzielnic. Oznacza to, że jeśli wykonawca wykonywał usługę na terenie części dzielnicy, obejmującą obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 osób, również nie wykaże spełniania warunku, bo nie będzie to obszar, dla którego GUS publikuje dane.

Zamawiający formułował warunek z określoną intencją w zakresie jego rozumienia, jednak sama intencja zamawiającego nie jest wystarczająca. W kontekście badania i oceny ofert oraz ewentualnych przyszłych sporów na tle warunku wykonawca dąży do nadania treści SWZ takiego brzmienia, które będzie jednoznaczne. Podkreślenia wymaga, że biorąc pod uwagę zakres zamówienia i czas jego wykonywania oferty wykonawców oscylować będą w granicach kilkuset milionów złotych. Pozostawienie tak dużego pola interpretacji w przedmiocie tak kluczowym jak spełnianie warunku jest niedopuszczalne, z punktu widzenia interesów każdego z wykonawców.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ww. warunku w następujący sposób:

1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał gminę zamieszkałą przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta; każde wykonane zamówienie ma dotyczyć gminy zamieszkałej przez co najmniej 50 000 mieszkańców), gdzie odebrał łącznie co najmniej 30 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych (tych samych) miesięcy kalendarzowych,

Ad. 2 Warunek dotyczący „wskaźnika płynności szybkiej za ostatnio zakończony rok obrotowy" – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Ad. 3 Warunek dotyczący „braku zobowiązań pieniężnych względem których opóźnienie w wykonaniu przekracza trzy miesiące" – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Ad. 4 W zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

Ad. 4 a) W zakresie wyposażenia pojemników w kratki odciekowe – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Ad. 4 b) W zakresie terminu mycia pojemników – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte

Ad. 4 c) W zakresie pojemników naziemnych udostępnionych przez zamawiającego

Odwołujący Eneris wskazał, że zgodnie z Rozdziałem II pkt 10 lit d) SWU:

„10. W dniu rozpoczęcia świadczenia usługi przez Wykonawcę, Zamawiający udostępni Wykonawcy na okres od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi do ostatniego dnia realizacji usługi następujące liczby i rodzaje pojemników naziemnych wyposażonych w grzybek typu F90, o danych technicznych opisanych w załączniku nr 37 - „Rysunek techniczny uchwytu pojemnika" i z mechanizmem otwierania opisanym w załączniku nr 38 - „Europejski patent nr EP 1 172 308 B1", usytuowanych w Sektorze 1, tj.:

d) Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania pojemników w należytej czystości oraz w pełnej sprawności technicznej, zgodnie z Rozdziałem II, pkt 8, ppkt 1), 2), 3), 4), 8) oraz zgodnie z załącznikiem nr 41 - Instrukcja korzystania z pojemników, załącznikiem nr 42 - Karta katalogowa pojemników naziemnych i załącznikiem nr 43 - Instrukcja mycia pojemników naziemnych”.

Odwołujący Eneris wskazał, że Zamawiający dysponuje pojemnikami naziemnymi służącymi do gromadzenia odpadów komunalnych. Pojemniki zostały nabyte w ramach postępowania nr Z75/12504, znak sprawy 25/2021 pt. „Dostawa pojemników naziemnych służących do gromadzenia odpadów komunalnych z systemem pozycjonowania pojemników w jednej linii wraz z montażem”

(https://ekosystem.logintrade.net/zapytania_email,71291,bbcd3908154b270b2a064870880d9 090.html). Umowa na dostawę pojemników została podpisana z HEWEA Sp. z o.o. z siedzibą w 55-095 Byków, ul. Przemysłowa 1.

Z instrukcji obsługi zakupionych przez Zamawiającego pojemników, a w szczególności z Instrukcji mycia pojemników naziemnych stanowiącej Załącznik nr 43 do SWZ, wynika że urządzenie nazwane w instrukcji „Myjka do pojemników” jest wyprodukowane przez Nord Engineering Srl, którego wyłącznym dystrybutorem na rynek polski pod marką PRESKO jest HEWEA Sp. z o.o. z siedzibą w 55-095 Byków, ul. Przemysłowa 1.

Zamawiający wskazuje zatem na konieczność wykorzystania konkretnego narzędzia służącego do mycia pojemników naziemnych będących jego własnością. Zamawiający mógł nieintencjonalnie wskazać zatem na konkretnego dostawcę urządzenia do mycia pojemników naziemnych, czym wymusza na wykonawcy zakup lub wynajem myjki do pojemników od dostawcy zakupionych przez Zamawiającego pojemników. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zwolnienie wykonawcy z obowiązku utrzymania pojemników w czystości lub zagwarantowanie, że podmiot, który dysponuje myjką udostępni ją lub wykona usługę w terminach wskazanych w SWZ. W przeciwnym razie wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kar umownych nie mając wpływu na dostępność narzędzia koniecznego dla spełniania świadczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania, że:

„d) Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania pojemników w należytej czystości oraz w pełnej sprawności technicznej, zgodnie z Rozdziałem II, pkt 8, ppkt 1), 2), 3), 4), 8) oraz zgodnie z załącznikiem nr 41 - Instrukcja korzystania z pojemników, załącznikiem nr 42 - Karta katalogowa pojemników naziemnych i załącznikiem nr 43 - Instrukcja mycia pojemników naziemnych. Wykonawca zobowiązany jest do naprawienia pojemnika lub odszkodowania jeśli podczas wykonywania odbioru odpadów przez wykonawcę dojdzie z jego winy do uszkodzenie pojemnika, w pozostałych przypadkach w razie stwierdzenia uszkodzenia niezwłocznie zgłosić uszkodzenie Zamawiającemu; Wykonawca zwolniony jest z odpowiedzialności za brak utrzymania należytej czystości pojemnika w sytuacji, gdy mimo dochowania należytej staranności nie mógł pozyskać narzędzia, które zgodnie z instrukcją mycia pojemnika może zostać użyte.”

Ad. 4 d) W zakresie odpowiedzialności za odbiór w sytuacji braku porozumienia co do tymczasowego MGO

Odwołujący Eneris wskazał, że zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 ppkt 2) SWZ:

„4. W zakresie przeprowadzania kontroli oraz informowania Zamawiającego o utrudnieniach w odbiorze odpadów:

2) W przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO (np. remont drogi, roboty budowane), Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego Wykonawca będzie odbierał odpady objęte przedmiotem zamówienia zgodnie z zapisami umowy oraz niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o tymczasowych lokalizacjach MGO. Brak ustaleń pomiędzy Wykonawcą a właścicielem nieruchomości nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku odbioru odpadów zgodnie z umową.”

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że częstą sytuacją na terenie Gminy Wrocław jest brak woli współpracy ze strony właścicieli nieruchomości z wykonawcą. W ustaleniach wielokroć pojawia się argument, że podmiotem organizującym system zbiorki odpadów jest Gmina Wrocław. Wykonawca bez ustaleń z właścicielem nieruchomości nie ma prawa zmienić lokalizacji MGO, ponieważ nie posiada praw własnościowych do nieruchomości. W wielu przypadkach brak działań ze strony właścicieli nieruchomości skutkuje całkowitą blokadą dostępu do MGO, w związku z czym wykonawca nie ma technicznych możliwości wykonania usługi odbioru odpadów.

Jednocześnie, mimo dołożenia należytej staranności i wielokrotnych prób ustalenia innego miejsca odbierania odpadów, wykonawca nadal odpowiada za brak odbioru odpadów również w sytuacjach zupełnie od niego niezależnych, którym nie mógł zaradzić i na które nie ma wpływu. Są to sytuacje, w których odbiór odpadów, z uwagi na utrudnienia, jest zwyczajnie niemożliwy. Nie jest możliwe przetoczenie pojemników z MGO do miejsca, w które może podjechać pojazd typu śmieciarka, co obrazuje przedstawione zdjęcie wykonane przez Odwołującego (Zdjęcie nr 1 - z dnia 12.09.2023 r., MGO pod adresem: ul. Górnickiego 8, Wrocław).

W tej sytuacji to nie zaniechania wykonawcy, ale brak współdziałania ze strony właściciela nieruchomości (a w efekcie Zamawiającego, bo to z nim wykonawca zawiera umowę), prowadzi do braku możliwości odebrania odpadów. Powyższe stanowi jaskrawe naruszenie zasady płynącej z art. 431 ustawy Pzp - współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ww. postanowienia w następujący sposób:

„2) W przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO (np. remont drogi, roboty budowane), Wykonawca, przy czynnym udziale Zamawiającego, zobowiązany jest do uzgodnienia z właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego Wykonawca będzie odbierał odpady objęte przedmiotem zamówienia zgodnie z zapisami umowy. Brak ustaleń pomiędzy Wykonawcą a właścicielem nieruchomości nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku odbioru odpadów zgodnie z umową z wyłączeniem sytuacji, gdzie pomimo dołożenia należytej staranności ze strony Wykonawcy w ustaleniu innego miejsca odbioru, właściciel nieruchomości nie podejmuje żadnych działań w celu wyznaczenia tymczasowego MGO."

Ad. 4 e) W zakresie zastosowania technologii RFID UHF- – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Ad. 4 f) oraz g) W zakresie obowiązku tworzenia i przekazywania Raportów w oparciu o dane z wagi statycznej niezdatnej do właściwego ważenia pojemników

Odwołujący Eneris wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 1 ppkt 5) lit a) SWU:

„1. Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia pojazdów służących do prawidłowej obsługi Sektora, w terminie najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi, w zakresie odbioru/zbierania odpadów oraz mycia pojemników zgodnie z poniższymi warunkami: (...)

5) co najmniej dwa pojazdy bezpylne odbierające odpady z pojemników 60l-1100l lub worków muszą być dodatkowo wyposażone w wagę statyczną posiadającą legalizację Głównego Urzędu Miar w Polsce (GUM) lub innej jednostki notyfikowanej oraz posiadać możliwość przedłużenia jej na lata następne. Wymagania dotyczące wag statycznych: a) dokładność pomiaru - 10kg na całej zabudowie. System powinien rejestrować każdą zmianę wagi zabudowy podczas realizacji usługi".

Odwołujący Eneris wskazał, że Zamawiający wymaga wyposażenia dwóch pojazdów bezpylnych w statyczne, legalizowane systemy wagowe pod zabudowę o rozdzielczości pomiarowej 10 kg.

Legalizowana waga statyczna (nieautomatyczna) umieszczona pod zabudową pojazdu bezpylnego, dla wskazanej działki legalizacyjnej e=10 kg, posiada dla wartości minimalnej zakresu pomiarowego wymóg, by wynik na wskaźniku komputera wagowego był nie mniejszy niż 20 x działka legalizacyjna (20 x e), co daje wartość 200 kg. Oznacza to, że wskazania mniejsze niż 200 kg, mogą charakteryzować się odczytami z błędem większym niż wskazany przez Zamawiającego.

Zarówno rozdzielczość pomiarowa 10 kg, a zwłaszcza minimum pomiarowe od 200 kg powodują, że waga wskazanego typu i o parametrach określonych przez Zamawiającego nie ma zastosowania w przypadku pomiarów masy z pojemników od 60 do 1100 L, gdyż statystyczna masa odpadów dla wszystkich frakcji, a szczególnie frakcji lekkich, głównie w pojemnikach dwukołowych jest niższa od samej rozdzielczości 10 kg, a skrajnie niższa od wymaganego legalizacją minimum 200 kg. Oznacza to, że waga wskazuje pomiary z dokładnością do 10 kg, czyli odpowiednio 10 kg, 20 kg itd. Taka podziałka jest zupełnie niedostosowana do ważenia pojemników lekkich np. z odpadami z papieru.

Pojemniki takie mogą ważyć mniej niż 10 kg, co oznacza, że waga może wskazać 0 kg, w przypadku pojemnika o wadze 15 kg. Waga może wskazać 10 kg lub 20 kg. Wszystkie te pomiary będą formalnie prawidłowe, jednak niezdatne do raportowania, według wskazanego wzoru.

Waga zainstalowana pod zabudową nie pozwoli także Wykonawcy na wyznaczanie masy odpadów dla każdego pojemnika odrębnie, w sytuacjach odbioru wielu pojemników jednocześnie. Odbiór taki jest dopuszczony i znacznie ułatwia działania wykonawców, szczególnie gdy odbiór odpadów odbywa się z drogi. Pozwala to na uniknięcie tamowania ruchu ponad miarę i ogranicza zagrożenia dla obsługi pojazdu. Konieczność dokonywania pomiaru każdego pojemnika wyklucza taki odbiór w przypadku wagi statycznej (umieszczonej pod zabudową pojazdu).

Waga statyczna pod zabudowę (nieautomatyczna) dla wyznaczenia masy odpadu podczas każdego załadunku (pomijając niską dokładność) wymaga wyzerowania wskazań na komputerze przed każdym uruchomieniem wrzutnika, co stanowi czynność manualną załogi w kabinie, narażoną na błędy obsługi i powoduje spadek koncentracji podczas realizacji usługi.

Waga statyczna pod zabudowę (nieautomatyczna) wymaga czasu na stabilizację pojazdu dla wyznaczenia jednoznacznego, końcowego wyniku pomiaru. Skutkuje to wydłużonym czasem realizacji usług i może mieć negatywny wpływ na płynność w ruchu drogowym w rejonie odbioru odpadów z MGO.

Odwołujący wniósł o wykreślenie sposobu raportowania przez wykonawcę ważeń i przeciążeń pojemników: „Wzór raportu wagi odebranych odpadów" oraz „Raportu przeciążeń pojemników" - Rozdział XIV SWU pkt 4 ppkt 18 oraz 19 oraz wykreślenie punktu 12 w Rozdziale XIV SWU.

Ad. 4 h) W zakresie postanowień dotyczących automatycznego blokowania mechanizmu wrzutowego - – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Ad. 5 W zakresie kar umownych

Ad. „w zakresie kar za nieosiągnięcie poziomów" – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Ad. „w zakresie kar za brak dochowania parametrów usługi deklarowanych w kryteriach oceny ofert"

Odwołujący Eneris wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XV pkt 1 SWZ: W ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający ocenia oświadczenie wykonawcy w zakresie:

*2)*nieprzekraczanie poziomów składowania - 15 %,

*3)*osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów wielkogabarytowych - 10 %,

*4)*dodatkowe mycie pojemników - 10 %,

*5)*udostępnienie powierzchni reklamowej - 5 %.

Ocena w kryteriach odbywa się poprzez przyznanie wykonawcy określonej liczby punktów 10 pkt, 0 pkt lub punktację obliczoną według wzorów.

Następnie w § 15 ust. 2 pkt 14) lit. q) - s) oraz v) projektu umowy Zamawiający przewidział kary umowne za niedochowanie zadeklarowanych w kryteriach poziomów, liczby myć oraz zakresu udostępnionej powierzchni.

Odwołujący Eneris wskazał, że odstępuje od zacytowania kar w całości, z uwagi na objętość - powołując się bezpośrednio na treść SWZ.

Odwołujący Eneris stwierdził, że kary przewidziane przez Zamawiającego, z uwagi na swoją konstrukcję, są z natury rzeczy rażąco wygórowane. Konstrukcja kar wskazuje, że zamysłem Zamawiającego było takie ukształtowanie kar, aby zapobiec deklarowaniu nierealnych wskaźników w celu uzyskania punktów oraz przywrócenie równowagi ekonomicznej w postępowaniu, w sytuacji gdyby wykonawca, który uzyskując dodatkowe punkty w kryterium ostatecznie nie wykonał zamówienia zgodnie z deklaracją. Żaden z tych celów nie został jednak osiągnięty.

Po pierwsze, sama konstrukcja kary wskazuje, że jest ona rażąco wygórowana i nieproporcjonalna. Kara umowna znacząco i nieproporcjonalnie przewyższa ewentualne „korzyści", jakie mógłby osiągnąć wykonawca deklarując wyższe wskaźniki, ostatecznie ich nie realizując.

Obrazuje to poniższy przykład:

Celem uproszczenia obliczeń hipotetycznie otrzymano maksymalną liczbę punktów w każdym z ocenianych kryteriów. Uwzględniono wagę każdego z kryterium i obliczono końcową punktację dla każdego z kryteriów wraz z sumaryczną punktacją.

Lp./kryterium/punktacja osiągnięta/waga kryterium/punktacja po przeliczeniu

1/cena brutto/10,00/0,6/6,00

2/nieprzekraczanie poziomów składowania/10,00/0,15/1,50

3/osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów wielkogabarytowych/10,00/0,1/1,00

4/dodatkowe mycie pojemników/10,00/0,1/1,00

5/udostępnienie powierzchni reklamowej/10,00/0,05/0,50

Punktacja ogólna 10,00/10,00

Wartość kary za przekroczenie deklarowanego poziomu składowania w ofercie Wzór z Projektu umowy § 15 pkt 14 ppkt q) do obliczenia jednej ze składowych:

PC(k) - liczba punktów w kryterium Cena brutto po przyznaniu 0 punktów za kryterium „Ograniczenie składowania"

gdzie:

PC(i) - liczba punktów w kryterium „Cena brutto" po przyznaniu 0 punktów za kryterium „Ograniczenie składowania", obliczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,

P - końcowa, łączna liczba punktów pierwotnie przyznanych Wykonawcy w przetargu,

PU - liczba punktów przyznanych ofercie Wykonawcy w kryterium „Udostępnienie powierzchni reklamowej" w przetargu,

PM - liczba punktów przyznanych ofercie Wykonawcy w kryterium „Dodatkowe mycie pojemników" w przetargu,

PR - liczba punktów przyznanych ofercie Wykonawcy w kryterium „Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów wielkogabarytowych" w przetargu.

Dane wyjściowe z Kryterium oceny ofert:

P – 10

PU – 0.5

PM - 1

PR - 1

Po lewej stronie wzór jaki określono w SWZ dla wyliczenia wskaźnika potrzebnego dalej do wyliczenia kary. Po prawej stronie wzór jaki mógłby zostać zastosowany, gdyby rzeczywiście kara miała przywracać równowagę ekonomiczną. Różnica dotyczy kolejności wykonywania działań matematycznych:

W zależności od przyjętego sposobu obliczeń na podstawie wzoru Zamawiającego i wzoru uwzględniającego prawdopodobny cel kary otrzymujemy różne wyniki, które później w dalszych obliczeniach wysokości kary przekładają się znacząco na jej wymiar.

Celem wykazania rozbieżności przyjęto hipotetyczną wartość oferty 1 000 000,00 zł oraz wskazaną wcześniej maksymalną punktację przyznaną w kryterium oceny ofert.

Wartość oferty - 1 000 000,00 zł

Punktacja otrzymana - maksymalna dopuszczalna:

Kryterium 1 - 6,00 pkt

Kryterium 2 - 1,50 pkt

Kryterium 3 - 1,00 pkt

Kryterium 4 - 1,00 pkt

Kryterium 5 - 0,50 pkt

PC(k) - liczba pkt dla ceny brutto/ 16,25/ PC(k) - liczba pkt dla ceny brutto/12,50

C(k) - hipotetyczna cena brutto/615 384,62 zł/C(k) - hipotetyczna cena brutto/800 000,00 zł

ΔC - różnica w cenie/384 615,38 zł/ΔC - różnica w cenie/200 000,00 zł

Wartość kary/133 779,26 zł/Wartość kary/69 565,22 zł

Z uwagi na zastosowanie tożsamego wzoru na obliczenie wartości PC(k) sytuacja powtarza się przy obliczaniu kary dla każdego z kryterium oceny ofert.

Przyjęcie obliczeń z użyciem nawiasu ma rzeczywiste przełożenie na punktację otrzymaną w postępowaniu. Wychodząc od maksymalnej otrzymanej punktacji (P) odejmujemy zgodnie z wolą Zamawiającego pozostałe parametry celem ustalenia punktacji dla Kryterium - Cena brutto w przypadku niespełnienia przez wykonawcę deklaracji złożonej w ofercie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany wzorów odpowiednio dla każdego z ocenianych kryteriów:

poprzez rozpoczęcie nawiasu przed « P » i zakończenie po « PR ».

Odwołujący Eneris wskazał, że wzory nie uwzględniają w żaden sposób gradacji kary ze względu na nieosiągnięte wskaźniki. Taką samą karę otrzymuje wykonawca, który zadeklarował np. poziom składowania 19 %, a osiągnął 20% (oba wskaźniki uprawniały do uzyskania 10 punktów w kryterium), jak wykonawca, który zadeklarował poziom 20%, a uzyskał 50%. Takie ukształtowanie kary w tej samej pozycji stawia wykonawcę, który z przyczyn od siebie niezależnych nie uzyskał w niewielkim stopniu np. poziomów deklarowanych jak i wykonawcę, którego deklaracje były dalekie od osiągniętych, co faktycznie może sugerować, że deklaracja w ofercie była przynajmniej nieprzemyślana.

Takie ukształtowanie kary wypacza zupełnie jej cel i charakter, zamiast prewencji przed nierealnymi deklaracjami stanie się ogromnym obciążeniem dla wykonawców rzetelnych, uczciwych, którym z przyczyn od nich niezależnych nie uda się uzyskać wskaźnika w niewielkim stopniu. Przykładem może być sytuacja dodatkowego mycia pojemników, gdzie wykonawca przystąpi do mycia, ale opóźni się z jego zakończeniem lub nie dokona mycia kilku pojemników. Jego kara będzie tak samo dotkliwa jak kara wykonawcy, który w ogóle do tych czynności nie przystąpił.

Odwołujący Eneris wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zamiany sposobu obliczenia ceny poprzez uwzględnienie gradacji w nieuzyskaniu oferowanych wskaźników oraz okoliczności związanych z ich nieosiągnięciem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zmian wskazanych w żądaniu oraz wszystkich innych koniecznych do dostosowania treści dokumentacji do nowych postanowień oraz obowiązujących przepisów prawa.

KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25

Odwołujący FBSerwis zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353^1 k.c. przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, tj. przez:

   a. ustanowienie:

      i. w Rozdziale III pkt 2 ppkt 2) SWUobowiązku systematycznego prowadzenia własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników w celu niedopuszczenia do ich napełnienia odpadami powyżej 90% ich całkowitej pojemności,

      ii. w Rozdziale IV pkt 8 ppkt 2 SWUobowiązku sukcesywnej wymiany pojemnika na bioodpady o kodzie 20 02 01 w przypadku jego zapełnienia odpadami powyżej 90% pojemności pojemnika,

      iii. w Rozdziale V pkt 5 SWUobowiązku sukcesywnej wymiany pojemnika na odpady wielkogabarytowe w przypadku jego zapełnienia odpadami powyżej 90% pojemności pojemnika przez cały okres wskazany w Zleceniu,

      iv. w Rozdziale VI pkt 5 ppkt 4 SWU obowiązku opróżniania pojemników do gromadzenia przeterminowanych leków z częstotliwością gwarantującą niedopuszczanie do wypełnienia pojemników odpadami powyżej 90% ich całkowitej pojemności,

         bez jednoczesnego określenia, w jaki sposób poziom napełnienia pojemnika będzie weryfikowany oraz w jaki sposób Strony będą odróżniały sytuację, kiedy pojemnik zapełniony jest do poziomu 90% od sytuacji, kiedy jego zapełnienie przekracza 90% i w związku na jakiej podstawie będzie oceniana zasadność naliczenia kar umownych w takim przypadku,

         co w sytuacji, gdy nie istnieje żaden uniwersalny miernik stopnia zapełnienia pojemnika na odpady czyni ww. obowiązki oraz skorelowane z nimi kary umowne nieprecyzyjnymi, stwarzając ryzyko arbitralnego

decydowania przez Zamawiającego o zasadności naliczenia kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. l), m) i n) projektu umowy, które to kary, choć jednostkowo nie są wysokie, to jednak z uwagi na ogromną liczbę pojemników rozstawionych na nieruchomościach we Wrocławiu (kilkaset tysięcy łącznie na wszystkich Sektorach) oraz wielomiesięczny okres realizacji umowy, mogą sumarycznie okazać się bardzo wysokie;

b. wskazanie w Rozdziale IV pkt 8 ppkt 2) oraz w Rozdziale V pkt 8 ppkt 2) SWU obowiązku niezwłocznego podstawienia pojemnika, w terminie skróconym do jednego dnia, w sytuacjach nieprzewidzianych (awaryjnych),

bez jednoczesnego dookreślenia, co Zamawiający uznaje za sytuacje awaryjne czy nadzwyczajne (przez co Zamawiający może w istocie arbitralnie kwalifikować sytuacje jako nadzwyczajne/awaryjne) oraz bez jakiegokolwiek dookreślenia przewidywanej lub chociażby historycznej liczby tego rodzaju sytuacji awaryjnych (nieprzewidzianych) lub ich procentowego udziału we wszystkich zleceniach podstawienia pojemnika,

co uniemożliwia Wykonawcy rzetelne oszacowanie potencjalnej częstotliwości sytuacji uznawanych za „awaryjne" i w konsekwencji ustalenie kosztów, jakie będzie musiał ponieść z tytułu podstawiania pojemnika w skróconym terminie,

c. określenie w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 18) i 19) SWU wymogu generowania przez system monitoringu satelitarno-wizyjnego raportu zawierającego dane dotyczące wagi odebranych odpadów i przypisanie tej wagi do Miejsc Gromadzenia Odpadów oraz przeciążeń pojemników,

przy jednoczesnym określeniu w Rozdziale XIII pkt 1 ppkt 5) SWU, że „co najmniej dwa pojazdy" bezpylne odbierające odpady z pojemników 60 l - 1100 l lub worków muszą być wyposażone dodatkowo w wagę statyczną posiadającą legalizację GUM lub innej jednostki notyfikowanej, bez wymagania wyposażenia pozostałych pojazdów w taką wagę oraz przy wskazaniu w Rozdziale XI pkt 1 ppkt 3 SWU, że Wykonawca zobowiązany jest do transportu wszystkich odebranych odpadów komunalnych do bazy magazynowo-transportowej w celu zważenia na legalizowanej wadze samochodowej,

co nie pozwala Odwołującemu ustalić rzeczywistej intencji Zamawiającego w zakresie obowiązku ważenia odpadów odbieranych z poszczególnych Miejsc Gromadzenia Odpadów, skoro większość odpadów będzie odbieranych pojazdami niewyposażonymi w wagę (niezbędną do ustalenia masy/wagi odpadów odbieranych z MGO), względnie intencji Zamawiającego co do wyposażenia pozostałych pojazdów w wagi, skoro takie wymaganie nie zostało w żadnym fragmencie SWU wyartykułowane wprost, a jednocześnie zawarte zostało wymaganie raportowania wagi odpadów we wszystkich MGO;

d. określenie w Rozdziale XIII pkt 5 SWU, że system monitoringu satelitarno - wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników po oznakowaniu pojemników Transponderami musi uniemożliwiać uruchomienie mechanizmu wrzutowego pojazdów odbierających odpady dla pojemników spoza przypisanej do danego pojazdu trasówki oraz pojemników niezidentyfikowanych przez system RFID (uszkodzony Transponder albo pojemniki niewyposażone w Transponder),

przy jednoczesnym nałożeniu na Wykonawcę w Rozdziale XIII pkt 14 ppkt 3 i 4 SWZU obowiązku wymiany zniszczonych Transponderów lub wyposażania pojemników w Transpondery niezwłocznie po otrzymaniu wezwania ze strony Zamawiającego lub z własnej inicjatywy nie później, niż w dniu przypadającym na odbiór odpadów z MGO, w którym znajduje się dany pojemnik,

oraz przy braku zawarcia w SWU jakichkolwiek zapisów zwalniających Wykonawcę z obowiązku odbierania odpadów z pojemników z uszkodzonym Transponderem lub z pojemników niewyposażonych w Transponder oraz z obowiązku dbania o nieprzepełnienie takich pojemników odpadami,

co powoduje wątpliwości odnośnie do tego, jak ma zachować się Wykonawca, gdy w trakcie odbioru odpadów z pojemnika stwierdzi uszkodzenie lub brak Transpondera, w szczególności czy może odebrać odpady, czy też pozostawić je do czasu zamontowania prawidłowego Transpondera oraz w jakim terminie Wykonawca powinien wówczas Transponder zamontować;

2. art. 99 ust. 2 i art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 353^1 k.c. i 387 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i niemożliwy do wykonania (przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie świadczy usługę odbioru odpadów w zakresie odpowiadającym zakresowi zamówienia udzielanego w Postępowaniu), tj. przez:

a. wymaganie w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 i 2 Szczegółowych Warunków Umowy (dalej: „SWU") obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki przeznaczone do gromadzenia niesegregowanych odpadów komunalnych oraz w pojemniki do selektywnego gromadzenia odpadów najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 4 ust. 3 projektu umowy, że termin rozpoczęcia świadczenia usług rozpocznie się po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy (a za porozumieniem Stron nawet wcześniej), co oznacza, że wykonawca jest zobligowany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w ciągu zaledwie 1 miesiąca i to w sytuacji, gdy wykonawca dotychczas realizujący usługę odbioru odpadów nie zabierze własnych pojemników z nieruchomości, co w praktyce będzie niemożliwe do wykonania,

przy czym takie naruszenie prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawcy / wykonawców aktualnie świadczących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Sektora objętego przedmiotem zamówienia przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców;

zaś Zamawiający posiada instrument zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania przejawiający się możliwością opóźnienia rozpoczęcia realizacji zamówienia o czas niezbędny na wyposażenie nieruchomości w pojemniki (który według Odwołującego wynosi około trzech miesięcy przy sprawnej i racjonalnej organizacji rozstawiania pojemników),

a niezależnie od tego w umowach łączących Zamawiającego z wykonawcami uprzednio realizującymi umowę przewidziany został obowiązek wydzierżawienia pojemników w okresie dwóch miesięcy po zakończeniu obowiązywania ww. umów i przy nieznacznej modyfikacji tego obowiązku (w ramach dozwolonej zmiany umowy na mocy art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) wynikającej ze zmiany prawa miejscowego w zakresie podziału Wrocławia na sektory i powiązanej z nim zmiany obszarów objętych poszczególnymi umowami w stosunku do umowy zawieranej w ramach niniejszego zamówienia, Zamawiający mógłby ten obowiązek wyegzekwować, zapewniając nowemu wykonawcy możliwość korzystania z pojemników w okresie pierwszych dwóch miesięcy po rozpoczęciu świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia;

b. określenie w Rozdziale II pkt 9 ppkt 5 SWU obowiązku przekazania w dzierżawę, do dyspozycji Zamawiającego, pojemników po zakończeniu świadczenia usługi odbioru odpadów na okres maksymalnie dwóch miesięcy,

przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że po zakończeniu okresu dzierżawy Zamawiający przekaże zwrotnie wszystkie pojemniki na bazę magazynowo- transportową Wykonawcy wskazaną w Umowie,

podczas gdy magazynowanie w jakimkolwiek miejscu tak dużej liczby pojemników wiąże się z koniecznością zapewnienia odpowiedniej wolnej powierzchni oraz odpowiednich warunków do manewrowania pojazdami i ich rozładunku przy jednoczesnym umożliwieniu korzystania z bazy w zasadniczym celu, w jakim została utworzona (tj. do świadczenia usług odbioru i zbierania odpadów), których to warunków mogą nie spełniać bazy magazynowo- transportowe części wykonawców, a w szczególności nie spełnia ich baza Odwołującego

przez co przewidziany w SWU zwrot pojemników na teren bazy magazynowo- transportowej (bez możliwości wskazania przez wykonawcę innej nieruchomości, na teren której pojemniki miałyby zostać zwrócone) ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy korzystają z baz, na obszarze których nie jest możliwe odbieranie i magazynowanie pojemników na odpady;

3. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353^1 i 483 § 1, 484 § 1 i 2 k.c. oraz art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez ustanowienie rażąco wygórowanych kar umownych w odniesieniu do:

a. § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) projektu umowy, stanowiącego załącznik A do specyfikacji warunków zamówienia dla Postępowania, dalej: „projekt umowy" - w wysokości 5 000,00 zł - za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 7, ppkt 1) ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

b. § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) projektu umowy - w wysokości 100,00 zł - za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 7, ppkt 1) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

c. § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) projektu umowy - w wysokości 5 000,00 zł - za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 7, ppkt 2) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

d.§ 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) projektu umowy - w wysokości 100,00 zł - za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 7, ppkt 2) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

e.§ 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) projektu umowy - w wysokości 15 000,00 zł - za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 7, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

f.§ 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) projektu umowy - w wysokości 100,00 zł - za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 7, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy adres nieruchomości, każdy dzień następujący po upływie terminu,

g.§ 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) projektu umowy - w wysokości 25,00 zł - za niewyposażenie obsługiwanych nieruchomości, w pojemniki/ worki przeznaczone na zbiórkę niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z papieru, odpadów z metali, z tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, odpadów ze szkła oraz bioodpadów, najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi, za każdy pojemnik/worek, za każdy dzień następujący po upływie terminu (nie dotyczy sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki/ worki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki/worki Wykonawcy),

h.§ 15 ust. 2 pkt 11 lit. c) projektu umowy - w wysokości 200,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego naruszania przez Wykonawcę wymogów umowy i/lub SWU w zakresie wyposażenia nieruchomości obsługiwanych w pojemniki do zbiorki odpadów komunalnych, za każdy pojemnik, za każdy dzień,

i.§ 15 ust. 2 pkt 11 lit. k) projektu umowy - w wysokości 500,00 zł - za każdorazowe stwierdzone przez Zamawiającego niewykonanie przez Wykonawcę obowiązku kontroli zawartości pojemników i worków przeznaczonych do zbiorki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia,

j.§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. h) projektu umowy - w wysokości 10 000,00 zł - za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego magazynowania na terenie bazy magazynowo-transportowej selektywnie odebranych odpadów dłużej niż 3 miesiące, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez Wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów jest krótszy, to Wykonawca zobowiązany jest dostosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji, za każdy dzień, za każdą frakcję,

- które to kary (określone w lit. a) - j) powyżej) jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych, za których niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane, a także odbiegające od realiów rynkowych, przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 353^1 k.c. są nieważne,

oraz w odniesieniu do:

k.§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy - za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVIII, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7, ppkt 2),

l.§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) projektu umowy - za przekroczenie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVIII, pkt 1, ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z pożn. zm.) i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7, ppkt 3),

przez zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych (określonych w lit. k. - l. powyżej) za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz

poziomów składowania odpadów komunalnych, polegające na przeniesieniu w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) oraz § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) projektu umowy, a także w Rozdziale XVIII ust. 7 pkt 2 i 3 Szczegółowych Warunków Umowy w całości na Wykonawcę odpowiedzialności za nieosiągnięcie tych poziomów, pomimo że:

–to na Zamawiającym ciąży obowiązek osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych,

–wykonawca nie ma wpływu na jakość odpadów, które zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości w ramach realizacji zamówienia publicznego,

–treść art. 12b ust. 1 i 2 u.c.p.g. ograniczają wysokość kar umownych nakładanych na Zamawiającego w 2025 r. do połowy iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz do połowy iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania wyrażonej w Mg,

–od dnia 1 października 2025 r. wejdą w życie przepisy wprowadzający system kaucyjny, który przyczyni się do zmniejszenia możliwości osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,

–kary nie zostały ograniczone do wysokości kar pieniężnych nałożonych na Zamawiającego na podstawie przepisów u.c.p.g., przez co ustanowione kary nie mają związku ze szkodą poniesioną przez Zamawiającego i mogą zostać naliczone pomimo niewymierzenia kary Zamawiającemu

- które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych, za których niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane, a także odbiegające od realiów rynkowych, przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 353^1 k.c. są nieważne,

4.art. 439 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przez ustanowienie w § 18 ust. 4 lit. e) projektu umowy uprawnienia do wystąpienia z wnioskiem o zmianę umowy w zakresie przysługującego wykonawcy wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z wykonaniem zamówienia:

–z odwołaniem do poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów w postaci: sumy wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc - 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie ≥ 6% - w przypadku usług wykonanych po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (pierwsza waloryzacja), oraz będzie ≥ 4,5% po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku (kolejne waloryzacje), a także

–wymagań w zakresie udokumentowania przez wnioskodawcę związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia (odnoszących się do trzech warunków dotyczących: 1) kosztów paliwa wykorzystywanego w realizacji przedmiotu umowy, dokumentowanych na podstawie wzrostu wskaźnika średniej ceny hurtowej oleju napędowego na stacjach w Polsce, 2) kosztów zatrudnienia osób realizujących zamówienie, 3) zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej, odnoszących się do poziomu zmiany, na podstawie wzorów, zgodnie z którymi zmiana powinna wynosić ≥ 6% - za cały okres od momentu zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) do dnia złożenia wniosku o waloryzację (pierwsza waloryzacja), oraz powinna wynosić ≥ 4,5% za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację (kolejne waloryzacje),

których wystąpienie i udokumentowanie jest niemalże niemożliwe, co czyni ustanowienie obowiązkowej waloryzacji iluzorycznym i nie pozwala na osiągnięcie celu regulacji ustawowych w postaci zmniejszenia ryzyk związanych ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co doprowadziło do naruszenia obowiązku ustanowienia w umowie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy

w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący FBSerwis wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu dookreślenie w postanowieniach Rozdziału III pkt 2 ppkt 2) SWU, Rozdziału IV pkt 8 ppkt 2 SWU, Rozdziału V pkt 5 SWU i Rozdziału VI pkt 5 ppkt 4 SWU obiektywizowanego miernika wypełnienia pojemnika na odpady oraz wskazania metodologii jego oceny pozwalającej na uchwycenie momentu, w którym pojemnik jest przepełniony w ponad 90%, względnie nakazanie wykreślenia ww. postanowień oraz powiązanych z nimi kar umownych zapisanych w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. l), m) i n) projektu umowy,
2. nakazanie Zamawiającemu zdefiniowanie w Rozdziale IV pkt 8 ppkt 2) oraz w Rozdziale V pkt 8 ppkt 2) SWU, jakie sytuacje będzie uznawał za nieprzewidziane (awaryjne) oraz określenie maksymalnej liczby miesięcznych zleceń, ich częstotliwości lub maksymalnego udziału procentowego we wszystkich zleceniach podstawienia pojemników, jakie Wykonawca będzie zobligowany realizować w terminie skróconym do jednego dnia, ewentualnie, w razie wykazania przez Zamawiającego braku określenia ww. informacji, przez wskazanie danych historycznych dotyczących liczby zleceń o skróconym terminie realizacji kierowanych w ramach wszystkich Sektorów Miasta Wrocławia,
3. nakazanie Zamawiającemu dookreślenie, jakie dane, z jakiego źródła pochodzące (z jakiej wagi) mają być podstawą generowania raportów o wadze (masie) odpadów odbieranych z poszczególnych MGO i w jakich przypadkach te dane mają być generowane, w szczególności przez wskazanie, że dotyczy to wyłącznie przypadków, gdy odpady są odbierane przy pomocy jednego z pojazdów wskazanych Rozdziale XIII pkt 1 ppkt 5) SWU, względnie przez wyraźne wskazanie, że pozostałe pojazdy również muszą być wyposażone w legalizowane wagi,
4. nakazanie Zamawiającemu określenie w Rozdziale XIII pkt 5 SWU lub w innym zapisie SWU wyraźnej dyrektywy, jak Wykonawca powinien postąpić w przypadku, gdy podczas odbioru odpadów okaże się, że pojemnik nie jest wyposażony w sprawny Transponder, w szczególności czy i w jakim trybie (w tym terminie) winien Wykonawca odebrać odpady z tego pojemnika,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia przez wprowadzenie rozwiązania zapewniającego Wykonawcy w pierwszych dwóch miesiącach świadczenia usługi możliwość dzierżawy pojemników na odpady od wykonawców obecnie realizujących tę usługę, względnie, w wypadku braku możliwości takiego rozwiązania, przez wydłużenie minimalnego okresu, jaki upłynie pomiędzy zawarciem Umowy a rozpoczęciem realizacji usługi odbioru do co najmniej trzech miesięcy;
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowienia Rozdziału II pkt 9 ppkt 5) SWU przez nadanie mu nowego, następującego brzmienia: „5) Zamawiający w ostatnim dniu tygodnia będącego podstawą rozliczenia przekaże protokolarnie wszystkie pojemniki na teren nieruchomości wskazanej przez Wykonawcę, znajdującej się w odległości do 20km od granic miasta Wrocławia, a w przypadku niewskazania takiej nieruchomości przez Wykonawcę najpóźniej do końca okresu świadczenia przez Wykonawcę usługi odbioru odpadów, przekaże je w tym samym terminie na bazę magazynowo-transportową Wykonawcy wskazaną w umowie";
7. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany projektu umowy poprzez:
   a. zmianę § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) projektu umowy przez nadanie mu następującej treści:

      „a) w wysokości 2 000,00 zł - za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt. 7, ppkt 1) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu”

   b. wykreślenie § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) projektu umowy,

   c. zmianę § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) projektu umowy przez nadanie mu następującej treści:

      „c) w wysokości 2 000,00 zł - za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt. 7, ppkt 2) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu”,

   d. wykreślenie § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) projektu umowy,

   e. zmianę § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) projektu umowy przez nadanie mu następującej treści:

      „e) w wysokości 5 000,00 zł - za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/iub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt. 7, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie

terminu”,

f. wykreślenie § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) projektu umowy,

g. wykreślenie § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) projektu umowy,

h. zmianę § 15 ust. 2 pkt 11 lit. c) projektu umowy przez nadanie mu następującej treści:

„c) w wysokości 200,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego naruszania przez Wykonawcę wymogów umowy i/iub SWU w zakresie wyposażenia nieruchomości obsługiwanych w pojemniki lub worki do zbiorki odpadów komunalnych, za każdy pojemnik lub worek'”, (~~,za każdy dzień~~),

i. wykreślenie § 15 ust. 2 pkt 11 lit. k) projektu umowy,

j. zmianę § 15 ust. 2 pkt 14 lit. h) projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„h) w wysokości 1 000,00 zł - za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego magazynowania na terenie bazy magazynowo-transportowej selektywnie odebranych odpadów dłużej niż 3 miesiące, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez Wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów jest krótszy, to Wykonawca zobowiązany jest dostosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji, za każdy dzień'”(~~,za każdą frakcję~~),

k. zmianę § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy przez nadanie mu następującej treści:

„o) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVIII, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako 50% iloczynu stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7, ppkt 2) jednak w wysokości nie wyższej, niż 50% kary nałożonej na Zamawiającego na podstawie przepisów UCPG za nieuzyskanie przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1 UCPG”,

l. zmianę § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) projektu umowy przez nadanie mu następującej treści:

„p) za przekroczenie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVIII, pkt 1 ppkt 3, w wysokości obliczonej jako 50%o iloczynu stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z poźn. zm.) i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7, ppkt 3), jednak w wysokości nie wyższej, niż 50% kary nałożonej na Zamawiającego na podstawie przepisów UCPG za nieuzyskanie przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 2a UCPG",

m. zmianę § 18 ust. 4 lit. e) projektu umowy przez obniżenie o połowę poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów w postaci sumy wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc - 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS oraz wymagań w zakresie udokumentowania przez wnioskodawcę związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia (odnoszących się do trzech warunków dotyczących: 1) kosztów paliwa wykorzystywanego w realizacji przedmiotu umowy, dokumentowanych na podstawie wzrostu wskaźnika średniej ceny hurtowej oleju napędowego na stacjach w Polsce, 2) kosztów zatrudnienia osób realizujących zamówienie, 3) zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej, odnoszących się do poziomu zmiany, tj. przez:

1. wprowadzenie „≥ 3%" w całej treści § 18 ust. 4 lit. e) projektu umowy w miejscach, w których występuje „≥ 6°%",

2. wprowadzenie „≥ 2,25%” w całej treści § 18 ust. 4 lit. e) projektu umowy w miejscach, w których występuje „≥ 4,5°%",

3. wprowadzenie „≥ 5%" w całej treści § 18 ust. 4 lit. e) projektu umowy w miejscach, w których występuje „≥ 10°%".

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący FBSerwis wskazał w szczególności:

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego obowiązków związanych z niedopuszczeniem do zapełnienia pojemników powyżej 90% – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego braku informacji niezbędnych do oszacowania kosztów obowiązku podstawienia pojemników w skróconym terminie – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego obowiązków związanych generowaniem raportów o wadze odpadów odbieranych w ramach poszczególnych MGO – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego obowiązku uniemożliwienia mechanizmu wrzutowego pojemników niezidentyfikowanych przez system RFID – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zbyt krótkiego terminu na wyposażenie nieruchomości w pojemniki.

Odwołujący FBSerwis wskazał, żejednym z najistotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia jest oznaczenie przez podmiot zamawiający terminów na realizację obowiązków wykonawcy. Ustanowienie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki jego przedmiotu oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień, może bezpośrednio prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym prowadzić do naruszenia powyższej normy prawnej (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1860/10; KIO/UZP 1864/10). Takie działanie narusza również przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem stanowi przejaw opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (zob. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/KD 107/l0).

Jak wynika z treści § 4 ust. 3 projektu umowy, termin rozpoczęcia świadczenia usług rozpocznie się po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy. Stosownie zaś do § 4 ust. 2 projektu umowy, z dniem zawarcia Umowy wykonawca zobowiązany będzie podjąć działania niezbędne do prawidłowego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Jednocześnie, zgodnie z rozdziałem II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU (strona 6 SWU) Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia właścicieli nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów niesegregowanych (zmieszanych) oraz pojemniki do gromadzenia odpadów zbieranych selektywnie.

Z powyższego wynika, że Zamawiający gwarantuje wykonawcy jedynie 1 miesiąc „okresu przygotowawczego", w ramach którego Wykonawca będzie zobowiązany podjąć wszystkie czynności związane z zakupem wielu tysięcy pojemników (przewidywaną liczbę pojemników określa Załącznik nr 3 do SWU), dostosowaniem ich do wymagań Zamawiającego (w tym odpowiedniego ich oznakowania oraz wyposażenia w system identyfikacji pojemników określony w rozdziale XV SWU), a nadto rozmieszczenia ich na nieruchomościach zlokalizowanych na obszarze Sektora objętego przedmiotem zamówienia. Tak krótki termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie realizuje przedmiot umowy na obszarze objętym przedmiotem zamówienia, jest nawet nie tyle trudne, co wręcz niemożliwe do wykonania. W tym zakresie świadczenie wykonawcy wynikające z umowy winno być uznane za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 k.c.

Jak wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 § 1 k.c., to niemożliwość obiektywna, co oznacza, że danego świadczenia nie byłby w stanie spełnić nie tylko dłużnik, ale również nikt inny, zaś naturę takiej niemożliwości uzasadniają ograniczenia wynikające z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1973 r. sygn. akt III CRN 255/73, wyroku SN z 8 maja 2002 r. sygn. akt III CKN 1015/99; wyroku SN z 8 stycznia 2009 r. sygn. akt I CSK 239/08 wyroku SN z 20 marca 2009 r sygn. akt II CSK 611/08). W doktrynie jako przypadek niemożliwości świadczenia kwalifikuje się również tzw. niemożliwość gospodarczą, w przypadku której spełnienie świadczenia jest wprawdzie możliwe z technicznego punktu widzenia, ale całkowicie nieuzasadnione z punktu widzenia racjonalności ekonomicznej, ze względu na konieczne koszty i starania. Taką sytuację można oceniać w kategoriach niemożliwości świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. w sytuacji (i tylko wówczas), gdy spełnienie świadczenia byłoby ekonomicznie nieracjonalne dla kogokolwiek, a nie tylko dla konkretnego dłużnika (tak P. Machnikowski, System Prawa Prywatnego t. 5 Prawo zobowiązań - cześć ogólna pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2013, s. 567; podobnie W. Popiołek, komentarz do art. 387 k.c., K. Pietrzykowski (red.) Kodeks cywilny. Komentarz, tom I, Warszawa 2013).

W ocenie Odwołującego FBSerwiş powyższa okoliczność świadczy o nieprawidłowym, tj. naruszającym przepisy art. 99 ust. 1 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp opisaniu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, gdyż dotrzymanie

terminów określonych przez Zamawiającego jest niemożliwe przez żaden z podmiotów działających na rynku.

Zdaniem Odwołującego FBSerwis, prawidłowa realizacja obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki wymaga przeznaczenia istotnych nakładów pracy oraz poświęcenia czasu znacząco przekraczającego przyjęte przez Zamawiającego terminy. Ponadto wiąże się z poniesieniem istotnych kosztów przez danego wykonawcę, przez co zasadniczo może być wykonana dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Rozmieszczenie pojemników na odpady na nieruchomościach jest długotrwałym i skomplikowanym logistycznie procesem. Dostęp do wielu MGO jest ograniczony - pojemniki są bowiem rozstawione w altanach i wiatach zamykanych na klucz. Pozyskanie kluczy i kodów dostępu do takich lokalizacji również może wymagać dodatkowego czasu - w szczególności mając na uwadze fakt, że wykonawca uprzednio realizujący usługę odbioru nie ma obowiązku ich przekazana nowemu Wykonawcy i zazwyczaj nie jest zainteresowany, aby pomagać w tym zakresie swojemu konkurentowi. Samo rozmieszczanie pojemników musi być dokonywane w ściśle usystematyzowany sposób - właściwe pojemniki (różniące się od siebie co do rodzaju, koloru i pojemności) muszą być dostarczone w odpowiednie miejsca docelowe). Operacja ta musi zostać poprzedzona inwentaryzacją oraz aktualizacją danych o Miejscach Gromadzenia Odpadów (MGO) w oparciu o dane, które dopiero zostaną przekazane przez Zamawiającego po zawarciu umowy (zgodnie wymaganiami określonymi w rozdziale XV SWU). Sama operacja rozstawiania pojemników w skali całego Sektora wymaga w ocenie Wykonawcy przeznaczenia około trzech miesięcy. Ponadto zwrócić należy uwagę, że obszar Miasta Wrocławia, na którym będzie realizowane zamówienie udzielane w Postępowaniu, jest specyficzny. Charakteryzuje się on gęstą zabudową, trudną dostępnością i ograniczoną powierzchnią miejsc gromadzenia odpadów (lokalizacji, w których są usytuowane pojemniki na odpady). Powoduje to, że w znacznej części takich lokalizacji niemożliwe jest podstawienie pojemników w czasie, gdy znajdują się tam jeszcze pojemniki wykorzystywane przez wykonawcę dotychczas realizującego usługę odbioru. W praktyce zatem podstawienie pojemników w tych lokalizacjach będzie możliwe dopiero wówczas, gdy ów wykonawca zabierze swoje pojemniki. Powyższe powoduje, że operacja rozstawienia pojemników w takich lokalizacjach przez „nowego" (wyłonionego w Postępowaniu wykonawcę), powinna być realizowana we współpracy z wykonawcą, który swoje pojemniki usuwa. Z uwagi na fakt, że ów drugi wykonawca nie jest w żaden sposób ww. współpracą ekonomicznie zainteresowany (musiałby bowiem pomagać swojemu konkurentowi), celowym jest podjęcie działań koordynujących przez samego Zamawiającego. Zauważyć tymczasem należy, że we wszystkich umowach, które zawarł Zamawiający z wykonawcami aktualnie realizującymi usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Wrocławia zawarte zostały zapisy obligujące tychże wykonawców do wydzierżawienia pojemników na żądanie Zamawiającego w pierwszych dwóch miesiącach po zakończeniu usługi odbioru odpadów. Zamawiający wprowadził takie rozwiązanie (broniąc go m.in. w trakcie rozpraw przed Krajową Izbą Odwoławczą), aby uniknąć napotkanych wcześniej istotnych niedogodności związanych ze zmianą wykonawcy usługi stanowiącej przedmiot zamówienia i „wymianą" w krótkim czasie pojemników pozostawionych przez wykonawcę kończącego świadczenie usługi. Przyznać należy, że proste zrealizowanie tego uprawnienia na potrzeby umożliwienia wykonawcy wybranemu w niniejszym postępowaniu korzystania z pojemników poprzednich wykonawców utrudnione jest o tyle, że uprzednio obowiązujące umowy zawierane były dla innych obszarów, niż obszar objęty niniejszym postępowaniem (wcześniejszy podział Wrocławia na cztery sektory został uchwałą Rady Miejskiej Wrocławia NR XI/181/24 z dnia 24 listopada 2024 r. zastąpiony podziałem na sześć sektorów). Nie wyklucza to jednak możliwości dostosowania aktualnie obowiązujących umów do zmiany stanu prawnego (podziału Wrocławia na Sektory) i doprowadzenia do wydzierżawienia części pojemników, zgodnie z aktualnym podziałem na sektory (tak, aby poszczególni wykonawcy oddali do dyspozycji Zamawiającego tylko te pojemniki, które są rozstawione w granicach Sektora stanowiącego przedmiot zamówienia - w zamian za wynagrodzenie ustalone proporcjonalnie do liczby pojemników oddawanych do dyspozycji). Dostosowanie takie mieściłoby się w ramach dopuszczonych umowami oraz postanowieniem art. 455 ust. 1 ustawy Pzp zmian umowy o zamówienie publiczne.

Gdyby zaś takie rozwiązanie okazało się niemożliwe, dostosowanie warunków realizacji zamówienia do zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania mogłoby się odbyć przez odpowiednie wydłużenie okresu, jaki miałby upłynąć od podpisania umowy do momentu rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów o okres niezbędny na rozstawienie pojemników, tj. o dodatkowe 2 miesiące.

Odwołujący FBSerwis stanowczo zaznaczył, że w stanie faktycznym sprawy jedynie wykonawcy aktualnie świadczący usługę odbioru odpadów mają zapewnioną możliwość dotrzymania terminu przyjętego przez Zamawiającego. Wspomniani wykonawcy dysponują już pojemnikami na odpady znajdującymi się na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia, co oznacza, że nie będą już musieli - w przeciwieństwie do Odwołującego i innych wykonawców - wyposażać nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów ani ryzykować zapłaty wysokich kar umownych w przypadku, gdy obowiązek ten w jakimkolwiek zakresie nie zostałby terminowo wykonany. Celowe jest zatem zniwelowanie ww. uprzywilejowania w stopniu umożliwiającym innym wykonawcom złożenie oferty w

postępowaniu - poprzez wydłużenie czasu na wyposażenie nieruchomości w pojemniki. Proponowany przez Odwołującego okres dwumiesięczny takiego wydłużenia jest nie tylko zgodny z przewidywaniami co do czasu niezbędnego na rozstawienie pojemników, ale również pozostaje spójny z okresem, jaki planował pozostawić sam Zamawiający wykonawcom w ramach przewidzianego niniejszą umową (oraz umowami z poprzednimi wykonawcami) opcjonalnego wydzierżawienia pojemników po zakończeniu zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zwrócenia pojemników na teren bazy magazynowo- transportowej Wykonawcy po zakończeniu okresu dzierżawy - – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego kar umownych

Zamawiający ustanowił w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) - f) projektu umowy oraz § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) - c) projektu umowy, § 15 ust. 2 pkt 11 lit. k) projektu umowy, § 15 ust. 2 pkt 14 lit. h) projektu umowy, § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) - o) projektu umowy, kary umowne, które są rażąco wygórowane.

W odniesieniu do kar umownych, o których mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) - f) projektu umowy oraz § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) - c) projektu umowy, Odwołujący FBSerwis wskazał, że w istocie Zamawiający zastrzegł kilkukrotne ukaranie za to samo uchybienie. Nie został przy tym ustanowiony jakikolwiek sposób rozstrzygania, która konkretnie kara umowna będzie naliczana w przypadku wystąpienia uchybień opisanych w tych postanowieniach umownych. W konsekwencji możliwe będzie kumulowanie przez Zamawiającego kar umownych za to samo uchybienie, co samo w sobie świadczy o rażąco wygórowanym charakterze tych kar i ich nieuzasadnionym charakterze.

W przypadkach opisanych w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) - f) projektu umowy oraz § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) - c) projektu umowy (w przypadku ich kumulacji, np. § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) i b) projektu umowy) kary zostały ustanowione dwukrotnie za to samo uchybienie. Różnią się jedynie wysokością, a także sposobem naliczania.

Wprawdzie Zamawiający wprowadził § 15 ust. 5 do projektu umowy, zgodnie z którym:

„Zamawiający zastrzega, że każdorazowo w sytuacji, w której Wykonawca nie wykona obowiązków, których niewykonanie może być podstawą w danym czasie do jednoczesnego naliczenia w danym przypadku kary umownej z więcej niż jednego tytułu, wówczas Zamawiający oceni czy powyższe obowiązki nie są ze sobą bezpośrednio powiązane w taki sposób przyczynowo - skutkowy, że dany obowiązek jest jednocześnie przyczyną lub skutkiem niewykonania innego obowiązku w danym przypadku. W sytuacji uznania przez Zamawiającego, że w danym przypadku niewykonane lub nienależycie wykonane określone obowiązki są w ten sposób powiązane, Zamawiający naliczy karę za niewykonanie tego z obowiązków, w przypadku którego umowa przewiduje naliczenie kary w najwyższej wysokości”.

Zdaniem Odwołującego FBSerwis, przepis ten nie znajduje zastosowania do kumulacji w przypadkach, o których mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) - f) projektu umowy oraz § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) - c) projektu umowy. Kary zostały bowiem ustanowione za te same uchybienia, w związku z czym nie może być mowy o powiązaniu przyczynowo skutkowym (dany obowiązek nie może być jednocześnie przyczyną lub skutkiem niewykonania innego obowiązku w danym przypadku). W takiej sytuacji w istocie ten sam obowiązek jest niewykonywany, w związku z czym nakładane są dwie kary umowne z dwóch różnych tytułów). Zamawiający nie uregulował więc, która w takim przypadku kara umowna będzie dochodzona, w związku z czym niewykluczona jest kumulacja i dwukrotne karanie za to samo uchybienie, co świadczy o rażąco wygórowanym charakterze kary.

Dodatkowo wysokość tych kar została ustanowiona na poziomie, który istotnie odbiega od wysokości potencjalnej szkody, której może doznać Zamawiający, a także jest nieadekwatna do rangi uchybienia. Tak ustanowione kary mogą stanowić nadmierną dotkliwość dla wykonawcy realizującego zamówienie publiczne.

W przypadku kar, o których mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b), § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d), § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f), § 15 ust. 2 pkt 11 lit. c) oraz § 15 ust. 2 pkt 14 lit. h) projektu umowy kary zostały ustanowione jako suma - odpowiednio liczby pojemników, MGO, adresów nieruchomości lub frakcji. Kary te mogą skumulować się do niezwykle wysokich rozmiarów. Zamawiający przewidział bowiem kilka frakcji, kilka tysięcy MGO, adresów nieruchomości, a także kilkadziesiąt tysięcy pojemników. Przykładowo więc w przypadku kary z § 15 ust. 2 pkt 11 lit. c) projektu umowy odnoszącej się do liczby pojemników, przy przykładowym założeniu łącznej liczby 40 000 pojemników i niedostarczeniu wszystkich z nich jednego dnia, przy uwzględnieniu kary umownej w wysokości 200 zł za jeden pojemnik, kara może wynieść nawet 8 000 000 zł wyłącznie za jeden dzień. Przykład ten można odnieść do każdej z tych kar, które po skumulowaniu osiągają niezwykle wysokie rozmiary i nie mają jakiegokolwiek związku ze szkodą. Przez to są rażąco wygórowane.

Brak szkody ma szczególnie istotne znaczenie z perspektywy kary ustanowionej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. h) projektu umowy. Jest to kara za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego magazynowania na terenie bazy

magazynowo transportowej selektywnie zbieranych odpadów dłużej niż 3 miesiące. Istotnym jest, że każdy wykonawca w wydanej decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów może mieć inny okres magazynowania na terenie bazy magazynowo - transportowej selektywnie zbieranych odpadów. W związku z tym przekroczenie terminu określonego w karze umownej z jednej strony nie musi wcale naruszać zezwolenia na zbieranie odpadów i w związku z tym może być zgodne z prawem, z drugiej zaś strony nie powoduje jakiejkolwiek szkody po stronie Zamawiającego. Ustanawianie więc takiej kary w wysokości 10 000 zł za każdy dzień za każdą frakcję (w przypadku kilku frakcji - należy stosować iloczyn frakcji) w przypadku, gdy taka sytuacja byłaby zgodna z zezwoleniem i nie powodowałaby jakiejkolwiek szkody Zamawiającego, jest zupełnie nieadekwatne. Kara jest więc rażąco wygórowana.

Odnosząc się do kar umownych dotyczących poziomów składowania i recyklingu Odwołujący FBSerwis wskazał, że podstawowy problem z tymi karami polega na tym, że to wykonawca w istocie będzie musiał osiągnąć w całości poziomy recyklingu i ponieść kary za ich nieosiągnięcie. Natomiast to Zamawiającego ustawowo obciąża obowiązek osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, wykonawca nie ma wpływu na jakość odpadów, które zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości w ramach realizacji zamówienia publicznego. Ponadto, Zamawiający pominął treść 12b ust. 1 i 2 u.c.p.g., które w 2025 r. ograniczają wysokość kar umownych nakładanych na Zamawiającego w 2025 r. do połowy iloczynu opłat tam wskazanych i masy odpadów, nie uwzględnił wejścia w życie od dnia 1 października 2025 r. systemu kaucyjnego i nie ograniczył wysokości kar do wysokości szkody poniesionej przez Zamawiającego. W świetle przepisów u.c.p.g. to Zamawiający powinien osiągnąć poziomy składowania odpadów komunalnych i przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Obowiązek ten w ramach realizacji zamówienia jest przenoszony w całości (w 100%) na wykonawców. Jednak wykonawcy nie mają w pełni wpływu na wykonanie tego obowiązku. W związku z tym zasadne jest rozłożenie ryzyk za nieosiągnięcie poziomów recyklingu pomiędzy wykonawców a Zamawiającego. Przede wszystkim wykonawcy nie mają wpływu na jakość odpadu, który jest wytwarzany przez mieszkańców. W przypadku odpadów słabej jakości (co ma związek z nieprawidłową segregacją odpadów) poziomy składowania odpadów komunalnych i przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych mogą być znacznie trudniejsze do osiągnięcia. Tymczasem to Zamawiający dysponuje narzędziami dyscyplinującymi mieszkańców (w istocie, to mieszkańcy tworzą Zamawiającego jako jednostkę samorządową - Miasto Wrocław). Ma także większe możliwości w zakresie edukacji społeczeństwa. Nie jest więc tak, że wyłącznie wykonawca (jako podmiot odbierający i zagospodarowujący odpady) jest wyłącznie odpowiedzialny za osiągnięcie wymaganych przez u.c.p.g. poziomów składowania odpadów komunalnych i przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. W związku z tym nie jest również uzasadnione ponoszenie przez wykonawców w całości kary w związku z nieosiągnięciem tych poziomów. To nie wykonawca zamówienia, lecz przede wszystkim mieszkańcy gminy, są w głównej mierze odpowiedzialni za jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. Dodatkowo, rolą gmin oraz Państwa jest wprowadzenie inicjatyw i zachęt do poprawienia skuteczności i jakości strumienia odpadów selektywnie zbieranych. Jedynie te działania mogą prowadzić do zwiększenia poziomu i jakości segregacji przez mieszkańców - mogą one bowiem kształtować zachowania mieszkańców przy pomocy uchwalanych przepisów prawa (w tym przepisów prawa miejscowego), odpowiednio egzekwować stosowanie tych przepisów oraz podejmować inne inicjatywy (pozaprawne) mające na celu zwiększanie świadomości ekologicznej mieszkańców (w tym również poprzez edukację w szkołach i przedszkolach). Wykonawca odbierający odpady ma mniejszy wpływ na jakość segregacji - jego rola sprowadza się do kontrolowania jakości segregowania odpadów przez poszczególnych mieszkańców i zgłaszania nieprawidłowości gminom. Wykonawca taki może również sam promować postawy proekologiczne - jednakże należy pamiętać, że możliwości jego wpływu na mieszkańców oraz dostęp do mieszkańców (placówek nauczania, miejsc pracy, wydarzeń publicznych) nie jest tak znaczący. Tymczasem zakwestionowane postanowienia SWU i projektu umowy, nakładające na wykonawcę obowiązek osiągnięcia wysokich poziomów recyklingu (których nieosiągnięcie jest powiązane z zapłatą bardzo wysokich kar umownych), w istocie w całości przenoszą na tego wykonawcę odpowiedzialność za osiągnięcie ustawowych poziomów recyklingu - zwalniając jednocześnie całkowicie z odpowiedzialności w tym zakresie mieszkańców (czyli pierwsze i najważniejsze ogniwo w procesie gospodarowania odpadami), Miasto Wrocław oraz Zamawiającego, któremu Miasto Wrocław powierzyło czynności związane z gospodarowaniem odpadami. Postanowienia te stwarzają sytuację, w której wykonawca przetwarzający odpady z jednej strony może jedynie częściowo przyczynić się do osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, z drugiej zaś w całości ponosi odpowiedzialność umowną za ich nieosiągnięcie. Zamawiający próbuje zatem przenieść na wykonawcę przetwarzającego odpady w całości ryzyko nieprawidłowej segregacji odpadów przez mieszkańców (a więc w istocie wspólnoty, którą on sam czy raczej jego właściciel (Miasto) reprezentuje) oraz ryzyko braku egzekwowania obowiązujących przepisów w zakresie segregacji - które to ryzyko jest efektem czynności i zaniechań osób niezależnych od wykonawcy i pozostających poza jakąkolwiek jego kontrolą.

Odwołujący FBSerwis wskazał, że postanowienia ustanawiające kary umowne w zakresie nieosiągnięcia wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych pomijają także fakt, że w przypadku nieosiągnięcia tych poziomów, w świetle obowiązujących przepisów, Zamawiający nie zostanie obciążony karą w całości, a jedynie w 50%. Zgodnie z art. 12b ust. 1 u.c.p.g. kary pieniężne, o których mowa w art. 9x ust. 2 pkt 1 i 2, art. 9y ust. 2 pkt 1 i 2 oraz art. 9z ust. 2a pkt 1 i 2, oblicza się za 2024 r. i 2025 r. jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Natomiast zgodnie z art. 12b ust. 2 u.c.p.g. kary pieniężne, o których mowa w art. 9x ust. 2 pkt 3, art. 9y ust. 2 pkt 3 oraz art. 9z ust. 2a pkt 3, oblicza się za 2025 r. jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania wyrażonej w Mg. Tymczasem w ramach postanowień projektu umowy na wykonawcę ma zostać nałożona odpowiedzialność w całości, niezależnie od tego, że Zamawiający potencjalnie może ponieść szkodę jedynie w wysokości 50% pierwotnie przewidzianej kary w związku z wejściem w życie art. 12b ust. 1 i 2 u.c.p.g. Zdaniem Odwołującego FBSerwis wyłącznie powiązanie kary umownej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych z karą nałożoną na Zamawiającego na podstawie u.c.p.g. zapewni adekwatność tej kary. W przeciwnym wypadku kara nie będzie miała związku ze szkodą, przez co nie będzie proporcjonalna i jako taka nie powinna być uznana za dopuszczalną.

Odwołujący FBSerwis zauważył, że Zamawiający pominął także fakt, że od 1 października 2025 r. zacznie obowiązywać system kaucyjny. Ustawa z dnia 21 listopada 2024 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1911) treścią art. 1 pkt 1 lit. c) wprowadziła do ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (Dz. U. z 2024 r. poz. 927) art. 8 pkt 15ba, który wprowadza definicję uruchomienia systemu kaucyjnego, przez który to zwrot należy rozumieć dzień od którego system kaucyjny jest prowadzony przez podmiot reprezentujący zgodnie z zasadami określonymi w art. 40g ust. 1, jednak nie wcześniejszy niż dzień 1 października 2025 r. Zatem obowiązkowe obowiązywanie systemu kaucyjnego rozpocznie bieg od tego dnia. Wprowadzenie systemu kaucyjnego z wysokim prawdopodobieństwem spowoduje odpływ z całego strumienia odpadów tych, które są najbardziej jakościowe pod kątem recyklingu. Mieszkańcy nie będą bowiem wytwarzali tych odpadów, przez co nie znajdą się one w strumieniu odpadów odbieranych przez wykonawców, co znacznie utrudni osiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Odwołujący FBSerwis wskazał, że wnioskowany przez niego podział odpowiedzialności (na zasadzie 50/50) jest celowy także w świetle najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jako przykład, wskazał na wyrok z dnia 31 stycznia 2024 r. wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 102/24.

Odwołujący FBSerwis zdaje sobie sprawę z tego, że powszechna wśród zamawiających (gmin i ich związków, miast czy też spółek komunalnych) praktyka przenoszenia obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu na podmioty zagospodarowujące odpady jest prawnie nie tyle wątpliwa, co wręcz niedopuszczalna. Oznacza ona bowiem zobowiązywanie wykonawców do osiągnięcia rezultatu, co do którego z góry można założyć, że nie zostanie osiągnięty (i jest w tym sensie świadczeniem niemożliwym), pozostając w sprzeczności z naturą stosunku i zasadami współżycia społecznego (zobowiązując wykonawcę do osiągnięcia rezultatu – i przewidując karę umowną w razie jego niezrealizowania - na który to rezultat wykonawca wpływ ma wysoce ograniczony). Praktyka taka jest jednak szkodliwa również dla interesu ogólnego. Zmusza ona bowiem wykonawców niejako a priori (z pełną świadomością już przy zawieraniu umowy) do przyjmowania na siebie ciężaru nienależytego wykonania zobowiązań wraz towarzyszącą temu ciężarowi odpowiedzialnością cywilnoprawną. Powyższe z jednej strony stanowi zagrożenie dla renomy wykonawców - którzy w odbiorze społecznym mogą być w tej sytuacji postrzegani jako podmioty niesolidne i nie dotrzymujące zobowiązań, z drugiej zaś może ich narażać na większe ryzyko niż zapłata kar umownych. Nie można wykluczyć, że w pewnych sytuacjach niedotrzymanie zobowiązań w zakresie poziomów recyklingu może być kwalifikowane jako okoliczność uzasadniająca wykluczenie wykonawcy z przyszłych postępowań na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Kary naliczane za nieosiągnięcie poziomów recyklingu (szczególnie w przypadku sformułowania tak rygorystycznych wymogów, jak w niniejszym postępowaniu) mogą potencjalnie być bardzo wysokie i niezmiernie dotkliwe. Ich wysokość może uzasadniać tezę, że wykonawca w kolejnych postępowaniach (w których przewidziana byłaby ww. fakultatywna przesłanka wykluczenia) musiałby nie tylko informować zamawiających o ich naliczeniu, ale

również przeprowadzać procedurę samooczyszczenia (narażając się jednocześnie na istotne ryzyko związane z ewentualnym wykluczeniem go z przyszłych postępowań o udzielenia zamówienia). W ocenie Odwołującego, obciążanie wykonawców ww. ryzykiem i obowiązkami nie jest działaniem uczciwym w sytuacji, gdy faktyczny udział w nieosiągnięciu poziomu recyklingu ma nie tylko wykonawca przetwarzający odpady, lecz również inne podmioty i mieszkańcy gminy lub miasta. Co więcej, przenoszenie na wykonawców kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu pozbawione jest jakiegokolwiek sensu ekonomicznego. Aktualnie bowiem każdy przedsiębiorca, składający swą ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które przewiduje analogiczne jak w niniejszej sprawie przeniesienie obowiązków w zakresie recyklingu, odpowiednio podwyższa cenę ofertową o potencjalne koszty wynikające z obciążenia go równowartością kary za nieosiągnięcie poziomu recyklingu. W praktyce zatem w każdym przypadku gmina (i każdy z jej mieszkańców) i tak poniesie ekonomiczne koszty zapłaty kary - i to jeszcze przed jej faktyczną zapłatą i zapewne w wyższej wysokości, aniżeli kara rzeczywiście zapłacona przez wykonawcę. W aspekcie społecznym i ekologicznym praktyka taka jest wręcz szkodliwa i kontr-produktywna - prowadzi bowiem do zdjęcia z gmin i ich organów (i szerzej: państwa) odpowiedzialności za skuteczność recyklingu (skoro winą za nieosiągnięcie wymaganych poziomów obciąża się wyłącznie wykonawców) - osłabiając motywację organów władzy publicznej i samorządowej do podejmowania działań, które mogłoby rzeczywiście wpłynąć na poprawę sytuacji w tym zakresie. W tym ujęciu, akceptacja praktyki obciążania przedsiębiorców wyłączną odpowiedzialnością za nieosiąganie poziomów recyklingu prowadzi tylko do utrzymywania obecnego stanu rzeczy (niskiej efektywności) w zakresie recyklingu, co nie tylko negatywnie wpływa na środowisko, ale również prowadzi do zwiększenia kosztów systemu gospodarowania odpadami i wynikających zeń opłat ponoszonych przez mieszkańców. Dlatego też zdaniem Odwołującego FBSerwis, szerokie spojrzenie na problematykę dotyczącą poziomów recyklingu prowadzi do wniosku, że obciążanie wyłącznie wykonawców negatywnymi konsekwencjami nieosiągania tych poziomów godzi nie tylko w interesy wykonawców (pozostając w sprzeczności z przepisami powołanymi w odwołaniu), ale również (a nawet przede wszystkim) jest niekorzystne z punktu widzenia interesu publicznego.

Biorąc zatem pod uwagę wszystkie wyżej wskazane okoliczności, tj. brak wpływu wykonawcy na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na wymagania recyklerów i sposób kwalifikacji odpadów jako poddanych recyklingowi, czy wreszcie na przewidywany sposób działania systemu kaucyjnego i jego skutki oraz możliwość uniknięcia kary związanej z osiąganiem poziomów recyklingu przez Zamawiającego, ale brak takiej możliwości po stronie wykonawcy, Odwołujący FBSerwisstwierdził, że ryzyka nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu nie zostały właściwie rozłożone pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę. W świetle ww. okoliczności nie jest uzasadnione, aby kara umowna w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na Zamawiającego (a nawet wyższej, uwzględniając wynikający z wprowadzenia systemu kaucyjnego odpływ ze strumienia odpadów odbieranych przez Wykonawcę „najlepszych", nadających się w najwyższym stopniu poddaniu recyklingu, przy pozostawieniu możliwości ich uwzględnienia Zamawiającemu) obciążała w całości wykonawcę. Jest to sprzeczne zarówno z zasadami współżycia społecznego (art. 5 kc), jak i z zasadą swobody umów - art. 353 (1) k.c. Odwołujący FBSerwis dodał, że powyższe stanowisko potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 31 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 102/24 - tezy zawarte w uzasadnieniu tego wyroku Odwołujący w pełni popiera.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego klauzuli waloryzacyjnej

Odwołujący FBSerwis wskazał, że w celu spełnienia obowiązku wynikającego z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w § 18 ust. 4 lit. e) projektu umowy ustanowił klauzulę waloryzacyjną. Klauzula ta została jednak uzależniona od wystąpienia okoliczności, których wystąpienie i udokumentowanie jest niemalże niemożliwe, co czyni ustanowienie obowiązkowej waloryzacji iluzorycznym. W związku z tym, w ocenie Odwołującego FBSerwis, doszło do naruszenia przepisów wskazanych w treści zarzutu.

Zamawiający formułując stosowną klauzulę odwołał się do poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów w postaci: sumy wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc - 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie ≥ 6% - w przypadku usług wykonanych po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (pierwsza waloryzacja), oraz będzie ≥ 4,5% po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku (kolejne waloryzacje). Ponadto, Zamawiający ustanowił3 dodatkowe wymagania, które powinny być udokumentowane w celu złożenia skutecznego wniosku. Dotyczą one: 1) kosztów paliwa wykorzystywanego w realizacji przedmiotu umowy, dokumentowanych na podstawie wzrostu wskaźnika średniej ceny hurtowej oleju napędowego na stacjach w Polsce, 2) kosztów zatrudnienia osób realizujących zamówienie, 3) zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej. Warunki te muszą być spełnione w oparciu o wzory, zgodnie z którymi

zmiana powinna wynosić ≥ 6% - za cały okres od momentu zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) do dnia złożenia wniosku o waloryzację (pierwsza waloryzacja), oraz ≥ 4,5% za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację (kolejne waloryzacje).

W ocenie Odwołującego FBSerwis, tak ustanowione warunki czynią waloryzację iluzoryczną. Dla spełnienia warunku dotyczącego wystąpienia z wnioskiem o pierwszą waloryzację konieczny byłby wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych, który w ciągu ostatnich 15 lat miał miejsce tylko raz - w czasach wyjątkowych, tj. w pandemii COVID-19. Taki stan rzeczy prowadzi do wniosku, że wystąpienie z wnioskiem waloryzacyjnym najprawdopodobniej nie będzie możliwe (poza sytuacjami, które można byłoby traktować w kategorii siły wyższej, bowiem tylko w takich przypadkach możliwe jest spełnienie restrykcyjnych wymagań związanych z wystąpieniem z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia). Poza tym, że samo złożenie wniosku zależne jest od wystąpienia zdarzeń, które z dużym prawdopodobieństwem nie wystąpią, to sama waloryzacja została uzależniona od spełnienia trzech dodatkowych, równie restrykcyjnych warunków związanych ze zmianą kosztów dotyczących realizacji zamówienia publicznego na poziomie tożsamym do wzrostu wskaźnika. Taki stan rzeczy dodatkowo powoduje, że nawet w przypadku, gdyby doszło do niezwykle nadzwyczajnych zdarzeń i możliwe byłoby złożenie wniosku o waloryzację wynagrodzenia, to konieczne byłoby wykazanie zmiany trzech różnych kosztów na bardzo wysokim poziomie. Nawet gdyby to się udało, to zmiana cen w ramach podziału ryzyka jedynie w połowie znalazłaby odzwierciedlenie w zmianie wynagrodzenia wykonawcy w związku z realizacją zamówienia publicznego. Takie ustanowienie klauzuli waloryzacyjnej powoduje, że w praktyce nie dojdzie do zmiany wynagrodzenia w związku z realizacją zamówienia publicznego. To z kolei stanowi o wprowadzeniu klauzuli jedynie iluzorycznej. Taki stan rzeczy narusza treść przepisów obligujących Zamawiającego do ustanowienia stosownej klauzuli waloryzacyjnej.

KIO 1081/25, KIO 1083/25

Odwołujący Alba zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 4 i pkt 20 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353^1 k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c, art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. przez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia obowiązku osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kar umownych na wypadek ich nieosiągnięcia, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (przeważający udział frakcji odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, słaba jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła", sposób obliczania poziomów recyklingu, rola Zamawiającego w gminnym systemie gospodarki odpadami, uwarunkowania rynkowe w zakresie recyklingu odpadów, rygorystyczne wymogi jakościowe stawiane przez recyklerów), co narusza zasady współżycia społecznego, równowagę stron umowy oraz zasady uczciwej konkurencji, jako że zakłada nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w sytuacji, gdy ich osiągnięcie na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotowej usługi, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem *a priori* obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych, jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy Pzp, gdyż obowiązek nałożony na wykonawcę pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako taki narusza zasadę uczciwej konkurencji;
2. Ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353^1 k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g., art. 9z ust. 2a u.c.p.g., art. 9x ust. 3 u.c.p.g. i art. 12b u.c.p.g. przez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy kary umownej za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ przede wszystkim okoliczności od wykonawcy niezależne, w sposób nieuwzględniający ustawowego obniżenia kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w roku 2025 r. oraz w sposób zakładający nierównomierne rozłożenie ryzyk kontraktowych pomiędzy strony umowy, co stanowi

nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu, przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy recyklingu (przeważający udział frakcji odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, słaba jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła", sposób obliczania poziomów recyklingu, rola Zamawiającego w gminnym systemie gospodarki odpadami, uwarunkowania rynkowe w zakresie recyklingu odpadów, rygorystyczne wymogi jakościowe stawiane przez recyklerów);

3. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 4 i pkt 20, art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 pkt 5 u.c.p.g. i art. 16 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez niedostosowanie załącznika nr 21 do SWU - WYKAZ MGO I POJEMNIKÓW i określonych w nim pojemności pojemników dla poszczególnych frakcji i częstotliwości ich opróżniania dla nieruchomości niezamieszkałych do stanu zgodnego z przepisami u.c.p.g. i Regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminie Wrocław, tj. do stanu, w którym można uznać, że na terenie nieruchomości niezamieszkałych objętych przedmiotem zamówienia odpady są zbierane selektywnie, co narusza zasadę przejrzystości postępowania;

4. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp., art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, art. 240 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3b ust. 2a, ust. 2b u ust. 4 u.c.p.g. przez ustanowienie w rozdziale XV SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert „nieprzekraczanie poziomów składowania" i dokonanie opisu tego kryterium w sposób niejednoznaczny, który nie znajduje podstaw prawnych w zakresie sposobu obliczania poziomów składowania, co w konsekwencji narusza zasadę proporcjonalności, przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, albowiem:

– regulacje prawne dotyczące ograniczania poziomów składowania – art. 3b ust. 2a i 2b adresowane są do gmin;

– brak jest aktu wykonawczego wskazanego w art. 3b ust. 4 u.c.p.g., gdyż Minister właściwy do spraw klimatu nie określił dotąd, w drodze rozporządzenia, sposobu obliczania poziomu składowania oraz warunków zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych poddanych składowaniu, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania osiągnięcia tych poziomów przez każdą gminę oraz przepisami Unii Europejskiej określającymi sposób obliczania poziomu składowania oraz warunki zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych, a co za tym idzie brak jest możliwości weryfikowania osiągnięcia tych poziomów;

– ustawa przewiduje, że gminy mają obowiązek nieprzekraczania poziomu składowania 30% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029, a obowiązek nieprzekraczania poziomu składowania w wysokości 20% wagowo obowiązywać będzie dopiero od roku 2030;

– większość odpadów wymagających składowania pochodzi przede wszystkim ze strumienia odpadów zmieszanych, których udział w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia stanowi niemal 55%, zaś Zamawiający nie przewiduje zmiany tej struktury;

– alternatywą zagospodarowania odpadów przeznaczonych do składowania (19 05 03, 19 05 99) jest ich spalanie, co przy ograniczonych ilościach i mocach przerobowych spalarni w Polsce jest niemożliwe do zrealizowania lub faworyzuje tych wykonawców, którzy posiadają własne spalarnie, co narusza zasadę zapewnienia konkurencyjności oraz zasadę równego traktowania wykonawców;

– redukcja poziomu składowania wymaga zmian legislacyjnych dotyczących m.in. wprowadzenia rozszerzonej odpowiedzialności producentów, co jest wprost powiązane ze wzrostem poziomów recyklingu i na obecnym etapie – tak ze względów prawnych, jak i technologicznych, nieprzekroczenie poziomu składowania 20 % wagowo jest niezwykle utrudnione i mało prawdopodobne;

– zaskarżone pozacenowe kryterium oceny ofert jest kryterium niejednoznacznym, co do którego zasady obliczania poziomu składowania powinny zostać ustalone w rozporządzeniu wykonawczym do u.c.p.g. a zatem na obecnym etapie, wobec braku wymaganego aktu prawnego, jego zastosowanie jest niemożliwe, zaś złożone oferty w tym zakresie będą nieporównywalne, co narusza zasady proporcjonalności, transparentności, konkurencyjności i równego traktowania wykonawców;

5. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353^1 k.c., art. 387 §

1 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 3b ust. 2a, ust. 2b i ust. 4 u.c.p.g. przez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia obowiązku ograniczenia poziomu składowania odpadów komunalnych sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kar umownych na wypadek jego przekroczenia bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (przeważający udział frakcji odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, które po poddaniu ich procesom przetwarzania w instalacjach komunalnych w większości wymagają składowania, słaba jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych; rola Zamawiającego w gminnym systemie gospodarki odpadami, brak spalarni, brak prawnych kryteriów obliczania poziomów składowania), w sytuacji gdy ograniczenie poziomu składowania na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotowej usługi, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem *a priori* obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych, jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy Pzp, gdyż obowiązek nałożony na wykonawcę pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako taki narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz przez zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej za nieosiągnięcie poziomu składowania oraz określenie błędnego wzoru matematycznego dla potrzeb obliczenia wysokości tej kary;

6. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp i art. 58 ustawy Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej, o których mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. i 1.2.2.2. SWZ, w sposób niejasny, nieprecyzyjny i niezrozumiały, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasadę uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności ;

7. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 8 i pkt 9 ustawy Pzp, art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 115 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 7 pkt 18 ustawy Pzp oraz art. 126 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 8 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy przez:

- ustanowienie w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2.4.4 warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wykracza poza unormowania ustawowe, a dotyczy nieposiadania przez wykonawcę zobowiązań pieniężnych, względem których opóźnienie w wykonaniu przekracza trzy miesiące. Warunek ten jest nieprecyzyjny, nie określa bowiem czy oświadczenie dotyczy wyłącznie zobowiązań bezspornych, czy również takich, których zasadność wykonawca kwestionuje,
- nałożenie na wykonawcę obowiązku złożenia, na wezwanie Zamawiającego – jako podmiotowego środka dowodowego – oświadczenia o treści określonej w załączniku nr XII do formularza oferty, które jest nieprecyzyjne, a także dotyczy bliżej nieokreślonych zobowiązań bez wskazania ich charakteru, w nieokreślonym przedziale czasowym, w tym również trwającym po złożeniu oświadczenia, tj. na przyszłość, co do okoliczności, które nie mają przymiotu trwałości;

8. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w. zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, że na terenie sektora 4 we Wrocławiu znajdują się pojemniki PRESKO;

9. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 4 i pkt 20 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie warunków projektowanej umowy w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w sposób uniemożliwiający na etapie badania ofert weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, które to naruszenie polega na:

a) niezgodności wymogów SWZ w zakresie zdolności technicznej wykonawcy ze wskazanymi w SWU warunkami realizacji zadania, polegającej na zaniechaniu sformułowania w SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wykonawcy co do wymogu dysponowania przez wykonawcę pojazdem specjalistycznym PRESKO, tj. pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów z pojemników naziemnych PRESKO, pomimo że pojemniki tego typu zlokalizowane są na terenie Sektora 4, w związku z czym od

pierwszego dnia świadczenia usługi konieczne jest wykorzystywanie pojazdu przystosowanego do odbioru odpadów z pojemników PRESKO,

b) niezgodności wymogów SWZ w zakresie zdolności technicznej wykonawcy ze wskazanymi w SWU warunkami realizacji zadania, polegającej na zaniechaniu sformułowania w SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wykonawcy co do wymogu dysponowania przez wykonawcę co najmniej dwoma pojazdami bezpylnymi odbierającymi odpady z pojemników o pojemności 60l-1100l lub z worków, wyposażonymi w wagę statyczną posiadającą legalizację Głównego Urzędu Miar w Polsce (GUM) lub innej jednostki notyfikowanej, podczas gdy w SWU, w Rozdziale XIII SWU – „Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów identyfikacji pojemników" w ust. 1 pkt 5) został sformułowany obowiązek posiadania takich pojazdów oraz wykorzystywania ich do realizacji usługi odbioru odpadów już od pierwszego dnia realizacji usługi;

10. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 4 i pkt 20 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ustawy Pzp oraz art. 68a ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie warunków projektowanej umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także uniemożliwiający, na etapie badania ofert, ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznej, ponieważ postanowienia SWZ nie przewidują wymogów odnoszących się do zdolności technicznej wykonawcy w zakresie dysponowania pojazdami spełniającymi warunki elektromobilności, podczas gdy Zamawiający, w rozdziale XIII ust. 11SWU, sformułował obowiązek realizowania usługi zgodnie z wymaganiami tej ustawy;

11. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 4, pkt 19 i pkt 20 oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353^1 k.c. przez określenie informacji o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz sformułowanie projektowanych postanowień umowy w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny, niepozwalający na jednoznaczne ustalenie sposobu realizacji uprawnień Zamawiającego oraz wzbudzający wątpliwości co do terminu, w jakim Zamawiający będzie weryfikował czy baza magazynowo-transportowa oraz pojazdy spełniają wymagania podane w SWZ, umowie oraz SWU,

12. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 4 i pkt 20 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie warunków projektowanej umowy w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z ww. przepisami, które to naruszenie polega na braku transparentnego, jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ważenia odpadów na bazie magazynowo-transportowej wykonawcy, jako że brak jest jednoznacznej informacji, że w celu zgodnego z SWU zważenia odpadów pojazd z odpadami powinien wyładować odpady na bazie magazynkowotransportowej;

13. Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz naruszający równowagę stron umowy, niezapewniający ekwiwalentności świadczeń stron umowy i powodujący przerzucenie na wykonawcę ryzyk związanych ze zmianą kosztów wykonywania przedmiotu zamówienia poprzez zastrzeżenie w § 18 ust. 3 pkt 5 i § 18 ust. 4 pkt 1) lit. e) projektu umowy, że zmiana postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 ust. 1 i ust. 10 w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest możliwa po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastosowaniem wzoru, który określa 50% współczynnik rozkładu ryzyka, w sytuacji gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie ≥6 % (dotyczy Wykonawcy) lub ≤–6 %(dotyczy Zamawiającego) w przypadku pierwszej waloryzacji oraz ≥4,5 % (dotyczy Wykonawcy) lub ≤–4,5% (dotyczy Zamawiającego) w przypadku kolejnych waloryzacji, z jednoczesnym zastrzeżeniem maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do wysokości +/- 8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto oraz obowiązkiem wykazania łącznego spełnienia warunków uznawanych przez Zamawiającego za dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanej z realizacją zamówienia

w postaci: 1) udokumentowania istotnej zmiany kosztów paliwa na podstawie wzorów określonych przez Zamawiającego, 2) udokumentowania istotnej zmiany kosztów zatrudnienia w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, 3) udokumentowania zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów w instalacji komunalnej albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego lub wykazania zmiany innych trzech kluczowych składowych kosztów świadczonej usługi, pod warunkiem wykazania ich istotności dla łącznego kosztu realizacji zamówienia (przez poziom istotności należy rozumieć co najmniej 10% udział w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia w sposób obliczony na podstawie wzoru określonego przez Zamawiającego), podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Ponadto, w przypadku gdy to Zamawiający będzie uprawniony do złożenia wniosku o zmianę przedmiotowej umowy, to Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia dokumentów umożliwiających Zamawiającemu udokumentowanie wskazanych przesłanek, a będących w posiadaniu Wykonawcy. Powoduje to, że obowiązek udokumentowania zmiany staje się jednostronny - czy z waloryzacji będzie chciał skorzystać Wykonawca czy Zamawiający ciężar przygotowania dowodów spoczywa na Wykonawcy.

Odwołujący Alba wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentów zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu niewskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Alba wskazał w szczególności:

Zarzut nr 1 i zarzut (ewentualny) nr 2

Zamawiający w rozdziale I pkt 6 ppkt 11 SWU określił, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do osiągania rocznych poziomów zagospodarowania odpadów. Obowiązek ten Zamawiający rozwinął w rozdziale XVIII SWU – Osiąganie rocznych poziomów zagospodarowania odpadów. W rozdziale XVIII pkt 1 SWU Zamawiający określił, że:

W zakresie osiągania poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane na terenie Sektora odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych oraz usługi SZOP i SZOT, w sposób zapewniający spełnienie, w odniesieniu do masy odpadów, do których zagospodarowania obowiązany jest Wykonawca, wymagań co do rocznych poziomów w zakresie:

- ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania, o którym mowa w art. 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.),
- osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ust. 1-1b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.);
- nieprzekraczania poziomu składowania odpadów, o którym mowa w art. 3b ust. 2a-2b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.), obliczanego na podstawie przepisów powołanej ustawy oraz odpowiednich aktów wykonawczych do niej;
- nieprzekraczania poziomu składowania odpadów, o którym mowa w art. 3b ust. 2a-2b ustawy utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.), w wysokości wskazanej w Ofercie, obliczanego zgodnie z pkt 2 ppkt 4;

- osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu opadów wielkogabarytowych w wysokości wskazanej w Ofercie, obliczanego zgodnie z pkt 2 ppkt 5.

W kolejnym punkcie SWU Zamawiający doprecyzował, że Wykonawca jest zobowiązany do Przedłożenia Zamawiającemu sprawozdania dotyczącego osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z pkt 1 oraz obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie.

Zamawiający określił sposób obliczania kar za nieosiągnięcie tych poziomów w rozdziale XVIII pkt 7 ppkt 2 SWU sposób następujący:

$$W_{K2} = (M_{B1}-M_Z) \times S$$

gdzie:

W_{K2} – wysokość kary wyrażona w zł,

M_{B1} – brakująca masa odpadów komunalnych, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

$$M_Z = (M_K+M_{9nb}) \times M_S/M_C$$

M_Z - masa odpadów o jaką pomniejszona zostanie brakująca masa odpadów komunalnych ($M_{B1)}$, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

M_K – masa odpadów opakowaniowych przygotowanych do ponownego użycia i do recyklingu, powstałych z zebranych odpadów opakowaniowych ustalonej w oparciu o sprawozdania składane Prezydentowi Wrocławia na podstawie art. 40p ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi, wyrażona w Mg,

M_{9nb} – masa odpadów przygotowanych do ponownego użycia i do recyklingu, powstałych z zebranych odpadów komunalnych, ustalonej w oparciu o roczne sprawozdania składane Prezydentowi Wrocławia na podstawie art. 9nb ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wyrażona w Mg,

M_S – masa odpadów odebranych i zebranych przez Wykonawcę z Sektora w danym roku kalendarzowym, wyrażona w Mg,

M_C – masa odpadów odebranych i zebranych na trenie wszystkich Sektorów w danym roku kalendarzowym, wyrażona w Mg,

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

Z kolei w Projekcie Umowy stanowiącym załącznik A do SWZ Zamawiający określił sposób obliczania kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w sposób następujący - § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy:

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

Wprowadzony w dokumentach zamówienia obowiązek osiągnięcia przez wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „poziomów recyklingu") jest niemożliwy do osiągnięcia, a jako taki jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W roku 2025 wymagany do osiągnięcia poziom recyklingu wynosi 55%, w 2026 r. – 56 %, zaś w 2027 r. – 57%. Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku gdy ponad 54 % strumienia odpadów odbieranych w Sektorze IV to odpady zmieszane, jest niemożliwe do zrealizowania. Dla odpadów zmieszanych możliwy do osiągnięcia poziom recyklingu wynosi zaledwie kilka procent. Zasadniczo w odpadach zmieszanych w ogóle nie powinny znajdować się odpady nadające się do recyklingu lub ponownego użycia. Recyklingowi poddawane są frakcje odpadów zbieranych selektywnie, lecz ich udział w całym strumieniu odpadów jest zbyt mały, aby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie 55% lub większym. Nawet przy

kontrfaktycznym założeniu, że wszystkie odpady zbierane selektywnie zostaną poddane recyklingowi w 100% brak jest możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu na zadanym poziomie.

Zamawiający zmierza do całkowitego obarczenia Wykonawcy odpowiedzialnością za osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, a brak realizacji tego obowiązku sankcjonuje nałożeniem na wykonawcę kary umownej. Z uwagi na nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 99 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. Przede wszystkim przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, czego konsekwencją jest m.in. błędne przekonanie Zamawiającego, że to wykonawca ma bezpośredni wpływ na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. W rzeczywistości w całym łańcuchu zdarzeń prowadzących do recyklingu odpadów, udział podmiotu odbierającego i zagospodarowującego odpady jest relatywnie niewielki.

W ocenie Odwołującego nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu w wysokości określonej w dokumentacji postępowania jest żądaniem świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. Zdaniem Odwołującego niemożność ta ma charakter pierwotny i obiektywny – żaden wykonawca nie jest w stanie osiągnąć tak wysokich poziomów recyklingu, jakich oczekuje Zamawiający, ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Wprowadzenie przez Zamawiającego omawianego wymagania należy zatem uznać za naruszenie zasad współżycia społecznego oraz nadużycie prawa podmiotowego.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z analizą stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Wrocław za rok 2023, poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych dla gminy Wrocław w roku 2023 wyniósł zaledwie 28,87%. Jest to poziom niższy aż o ponad 26 punktów procentowych niż ten, który powinien zostać osiągnięty w 2025 r. W międzyczasie nie doszło zaś do żadnej zmiany faktycznej ani prawnej, która dawałaby podstawy przypuszczać, że poziomy recyklingu w roku 2025 i w latach kolejnych będą mogły zostać osiągnięte. W szczególności nadal nie wdrożono systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta ani przepisów o ekoprojektowaniu opakowań czy o ekomodulacji.

Odwołujący podkreśla, że osiągnięcie przez gminy 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., a zatem to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych za dany rok kalendarzowy. W przypadku systemu gminnego ustawodawca jednoznacznie przesądził, że obowiązek osiągniecia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, jak też ewentualna kara w przypadku jego nieosiągnięcia, obciąża gminę. Zgodnie z art. 9z ust. 2a u.c.p.g gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c - podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu:

- przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu;
- ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;
- składowania.

Zgodnie z art. 9z ust. 2a u.c.p.g w zw. z art. 9z ust. 3 u.c.p.g w zw. z art. 9x ust. 3 u.c.p.g administracyjną karę pieniężną za nieosiągnięcie poziomów recyklingu oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Warto dodać, że ustawodawca obniżył wysokość administracyjnych kar pieniężnych za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu w 2025 r. Ustawa z dnia 21 listopada 2024 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2024 r., poz. 1717) wprowadziła szczególne zasady obliczania kar pieniężnych za 2024 r. i 2025 r. Na jej mocy wprowadzono do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach art. 12b obniżający o połowę wysokość kar, jakie będą nakładane m.in. na gminę z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu za rok 2024 i 2025. Poniżej treść tego przepisu.

1. Kary pieniężne, o których mowa w art. 9x ust. 2 pkt 1 i 2, art. 9y ust. 2 pkt 1 i 2 oraz art. 9z ust. 2a pkt 1 i 2, oblicza się za 2024 r. i 2025 r. jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych)

odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

2. Kary pieniężne, o których mowa w art. 9x ust. 2 pkt 3, art. 9y ust. 2 pkt 3 oraz art. 9z ust. 2a pkt 3, oblicza się za 2025 r. jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania wyrażonej w Mg.

Uprawnienie gminy do zapewnienia sobie możliwości oddziaływania na sposób gospodarowania odpadami komunalnymi przez podmiot, któremu udzielono zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, nie powinno być utożsamiane z możliwością przenoszenia na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za realizację obowiązków publicznoprawnych przynależnych gminie. To bowiem Zamawiający jako gmina ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. W praktyce zachowania mieszkańców w zakresie spełniania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów w istotny sposób odbiegają od zachowań pożądanych, jednak bez działań podejmowanych przez Zamawiającego, nie jest możliwa zmiana zachowań mieszkańców.

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

Należy podkreślić, że sądy administracyjne stoją na stanowisku, iż w zakresie zadań własnych gmina nie może zaniechać wykonywania swoich obowiązków ani przerzucać ich wykonywania na inne podmioty, gdyż tak czyniąc, faktycznie przestaje wykonywać swoje ustawowe obowiązki, co w świetle prawa oznacza, że organy gminy działają niezgodnie z prawem (tak np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lipca 2007 r., sygn. akt II OSK 1048/06; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt I OSK 1372/05; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2016 r., sygn. akt IV SA/Po 888/15).Ponadto w orzecznictwie przyjmuje się, że „umowa cywilnoprawna nie może modyfikować praw i obowiązków publicznoprawnych” (np. wyrok NSA z 16 maja 2012 roku, sygn. akt II FSK 2086/10), co w szczególności obejmuje niedopuszczalność kontraktowej modyfikacji zasad ponoszenia odpowiedzialności publicznoprawnej, np. w postaci kary pieniężnej (np. wyrok WSA w Warszawie z 13 maja 2010 roku, sygn. akt VI SA/Wa 279/10).

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.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający pominął szereg okoliczności mających wpływ na osiąganie poziomów recyklingu.

Przede wszystkim pominięto, że wykonawca nie ma żadnego wpływu ani na ilość, ani na rodzaj i jakość wytworzonych na terenie Sektora odpadów komunalnych, które zobligowany jest odebrać i zagospodarować, realizując przedmiot zamówienia. Innymi słowy, wykonawca nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania w toku realizacji przedmiotowej umowy. Wykonawca nie dysponuje także żadnymi

instrumentami, które pozwalałyby oddziaływać na sposób gospodarowania odpadami komunalnymi nieobjętymi zamówieniem, w szczególności odpady, które trafią do systemu kaucyjnego. Zachowania w tym zakresie z uwagi na wzór określony przez Zamawiającego w SWU w bezpośredni sposób mogą wpływać na wysokość kary umownej, którą będzie musiał zapłacić wykonawca.

Im większa ilość wytworzonych odpadów komunalnych, tym trudniej będzie osiągnąć wymagane poziomy recyklingu, jako że nie każdy rodzaj odpadów, nawet jeżeli są to odpady selektywnie gromadzone, podlega recyklingowi. Wiele przedmiotów i substancji, które stają się odpadami komunalnymi, w ogóle nie może zostać poddane recyklingowi ze względu na ograniczenia fizykochemiczne, zanieczyszczenia i wtrącenia, brak dostępnych technologii przetwarzania lub całkowitą ekonomiczną nieopłacalność prowadzenia działalności w zakresie recyklingu. Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w masie odpadów poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów.

Okolicznością notoryjną jest niedobór instalacji zajmujących się recyklingiem w Polsce. Pomimo tego, że gospodarka obiegu zamkniętego jest jednym z najważniejszych elementów polityki UE, to w ostatnich latach mieliśmy do czynienia z likwidacją wielu zakładów recyklingu, w tym także upadłości szeregu przedsiębiorców zajmujących się recyklingiem (zob. m.in. .

Nie obserwuje się zmian krajowego prawa w zakresie wdrożenia rozszerzonej odpowiedzialności producenta, wymagań dotyczących ekoprojektowania, wspierania inwestycji w zakresie recyklingu. Działalność w zakresie recyklingu staje się ekonomicznie nieopłacalna. Około 30% przedsiębiorców zajmujących się recyklingiem zakończyła swoją działalność w ostatnich latach z uwagi na brak rentowności. Jest to trend obecny nie tylko na rynku polskim, ale także na innych rynkach europejskich. Polski rząd, pomimo apelów i próśb firm z różnych sektorów gospodarki, nie wspiera przedsiębiorców zajmujących się recyklingiem. Nie podejmuje też wystarczających działań w celu dostosowania polskiego prawa do standardów unijnych. Z uwagi na ograniczoną liczbę instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów w Polsce i dużą dostępność surowców na rynku, to recyklerzy dyktują warunki przyjęcia odpadów, narzucając wysokie standardy, jakim muszą odpowiadać odpady, czy wręcz odmawiając przyjęcia odpadów surowcowych wysortowanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych w instalacjach komunalnych.

Wpływ na możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu ma przede wszystkim jakość selektywnej zbiórki odpadów „u źródła". Tymczasem wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania ani na rzetelność segregacji odpadów przez mieszkańców. Nawet następcze wysortowanie w instalacji odpadów surowcowych ze strumienia odpadów zmieszanych nie oznacza możliwości poddania ich recyklingowi, jest to możliwe w odniesieniu do zaledwie marginalnej ilości odpadów, które nie uległy zanieczyszczeniom. Odebranie papieru czy tworzyw sztucznych razem z odpadami zmieszanymi uniemożliwia poddanie ich recyklingowi z uwagi na zanieczyszczenia znajdujące się w odpadach zmieszanych takie jak materia organiczna, tłuszcze, popiół i inne zabrudzenia. Co więcej, przepisy nie dopuszczają uznania za poddane recyklingowi bioodpadów pochodzących ze strumienia odpadów zmieszanych. Bioodpady stanowiące odpady komunalne poddane obróbce tlenowej lub beztlenowej zalicza się do odpadów poddanych recyklingowi, jeżeli zostały zebrane w sposób selektywny (zob. § 6 ust. 4 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych). Problematyczna jest także frakcja tworzyw sztucznych.

Nie wszystkie procesy przetwarzania czy odzysku odpadów stanowią recykling. Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Oznacza to, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów do recyklingu. W masie tej nie są uwzględniane wszelkie zanieczyszczenia i wtrącenia, które zostaną odrzucone w procesach poprzedzających przekazanie odpadu do recyklingu. Masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejsza się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe i technologiczne stosowane przez recyklerów nie mogą zostać przetworzone. Ponadto, w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które

utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane.

Podkreślenia wymaga, że to Zamawiający jako gmina ma instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów, którymi nie dysponuje wykonawca. Chodzi tu o edukację społeczeństwa, stosowanie zachęt ekonomicznych, a także sankcjonowanie nieprawidłowości w realizacji obowiązku selektywnego gromadzenia odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. Jego rola co najwyżej ogranicza się do notyfikowania o stwierdzonych nieprawidłowościach i działalności edukacyjnej, która w zakresie przewidzianym przez Zamawiającego w ramach przedmiotu zamówienia zaspokaja jedynie ułamek potrzeb. Co szczególnie istotne to Zamawiający jako gmina tworzy system gospodarki odpadami – zob. art. 6c ust. 1 u.c.p.g. – uchwalając szereg aktów normatywnych w tym zakresie, z regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminie na czele, prowadzi działalność kontrolną zarówno w stosunku do mieszkańców, jak i właścicieli nieruchomości niezamieszkałych.

Pewnym paradoksem jest, że obowiązki nałożone na wykonawcę na podstawie przepisów u.c.p.g. ograniczają możliwość osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu. Zgodnie z art. 6ka ust. 1 u.c.p.g. w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości. Tymczasem problem z niewłaściwą realizacją obowiązku selektywnej zbiórki polega przede wszystkim na tym, że odpady surowcowe trafiają do pojemników na odpady zmieszane, podczas gdy powinny trafiać do pojemników na frakcje selektywnie gromadzone. Mechanizm odwrotny, który nakładałby obowiązek należytego posegregowania odpadów zmieszanych przez właściciela nieruchomości, pozwoliłby zwiększyć szanse na uzyskanie wymaganych poziomów.

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

1)niezwłocznie sporządzić notatkę w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników (zgodnie z Rozdziałem XIII), zgodnie z załącznikiem nr 16 – Wzory notatek umieszczanych w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników, z zastrzeżeniem, że na fotografiach dołączanych do notatki ma być widoczna naklejka (przyklejona na pojemnik), o której mowa w lit. b), zawartość pojemnika od wewnątrz i zdjęcie pojemnika na zewnątrz, miejsce gromadzenia odpadów wraz ze wszystkimi pojemnikami oraz oraz widoczna na zdjęciu data, godzina i geolokalizacja (długość i szerokość geograficzna),

2)oznakować pojemnik, w którym stwierdzono niedopełnienie obowiązku wskazanego w ppkt 4), poprzez umieszczenie (przyklejenie) w widocznym miejscu na pojemniku naklejki wielokrotnego użytku zgodnej z projektem określonym w załączniku nr 5 – Wzór naklejki i powiadomienia informujących o niewypełnieniu obowiązku selektywnej zbiórki informującej o zaistniałej nieprawidłowości z zastrzeżeniem, że w przypadku nieruchomości jednorodzinnych i niezamieszkałych, Wykonawca zobowiązany jest także do dostarczenia powiadomienia (sporządzonego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 5) bezpośrednio do skrzynek pocztowych znajdujących się na terenie nieruchomości, a w przypadku ich braku, Wykonawca obowiązany jest pozostawić powiadomienie w innym miejscu umożliwiającym jego odbiór,

3)odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

4)usunąć naklejkę, o której mowa w lit. b) podczas odbioru odpadów jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,

5)sporządzić protokół zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 6 - Wzór protokołu stwierdzającego, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (…).”

Wskazać należy, że w zabudowie wielolokalowej z uwagi na częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych oraz fakt, że naklejkę usuwa się po opróżnieniu pojemnika z odpadami zmieszanymi, wielu mieszkańców może nawet nie mieć świadomości nienależytej realizacji obowiązku selektywnej zbiórki, gdyż może nie zauważyć nalepki informującej o nieprawidłowej segregacji. Ponadto, powyższe obowiązki powodują zwiększenie udziału odpadów zmieszanych w całym strumieniu zebranych odpadów, co znacząco utrudnia osiągnięcie poziomów recyklingu, np. odebranie papieru czy tworzyw sztucznych razem z odpadami zmieszanymi uniemożliwia poddanie ich recyklingowi z uwagi na

zanieczyszczenia.

To Zamawiający sprawuje kontrolę nad realizacją obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, egzekwując ten obowiązek poprzez nakładanie opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów. Skoro to Zamawiający posiada instrumenty pozwalające zdyscyplinować mieszkańców, niezrozumiałym i nieadekwatnym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia jest obarczanie pełną odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomów recyklingu wykonawcy. Wedle wiedzy Odwołującego Zamawiający wszczyna postępowania o nałożenie opłaty podwyższonej w stosunku do niewielkiej ilości nieruchomości (rzędu 100), pomimo kierowanych do niego zgłoszeń wykonawcy co do nienależytej realizacji obowiązku selektywnej zbiórki przez mieszkańców (rzędu kilku tysięcy). Wobec braku odpowiedniego „dyscyplinowania" mieszkańców nie będzie możliwe uzyskanie wymaganych prawem poziomów recyklingu.

Jeszcze raz podkreślenia wymaga, że wykonawca nie może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła", co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, a wszystkie instrumenty i kompetencje – takie jak działania prawodawcze, nakładanie sankcji za nieprawidłowości w zakresie postępowania z odpadami przez mieszkańców, zachęty ekonomiczne – pozostają w gestii Zamawiającego.

Możliwość nałożenia na wykonawcę kary umownej z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu obciąża wykonawcę pomimo prawidłowej realizacji pozostałych obowiązków wynikających z umowy. Tymczasem odpowiedzialność wykonawcy powinna kształtować się stosownie do działań wykonawcy, za które można przypisać mu winę. Jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, to nie jest zobligowany do naprawienia powstałej szkody. Instytucja kary umownej oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Kara umowna przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy całkowicie abstrahuje od odpowiedzialności, jaka może być wykonawcy przypisana, a tym samym została określona w sposób nieadekwatny, z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz zasad współżycia społecznego i uczciwości kupieckiej. Powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą (takich, na których powstanie nie mają oni wpływu). Zgodnie z przepisami p.z.p. kara umowna winna być nałożona wyłącznie za zawinione działania i zaniechania, co nie wynika z obecnego brzmienia postanowień umownych.

Zamawiający wprawdzie uwzględnił we wzorze określającym sposób obliczenia kary, że od 1 października 2025 r. funkcjonować będzie system kaucyjny, ale jest to działanie niewystarczające, aby uznać, że ryzyka nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu zostały w niniejszym postępowaniu właściwie rozłożone pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę. Mianowicie Zamawiający przewidział doliczenie masy odpadów opakowaniowych przygotowanych do ponownego użycia i do recyklingu, powstałych z zebranych odpadów opakowaniowych ustalonej w oparciu o sprawozdania składane Prezydentowi Wrocławia na podstawie art. 40p ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz masy odpadów przygotowanych do ponownego użycia i recyklingu, powstałych z zebranych odpadów komunalnych, ustalonej w oparciu o roczne sprawozdania składane Prezydentowi Wrocławia na podstawie art. 9nb u.c.p.g. Wskazać należy, że eksperci szacują, że wprowadzenie systemu kaucyjnego jedynie w niewielkim stopniu przełoży się na osiąganie poziomów recyklingu. Jak wynika z raportu Deloitte dopiero od 2028 roku masa odpadów opakowaniowych zebranych w systemie kaucyjnym spowoduje wzrost poziomów recyklingu, jednak jedynie o około 0,2-0,4% w stosunku do obecnie odzyskiwanego w ramach zbiórki komunalnej strumienia tej frakcji.

Na tę chwilę nie są określone metody weryfikacji ani kontroli prawidłowości zagospodarowania odpadów odebranych w ramach systemu kaucyjnego. Wykonawca nie posiada żadnych narzędzi oddziaływania na podmioty odpowiedziane za gospodarowanie odpadami w ramach systemu kaucyjnego. Istnieje również duże prawdopodobieństwo, że część odpadów odpłynie do gmin ościennych, w których mieszkańcy robią zakupy (Długołęka, Kobierzyce), by tam przekazać je za kaucją uprawnionym podmiotom. Na chwilę obecną brak jest regulacji normatywnej, która określałaby, na jakich zasadach ustalane będzie pochodzenie z terenu danej gminy odpadów przekazywanych do systemu kaucyjnego.

Podkreślić należy również, iż Zamawiający może poprzez działania prawodawcze, tj. zapisy w regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie, wywierać wpływ na kształtowanie się strumienia odpadów. Już teraz zapisy regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia określają warunki uznania, że odpady zbierane są w sposób selektywny. Zapisy § 5 Regulaminu stanowią, że dla uznania zbiorki odpadów za selektywną, udział odpadów zmieszanych w łącznej objętości wszystkich odpadów odebranych z nieruchomości musi wynosić poniżej 45%. Pomimo wprowadzenia takiego zapisu już w 2020 roku Zamawiający nadal przyjmuje od właścicieli nieruchomości deklaracje niespełniające warunku selektywnej zbiórki, gdzie udział odpadów zmieszanych pojemnościowo przekracza 45% i wymaga realizacji takich zleceń do wykonawców. Zamawiający posiada więc narzędzie, z którego nie korzysta,

natomiast całą odpowiedzialność za negatywne konsekwencje braku selektywnej zbiórki zamierza przerzucić na wykonawców.

Uwzględniając powyższe okoliczności, stwierdzić należy, że określenie spoczywającego na wykonawcy obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i związanej z jego nieosiągnięciem kary umownej nastąpiło w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający szeregu okoliczności związanych z systemem gospodarki odpadami w gminie i realiami wykonywania umowy o zamówienie publiczne. Postanowienia umowne przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność kontraktową za nie jego czyny, stanowią klauzule abuzywne. Stosownie do art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonanie świadczenia umownego było możliwe, a skutki jego niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla Wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji dominującej i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego, jak i zasadom współżycia społecznego, w tym zasadom uczciwości obrotu oraz lojalności i zaufania względem kontrahenta.

W ocenie Odwołującego obciążenie jednej strony umowy obowiązkiem i karą umowną za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych stanowi naruszenie przepisów ustawy. Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy p.z.p.

Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie". Zamawiający przerzucił na wykonawcę w całości ryzyko wystąpienia jakichkolwiek okoliczności, które mogą wpłynąć na nieosiągnięcie wskazanych poziomów. Takie działanie Zamawiającego jest niezgodne z art. 433 pkt 2) p.z.p., zgodnie z którym przepisy Umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Działania Zamawiającego są sprzeczne nie tylko ze wskazanymi powyżej przepisami p.z.p. oraz u.c.p.g., ale także z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, przez to wykraczają poza zasadę swobody umów określoną w Kodeksie cywilnym. Podkreślenia wymaga, że umowa o świadczenie usług jest umową starannego działania a nie umową rezultatu. Jeżeli jednak przyjąć, że po stronie wykonawcy istnieje obowiązek osiągnięcia określonego rezultatu, to wówczas należałoby dokonać analogii do umowy o dzieło i przyjąć, że to Zamawiający dostarcza materiału do wykonania dzieła. Oznaczałoby to, że Zamawiający jest odpowiedzialny za odpady przekazywane wykonawcy do odbioru i zagospodarowania, jak i za to, by materiał ten nadawał się do wykonania dzieła w sposób oczekiwany, czyli by były to opady zapewaniające możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu.

Wykonawca nie może być karany za brak osiągnięcia poziomów recyklingu. Wina jest obligatoryjną przesłanką naliczenia kary umownej. Jeżeli wykonawca nie ponosi winy, to nie może być mowy o karze umownej.

Konieczność równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych przy udzielaniu zamówień publicznych potwierdza także dotychczasowe orzecznictwo Izby.

Podkreślenia wymaga, że gmina może ubiegać się o zawieszenie nałożonej na nią kary administracyjnej, o czym stanowi wprost przepis art. 9ze ust. 1 u.c.p.g: „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta może złożyć wniosek do wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o zawieszenie zapłaty kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 i 2a, przed upływem terminu, w którym ma być ona uiszczona."

Wskazać należy, że w wyroku z dnia 29 października 2024 r., sygn. akt KIO 3638/24, dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Miasta Otwocka", numer referencyjny: WZP.271.38.2024 – a zatem postępowania obejmującego analogiczną usługę jak ta objęta przedmiotem niniejszego postępowania – Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu usunięcie § 11 ust. 1-3 i §14 ust. 1 projektowanych postanowień umownych. W §11 Wzoru umowy Zamawiający określił obowiązki wykonawcy związane z osiąganiem poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych: „1. Wykonawca

zobowiązany jest do osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych wyliczanych zgodnie z Ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 2024 r. poz. 399 ze zm.). 2. Wymagane poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów, wynoszą w roku 2024 - co najmniej 45% wagi zebranych odpadów, w roku 2025 – co najmniej 55%. 3. Ustalenie, czy Wykonawca osiągnął wymagane poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia nastąpi na podstawie sprawozdania." W §14 ust. 1 Zamawiający zastrzegł kary umowne z tego tytułu: „Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku nieosiągnięcia wymaganych zgodnie z § 11 umowy poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów (papier, szkło, tworzywa sztuczne, metale) i/lub nieuzyskania odpowiedniego poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania – w wysokości obliczonej zgodnie z art. 9 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r. poz. 399 ze zm.)."

Mając na względzie, że ustawodawca obniżył o połowę wysokość kar, jakie będą nakładane m.in. na gminę z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu za rok 2024 i 2025, zamiar obciążenia wykonawcy karą umowną w wysokości określonej we wzorze umowy pozostaje nieproporcjonalny i nadmiarowy w stosunku do odpowiedzialności gminy za osiąganie poziomów recyklingu i jako taki nie powinien się ostać.

Mając na względzie powyższe w ocenie Odwołującego obowiązek spoczywający na wykonawcy powinien zostać zastąpiony obowiązkiem dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, a kara umowna, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy powinna zostać wykreślona.

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1,

należy uznać, że kara umowna określona § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy określona została w wysokości rażąco wygórowanej, co skutkować powinno dokonaniem modyfikacji postanowień umowy § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy w ten sposób, aby wykonawca, który nie osiągnie poziomów recyklingu, podlegał karze umownej w wysokości maksymalnie 50% wysokości kary, której podlegałby Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, z uwzględnieniem innych przepisów regulujących wysokość tej kary, w tym przepisów ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

- wykreślenie zapisów zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu oraz kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów i zastąpienie ich obowiązkiem dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych określonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

względnie

o nakazanie dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia odnoszących się do kary umownej przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy poprzez równomierne rozłożenie ryzyka związane z nieosiągnięciem poziomów recyklingu pomiędzy Zamawiającego a wykonawcę poprzez wprowadzenie zapisu w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) "za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVIII, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7, ppkt 2) wykonawca, w wysokości maksymalnie 50% wysokości kary, której podlega zamawiający zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości I porządku w gminach, z uwzględnieniem innych przepisów regulujących wysokość tej kary, w tym przepisów ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw.

Zarzut nr 3

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 5 u.c.p.g. obowiązkiem gminy jest zapewnienie czystości i porządku na swoim terenie i tworzenie warunków niezbędnych do ich utrzymania, a w szczególności zapewnienie selektywnego zbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady.

Obowiązkiem wykonawcy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest m.in. odbiór odpadów z terenu wskazanych w OPZ nieruchomości niezamieszkałych zgodnie z częstotliwością określoną w załączniku nr 21 do SWU - WYKAZ MGO I POJEMNIKÓW. Wskazane przez Zamawiającego w tym wykazie dane dotyczące pojemności pojemników przeznaczonych dla poszczególnych frakcji odpadów z uwzględnieniem informacji o częstotliwości ich odbioru pokazują, że dla szeregu nieruchomości niezamieszkałych nie jest zachowany warunek stanowiący o selektywnym zbieraniu odpadów przez właścicieli tych nieruchomości. Odwołujący ustalił w oparciu o treść załącznika nr 21 do SWZ, że szereg nieruchomości prowadzi zbiórkę odpadów w sposób nieselektywny, tj. że udział odpadów zmieszanych przekracza dopuszczalny poziom 45 % w ogólnym strumieniu wszystkich odbieranych z nieruchomości odpadów komunalnych.

Wskazać należy, że zgodnie z § 5 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia uznaje się, że odpady komunalne, o których mowa w § 2, nie są zbierane selektywnie, jeżeli:

1)są zbierane z naruszeniem § 3 lub § 4 pkt 2, 3 i 4, lub

2)w pojemnikach lub workach przeznaczonych do selektywnego zbierania odpadów komunalnych, na jakie przeznaczony jest pojemnik lub worek, znajduje się więcej niż 30% zanieczyszczeń, lub

3)obliczony przy uwzględnieniu pojemności worków i pojemników z odbieranymi odpadami komunalnymi udział niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości w łącznej objętości wszystkich odpadów odebranych z nieruchomości przekracza 45%.

Obowiązkiem Zamawiającego jest takie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie okoliczności istotne dla sporządzenia oferty. Skoro Zamawiający oczekuje od wykonawcy realizacji zamówienia zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym aktów prawa miejscowego, sam powinien doprowadzić do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia będzie odpowiadał wymaganiom ustawy.

Skoro na podstawie dokumentów zamówienia można ustalić, że dla nieruchomości niezamieszkałych na terenie gminy nie jest realizowany obowiązek selektywnego zbierania odpadów, to obowiązkiem Zamawiającego jest dostosowanie OPZ i stanu rzeczywistego do stanu zgodnego z prawem. Wskazać należy, że właściciele nieruchomości niezamieszkałych objętych gminnym systemem odbioru odpadów na podstawie art. 6m ust. 1 pkt 3 u.c.p.g. składają deklarację o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi do prezydenta miasta. W deklaracji właściciel nieruchomości określa wielkość i ilość pojemników na poszczególne frakcje odpadów oraz częstotliwość odbioru odpadów, co stanowi podstawę do wyliczenia należnej opłaty.

Jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełnia obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny gmina powinna naliczyć takiemu właścicielowi nieruchomości opłatę podwyższoną za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Zgodnie z art. 6o ust.1 u.c.p.g. w razie niezłożenia deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi albo uzasadnionych wątpliwości co do danych zawartych w deklaracji wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa, w drodze decyzji, wysokość opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, biorąc pod uwagę dostępne dane właściwe dla wybranej przez radę gminy metody, a w przypadku ich braku - uzasadnione szacunki, w tym w przypadku nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, średnią ilość odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach o podobnym charakterze.

Jeżeli deklaracje nie spełniają wymogu związanego z uznaniem, że na terenie danej nieruchomości prowadzona jest selektywna zbiórka odpadów, powinna mieć miejsce korekta deklaracji. Przepis art. 6o ust. 1a u.c.p.g. stanowi, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta w celu weryfikacji złożonych deklaracji może wykorzystać informacje i dane znajdujące się w jego posiadaniu oraz posiadaniu gminnych jednostek organizacyjnych, w tym przedsiębiorstw wodociągowo-kanalizacyjnych. Zamawiający ma więc narzędzia niezbędne do tego, by doprowadzić do korekty złożonych deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami przez właścicieli nieruchomości, na których powstają odpady komunalne a nie zamieszkują mieszkańcy, która doprowadzi do zgodności deklaracji z Regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu.

Takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, w którym mamy do czynienia z sytuacją, w której dla wielu (powyżej 20%) nieruchomości niezamieszkałych nie jest zapewniona selektywna zbiorka odpadów, stanowi o naruszeniu obowiązku Zamawiającego, o którym mowa w art. 99 ust. 1 p.z.p. Brak należytego określenia danych dotyczących odbioru odpadów nieruchomości niezamieszkałych skutkuje brakiem możliwości właściwej kalkulacji oferty, gdyż udostępnione w OPZ dane, stanowiące podstawę obliczenia ceny, są nieprecyzyjne. Ponadto, zauważyć należy, że sytuacja taka prowadzi do nadmiernego obciążenia wykonawców ryzykiem kontraktowym związanym z nieosiągnięciem poziomów recyklingu przez tolerowanie przez Zmawiającego sytuacji, w której odpady zmieszane

mają zbyt duży udział całym w strumieniu odpadów, a właściciele nieruchomości nie ponoszą opłat adekwatnych do generowanych przez siebie odpadów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści załącznika nr 21 do SWU poprzez wskazanie danych o ilościach i pojemnościach pojemników w MGO, które będą pozwalały na uznanie, że zbiórka odpadów na terenie nieruchomości niezamieszkałych jest prowadzona w sposób selektywny.

Zarzut nr 4 oraz zarzut nr 5

Zamawiający w rozdziale XV SWZ zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednym z kryteriów pozacenowych, wskazanym w ust. 1 pkt 2) tegoż rozdziału, jest nieprzekraczanie poziomów składowania. Zamawiający wskazał, iż waga tego kryterium wynosi 15 %.

W rozdziale XV ust. 5 SWZ Zamawiający wskazał następujący sposób punktowania kryterium „nieprzekraczanie poziomów składowania":

Wyjaśnienia wymaga przede wszystkim to, dlaczego przyjęcie przez Zamawiającego pozacenowego kryterium oceny ofert – „nieprzekraczanie poziomów składowania" stanowi naruszenie ustawy, które skutkować powinno wyeliminowaniem tego kryterium z dokumentacji przetargowej.

Unia Europejska nakłada na państwa członkowskie obowiązek zmniejszenia poziomu składowania odpadów komunalnych do nie więcej niż 10% całkowitej ilości (według masy) wytwarzanych odpadów komunalnych do roku 2035. Polski ustawodawca przewidział okres przejściowy poprzez stopniowe ograniczanie poziomu składowania zmierzające do realizacji obowiązku zgodnego z regulacjami unijnymi (docelowo 10 % poziomu składowania) i wprowadził przepisy zakładające rozłożenie procesu „ograniczania poziomu składowania" w czasie. Podkreślić przy tym należy, że rok 2025 jest pierwszym, w którym obowiązuje obowiązek ograniczenia poziomu składowania.

Zgodnie z art. 3b ust. 2a i 2b u.c.p.g.

2a. Gminy są obowiązane nie przekraczać poziomu składowania w wysokości:

1)30% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029

2)20% wagowo - za każdy rok w latach 2030-2034;

3)10% wagowo - w 2035 r. i za każdy kolejny rok w latach następnych.

2b. Poziom składowania oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych przekazanych do składowania do masy wytworzonych odpadów komunalnych. Dla potrzeb obliczania poziomu składowania do odpadów przekazanych do składowania zalicza się również odpady poddane odzyskowi na składowisku odpadów.

Wskazać należy, że osiągnięcie niższych poziomów ograniczenia składowania odpadów niż oczekiwane na obecnym etapie przygotowania krajowej infrastruktury oraz rozwiązań legislacyjnych nie jest możliwe. Istotną przeszkodę, podobnie jak w przypadku obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu, stanowi jakość strumienia odpadów, słaba segregacja odpadów „u źródła" oraz brak przyjętych w Polsce przepisów dotyczących rozszerzonej odpowiedzialności producenta, ekomodulacji i ekoprojektowania, co powoduje, że strumień odpadów zmieszanych utrzymuje się na zbyt wysokim poziomie. Istotnym problemem jest także brak wystarczającej liczby zakładów prowadzących odzysk i recykling odpadów, co ma przełożenie na ilość odpadów trafiających na składowiska.

W aktualnym stanie prawnym oraz w realiach rynku gospodarowania odpadami, oczekiwania Zamawiającego, co do zaoferowania przez wykonawców poziomów składowania na poziomie 20% jest całkowicie nieproporcjonalne i nie uwzględnia tak aktualnego stanu prawnego, jak i stanu faktycznego.

Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4. Oznacza to, że odpady te należy przekazać do instalacji komunalnej, czyli instalacji do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określonej na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniającej wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniającej:

1)mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub

w części do odzysku, lub

2)(uchylony)

3)składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne trafiają w pierwszej kolejności do instalacji komunalnych do mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Z kolei wytwórca odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania, jest obowiązany przekazywać te odpady do instalacji komunalnej zapewniającej składowanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 3.

Przepis art. 158 ust. 4 ustawy o odpadach dopuszcza przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do termicznego przekształcania, jeżeli został spełniony warunek, o którym mowa w art. 9e ust. 1d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Jednakże, z uwagi na ograniczoną liczbę spalarni odpadów komunalnych w Polsce, ich moce przerobowe są ograniczone.

Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych składa się z procesów mechanicznego i biologicznego przetwarzania odpadów, połączonych w jeden, zintegrowany proces technologiczny przetwarzania zmieszanych odpadów w celu przygotowania ich do odzysku, w tym recyklingu, odzysku energii, termicznego przekształcania lub składowania. Szczegółowo problematykę tą reguluje rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 28 grudnia 2022 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.

Co istotne brak jest rozporządzenia wykonawczego do przepisów nakładających obowiązek ograniczenia poziomu składowania, co przy aktualnym brzmieniu przepisu art. 3b ust. 2b u.c.p.g., zgodnie z którym dla potrzeb obliczania poziomu składowania do odpadów przekazanych do składowania zalicza się również odpady poddane odzyskowi na składowisku odpadów, powoduje szereg wątpliwości po stronie wykonawców co do możliwości faktycznego ograniczenia poziomów składowania do poziomów oczekiwanych przez Zamawiającego.

Istotnym problemem utrudniającym osiągnięcie poziomów składowania jest klasyfikowanie odpadów stosowanych w procesach odzysku na składowiskach jako odpadów składowanych. Chodzi tu o kompost powstający po procesie stabilizacji biologicznej frakcji biodegradowalnej niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Są to odpady wykorzystywane powszechnie w procesach rekultywacji składowisk odpadów. Odzysk prowadzony jest w fazie eksploatacji składowiska po wstrzymaniu przyjmowania odpadów do składowania poprzez kierowanie na podlegające procesowi rekultywacji składowisko odpadów określonych w załączniku nr 2 do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2013 r. w sprawie składowisk odpadów. Do tych odpadów należy m.in. odpad o kodzie 19 05 03 – kompost nieodpowiadający wymaganiom (nienadający się do wykorzystania). Nie ma racjonalnego uzasadnienia dla klasyfikowania procesu odzysku odpadów prowadzonego po zakończeniu przyjmowania do składowania odpadów na składowisku jako procesu składowania odpadów.

Alternatywą dla zagospodarowania odpadów przeznaczonych do składowania jest ich spalanie, co przy ograniczonych ilościach i mocach przerobowych spalarni w Polsce jest znacząco utrudnione. Redukcja poziomów składowania wymaga zatem budowy spalarni, co jest procesem trwającym wiele lat. W konsekwencji zapisy SWZ w zakresie kryterium oceny ofert oraz kar umownych za przekroczenie poziomów składowania faworyzują wykonawców posiadających własne spalarnie i jako takie nie powinny się ostać, gdyż naruszają zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

Przepis art. 3b ust. 2a i 2b u.c.p.g. jest normą ogólną, nie stanowiącą samodzielnej podstawy prawnej pozwalającej na obliczenie poziomów składowania. Zgodnie z art. 3b ust. 4 u.c.p.g. Minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomu składowania oraz warunki zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych poddanych składowaniu, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania osiągnięcia tych poziomów przez każdą gminę oraz przepisami Unii Europejskiej określającymi sposób obliczania poziomu składowania oraz warunki zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych. Rozporządzenie wykonawcze nie zostało dotąd wydane. Nie są więc znane ani warunki zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych poddanych składowaniu, ani sposób obliczania tych poziomów.

Zamawiający zaczerpnął wskazany w SWZ wzór na obliczanie poziomów składowania z projektu rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 28 lipca 2022 r., dotyczącego sposobu obliczania poziomu składowania odpadów komunalnych, który został udostępniony w Rządowym Centrum Legislacji w dniu 18 sierpnia 2022 r., a więc dwa i pół roku temu. Od października 2022 r., a więc od czasu opiniowania projektu, nie podjęto jakichkolwiek czynności zmierzających do zakończenia procesu legislacyjnego. Nie wiadomo więc w jaki sposób rzeczywiście będzie następowało obliczanie poziomów składowania.

W ocenie Odwołującego zadeklarowanie w ofercie „premiowanego" kryterium, tj. ograniczenia poziomu składowania odpadów do 20%, w sytuacji gdy udział frakcji odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów kształtuje się na poziomie 55%, będzie jedynie środkiem do uzyskania zamówienia przez wykonawcę, niemożliwym jednak do zrealizowania na etapie świadczenia usługi. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie jest w stanie w żaden sposób zweryfikować spełnienia tego kryterium na etapie oceny ofert, dlatego też dokonał powiązania tegoż obowiązku z rażąco wygórowanymi i nieadekwatnymi karami umownymi. Kary te w przyjętym w dokumentach zamówienia kształcie nie powinny się ostać.

Przyjęta przez Zamawiającego metodologia wyliczenia kary prowadzić będzie do obciążenia wykonawcy rażąco wygórowanymi karami umownymi, o wartościach znacznie przekraczających akceptowalne ryzyko biznesowe, a co więcej kwoty te nie będą proporcjonalne do przekroczenia poziomów składowania i niezależnie od tego, czy przekroczenie zadeklarowanego poziomu będzie minimalne, czy też wysokie – kara wyniesie tyle samo. Brak jakiegokolwiek mechanizmu progresji kar w stosunku do skali naruszenia. Kara za nieosiągnięcie zadeklarowanego poziomu nie jest bowiem skalowana względem wartości procentowej naruszenia, tj. kara jest stała niezależnie od faktycznej różnicy pomiędzy zadeklarowanym poziomem a poziomem faktycznie osiągniętym. Powoduje to, że kara nie ma charakteru dyscyplinującego ani motywującego, a zatem w istocie nie spełnia swojej funkcji.

Wskazać jednocześnie należy, że zastosowanie zasad naliczania kar wskazanych w § 15 ust.2 pkt 14 ppkt p) oraz ppkt r) Projektu umowy, może doprowadzić do rozwiązania umowy na podstawie § 16 ust. 3 pkt 1 ppkt c), tj. gdy suma kar umownych osiągnie od początku trwania umowy 30 % maksymalnego wynagrodzenia netto, co stanowi kolejne ryzyko kontraktowe po stronie wykonawców, które skutkować może nieporównywalnością ofert.

Nadto w projektowanych postanowieniach umownych, we wzorze określonym przez Zamawiającego najprawdopodobniej znajduje się błąd. W ocenie Odwołującego w postanowieniach dotyczących sposobu obliczenia poziomu należnej kary za przekroczenie poziomu składowania we wzorze pozwalającym na obliczenie liczby punktów w „kryterium Cena brutto znajduje się błąd – po przyznaniu 0 punktów za kryterium „Ograniczenie składowania" oznaczonego jako Pc(k) poprzez brak dodania nawiasów w liczniku: jest: 10 x P-PU-PM-PR zamiast prawidłowo: 10 x (P-PU-PM-PR), co skutkuje prawie dwukrotnym podwyższeniem kary.

Dodatkowo zauważyć należy, że w warunkach niniejszego postępowania nie ma żadnego uzasadnienia, aby Zamawiający karał wykonawcę za nieosiągnięcie poziomu ograniczenia składowania odpadów wynoszącego 20 %, skoro na Zamawiającego administracyjna kara pieniężna z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu może zostać nałożona wyłącznie w przypadku przekroczenia określonego ustawą poziomu 30 %. W trakcie realizacji zamówienia wiążący jest bowiem obowiązek nieprzekraczania poziomu składowania 30%.

Kara umowna ma zapewnić prawidłowe – zgodne z prawem – realizowanie umowy, nie może zaś stanowić źródła dodatkowego dochodu dla Zamawiającego, co w istocie może mieć miejsce w sytuacji utrzymania kar umownych przewidzianych w kwestionowanych postanowieniach Projektu Umowy. Jest bowiem niemalże pewne, że wykonawca na etapie realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie miał możliwości (z przyczyn od niego niezależnych), aby osiągnąć zakładany poziom ograniczenia składowania, w związku z czym zostanie automatycznie obciążony karą umowną. Podkreślenia wymaga, że przekroczenie poziomu 20% składowania w żaden sposób nie będzie się przekładało na powstanie szkody po stronie Zamawiającego, który nie zostanie obciążony karą w takiej sytuacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SWZ poprzez:

1. usunięcie pozacenowego kryterium oceny ofert - nieprzekraczanie poziomów składowania, jako kryterium niedookreślonego prawnie, nieprecyzyjnego i nierealistycznego, a w konsekwencji naruszającego zasady: przejrzystości, proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. wniosku

2. wprowadzenie uzupełnienia do kryterium oceny ofert, że obowiązek spełnienia zadeklarowanego poziomu ograniczenia składowania odpadów nie będzie wiążący, jeżeli poziom niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w ogólnej masie odbieranych odpadów komunalnych będzie wyższy niż 25 %;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SWZ - projektowanych postanowień umowy przez:

- wprowadzenie mechanizmu uzależniającego nałożenie na wykonawcę kar umownych za nieosiągnięcie ograniczenia poziomu składowania od obciążenia taką karą Zamawiającego;
- wprowadzenie algorytmu różnicującego wysokość kary za nieosiągnięcie poziomów składowania w zależności od stopnia niezrealizowania zadeklarowanego poziomu składowania;
- dodanie we wzorze służącym obliczenia kar umownych, wskazanym w § 15 ust. 2 pkt 14 ppkt p) i r) nawiasów w kryterium Cena brutto po przyznaniu 0 punktów za kryterium „Ograniczenie składowania" oznaczonego jako Pc(k) poprzez dodanie nawiasów w liczniku tj. 10 x (P-PU-PM-PR).

Zarzut nr 6

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV pkt 1.2.2 SWZ, w których Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta; każde wykonane zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców), gdzie odebrał łącznie co najmniej 30 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych,

1.2.2.2. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jedno zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę na terenie gminy zamieszkałej przez co najmniej 50 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie Zamawiającym wskazanego zamówienia był podmiot publiczny, nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zamawiający doprecyzował jednocześnie w rozdziale IV pkt 4 SWZ, że warunek, o którym mowa w pkt 1.2.2.1, musi spełnić każdy Wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których te zdolności są wymagane, zaś warunek, o którym mowa w pkt 1.2.2.2 musi spełnić każdy Wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których te zdolności są wymagane.

Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie sprecyzował, jakiego rodzaju czynności ma realizować wykonawca legitymujący się doświadczeniem wymaganym odpowiednio na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.2.1 oraz w pkt 1.2.2.2 Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie w przypadku zamówienia kompleksowego na odbiór i zagospodarowanie odpadów nie da się rozdzielić czynności odbioru odpadów od czynności odbioru i zagospodarowania odpadów. Tym samym każdy z wykonawców realizujących zamówienie powinien legitymować się doświadczeniem zarówno w zakresie odbioru, jak i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Niemniej jednak, skoro na chwilę obecną w warunku z pkt 1.2.2.1 jest mowa wyłącznie o doświadczeniu w zakresie odbioru odpadów, to należałoby ustalić czy wykonawca spełniający ten warunek udziału w toku realizacji usługi ma być odpowiedzialny za wszystkie czynności związane z samym odbiorem odpadów i nie jest wymagane, aby posiadał jakiekolwiek doświadczenie w zakresie zagospodarowania odpadów, czy też jednak w rzeczywistości musi legitymować się także doświadczeniem w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów z uwagi na postawienie przez Zamawiającego warunku, o którym mowa w pkt. 1.2.2.2. Warunek ten odnosi się do doświadczenia wykonawcy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, gdzie Zamawiającym był podmiot publiczny – jednakże bez jakiegokolwiek określenia zakresu zrealizowanego zamówienia czy to pod względem jego wielkości czy wartości. Nie jest więc jasne, czy wykonawca spełniający ten warunek na etapie realizacji zamówienia ma być odpowiedzialny za wszystkie czynności związane zarówno z odbiorem jak i zagospodarowaniem odpadów, czy też wymagane w ramach tego warunku doświadczenie referuje wyłącznie do realizacji tych usług, objętych przedmiotem zamówienia, które

dotyczą odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości tzw. podmiotów publicznych (adekwatnie do literalnego brzmienia warunku).

W przypadku warunku z pkt 1.2.2.2 wymagane przez Zamawiającego doświadczenie odnosi się do czynności odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, przy czym nie określa jakiegokolwiek minimalnego zakresu zrealizowanej usługi. Wątpliwości budzi fakt, że w przypadku realizacji tak istotnej części przedmiotu zamówienia, jakim jest odbiór i zagospodarowanie odpadów, nie został wskazany żaden parametr ilościowy, który referowałby do minimalnej wielkości lub wartości zamówienia, w realizacji którego wykonawca nabył doświadczenie.

W ocenie Odwołującego, tak ukształtowane warunki udziału w postępowaniu nie przystają do celu, jakiemu mają służyć. Celem tym jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia polegającego na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu sektora 4 i sektora 5 Gminy Wrocław, z których każdy jest obszarem zamieszkałym przez około 100 000 mieszkańców, tymczasem Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu na tyle nieprecyzyjnie, że nie jest możliwe jednoznaczne zrozumienie stawianych warunków, a tym samym także należyta weryfikacja zdolności zawodowych wykonawcy. W ocenie Odwołującego oba warunki udziału w postępowaniu powinny się odnosić do doświadczenia w zakresie realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, przy czym, brzmienie warunku z pkt 1.2.2.2. należałoby doprecyzować poprzez wskazanie minimalnego zakresu ilościowego lub wartościowego zamówienia.

Wątpliwości budzi już samo użycie przez Zamawiającego sformułowania „podmiot publiczny". Przez podmiot publiczny rozmieć bowiem można:

1. jednostkę sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych,
2. inną, niż określona w lit. a, osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, niedziałającą w zwykłych warunkach rynkowych, której celem nie jest wypracowanie zysku oraz nieponoszącą strat wynikających z prowadzenia działalności, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w lit. a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

–finansują ją w ponad 50% lub

–posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub

–sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub

–mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

3. związki podmiotów, o których mowa w lit. a i b,

choć w ustawodawstwie polskim można znaleźć także inne definicje „podmiotu publicznego".

Nie jest jasne, czy zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu z pkt 1.2.2.2. wymagane jest doświadczenie w realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na rzecz podmiotu publicznego reprezentującego obszar zamieszkały przez min. 50 000 mieszkańców (gminy), czy też na rzecz właściciela nieruchomości niezamieszkałej podlegającego przepisom ustawy p.z.p. zlecającego realizację usługi odbioru i zagospodarowania na terenie gminy zamieszkałej przez min. 50 000 mieszkańców takiego jak np.: uniwersytet, szpital, muzeum, szkoła, cmentarz komunalny.

Zdatność warunku z pkt 1.2.2.2. do należytej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jest wątpliwa z uwagi na to, że bez określenia parametrów ilościowych czy wartościowych zrealizowanej usługi, warunek jest niejako pusty. Podkreślenia wymaga, że liczba osób zamieszkujących daną gminę nie musi się pokrywać z liczbą osób, dla których wykonywana była referencyjna usługa, zwłaszcza że wymagane jest doświadczenie w realizacji usługi na rzecz dowolnego podmiotu publicznego. Ponadto termin realizacji usługi obejmujący 12 miesięcy również nie determinuje jakiegokolwiek minimalnego zakresu zamówienia, gdyż znane są przypadki umów zawartych na okres 12 miesięcy lub dłuższy, w których wykonawcy dokonują faktycznego odbioru odpadów wyłącznie raz, na zgłoszenie Zamawiającego. Nie wydaje się zaś, że oczekiwaniem Zamawiającego było legitymowanie się przez wykonawcę doświadczeniem w odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w ramach umowy trwającej co najmniej 12 miesięcy, w ramach której wykonawca wyłącznie jeden raz zrealizował odbiór odpadów i przekazał do zagospodarowania zaledwie niewielką ilość odpadów komunalnych, np. kilkadziesiąt kilogramów odpadów. Podkreślenia wymaga, że zamówieniem publicznym są także umowy o wartości poniżej stosowania progów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Nie jest też jasne, czy doświadczenie odnosić się musi do usługi obejmującej odbiór i zagospodarowanie zarówno niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów

komunalnych selektywnie gromadzonych, czy też może obejmować wyłącznie jedną frakcję odpadów.

Specyfika obsługi podmiotów publicznych, do których zaliczyć można takie instytucje jak: uniwersytety, teatry, muzea, cmentarze czy szpitale jest zupełnie inna, niż specyfika obsługi gminnego systemu odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych w dużych miastach, jakim jest Wrocław. Różnice obejmują tak istotne kwestie zamówienia jak: logistyka, sprawozdawczość, sposób odbierania odpadów, ilość obsługiwanych nieruchomości, ilość odbieranych i zagospodarowywanych odpadów, rodzaj obsługiwanych pojemników, itp. Dlatego wskazanie minimalnej wielkości bądź też wartości zrealizowanego zamówienia pozwoli zweryfikować faktyczną zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia.

Wątpliwości budzi także okres 6 lat, w którym wykonawca ma legitymować się doświadczeniem. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – § 9. „1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

(..)

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”

Wprawdzie przepisy nie wyznaczają maksymalnego okresu w jakim winny zostać wykonane usługi służące wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, to jednak trzeba pamiętać, że zgodnie z art. 112 ust. 1 p.z.p. warunki winny zostać określone w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Stąd też Zamawiający powinien rozważyć z jakiego okresu doświadczenie wykonawcy będzie dla niego na tyle aktualne (nie uległo zatarciu wskutek upływu czasu), aby umożliwiać potwierdzenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Mając na uwadze ciągłe zmiany w przepisach prawa w szczególności zmiany w zakresie przepisów regulujących kwestie gospodarowania odpadami, nowe rozwiązania techniczne i technologiczne oraz wymagania w zakresie osiągania określonych tzw. poziomów zagospodarowania odpadów, legitymowanie się doświadczeniem w wykonanie prac, których realizacja zakończyła się na niemal 6 lat przed terminem składania ofert, nie może stanowić o rzetelnej weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Ponadto, wątpliwości budzi także sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.2.1 co do właściwego rozumienia pojęcia „odpadów komunalnych”. Wskazać należy, że na przestrzeni sześcioletniego okresu, w którym wykonawca ma legitymować się wymaganym doświadczeniem, zmieniła się ustawowa definicja odpadów komunalnych. Zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2025 r. o odpadach obecnie przez pojęcie „odpadów komunalnych” rozumie się:

„odpady powstające w gospodarstwach domowych oraz odpady pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter i skład są podobne do odpadów z gospodarstw domowych, w szczególności niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i odpady selektywnie zebrane:

1)z gospodarstw domowych, w tym papier i tektura, szkło, metale, tworzywa sztuczne, bioodpady, drewno, tekstylia, opakowania, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte baterie i akumulatory oraz odpady wielkogabarytowe, w tym materace i meble, oraz

2)ze źródeł innych niż gospodarstwa domowe, jeżeli odpady te są podobne pod względem charakteru i składu do odpadów z gospodarstw domowych

- przy czym odpady komunalne nie obejmują odpadów z produkcji, rolnictwa, leśnictwa, rybołówstwa, zbiorników bezodpływowych, sieci kanalizacyjnej oraz z oczyszczalni ścieków, w tym osadów ściekowych, pojazdów wycofanych z eksploatacji oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych; niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pozostają

niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi, nawet jeżeli zostały poddane przetwarzaniu odpadów, ale przetwarzanie to nie zmieniło w sposób znaczący ich właściwości;"

Definicja ta została wprowadzona na mocy art. 1 pkt 3 lit. a tiret trzecie ustawy z dnia 17 listopada 2021 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2021.2151) zmieniającej ustawę o odpadach z dniem 1 stycznia 2022 r.

Przed wejściem w życie tej nowelizacji przez pojęcie odpadów komunalnych rozumiano odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych; niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pozostają niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi, nawet jeżeli zostały poddane czynności przetwarzania odpadów, która nie zmieniła w sposób znaczący ich właściwości.

Ma to o tyle istotne znaczenie, że na skutek tej nowelizacji odpady budowlane i rozbiórkowe przestały był klasyfikowane jako odpady komunalne. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że jeżeli dla oceny spełnienia warunku z pkt 1.2.2.1. brane będzie pod uwagę doświadczenie wykonawców realizujących usługę odbioru odpadów komunalnych w ciągu 6 ostatnich lat, to *de facto* zakres tych usług może być całkowicie nieporównywalny. Celowym jest zatem skrócenie okresu referencyjnego do doświadczenia nabytego w okresie trzech ostatnich lat przed terminem składania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

–modyfikację brzmienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.2.1. poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta; każde wykonane zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców), gdzie odebrał od właścicieli nieruchomości i zagospodarował łącznie co najmniej 30 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, z zastrzeżeniem, że do odpadów komunalnych nie zalicza się odpadów budowlanych i rozbiórkowych

- wykreślenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 1.2.2.2. lub jego modyfikację poprzez dookreślenie zakresu ilościowego lub wartościowego usługi wymaganej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i ograniczenie horyzontu czasowego, w którym należy legitymować się wymaganym doświadczeniem do 3 lat przed upływem terminu składania ofert
- doprecyzowanie w treści SWZ kwestii tego, do realizacji jakich czynności wymagane jest doświadczenie wskazane w warunku 1.2.2.1. a do realizacji jakich czynności wymagane jest doświadczenie opisane w warunku 1.2.2.2.

Zarzut nr 7 – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte

Zarzut nr 8 – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte

Zarzut nr 9

Odnosząc się do zarzutu z podpunktu a), wskazać należy, że na terenie miasta Wrocławia, w tym również na terenie Sektora 4, zlokalizowane są naziemne pojemniki na odpady typu PRESKO, które wymagają wykorzystania specjalistycznego sprzętu do odbioru odpadów. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, pominął, że pojemniki PRESKO znajdują się na terenie Sektora 4, co jest przedmiotem odrębnego zarzutu. Pojemniki PRESKO są przymocowane do podłoża, szczelnie zamykane oraz mają szczególną konstrukcję systemu podnoszenia pojemników, dlatego też jedynie pojazd stanowiący część systemu odbioru odpadów PRESKO może zostać wykorzystany do obsługi tych pojemników.

Czas oczekiwania na dostawę pojazdu typu PRESKO przekracza okres 30 dni zarezerwowany przez Zamawiającego jako czas pomiędzy podpisaniem umowy a rozpoczęciem świadczenia usługi. Ze względu na wysoko wyspecjalizowany profil pojazdu PRESKO i małą liczbę egzemplarzy tych pojazdów dostępnych na rynku możliwość najmu lub dzierżawy takiego pojazdu „na ostatnią chwilę" również jest mocno ograniczona. Samo dysponowanie pojazdem nie oznacza konieczności nabycia takiego pojazdu na własność, a jedynie wymaga wykazania Zamawiającemu, iż wykonawca zadbał o należyte realizowanie kontraktu i zabezpieczył możliwość korzystania z takiego pojazdu w okresie realizacji zamówienia. Taki warunek udziału w postępowaniu w żaden sposób nie ogranicza konkurencyjności, a jedynie da pewność Zamawiającemu, że Wykonawca zabezpieczył środki techniczne niezbędne do prawidłowej realizacji usługi przed przystąpieniem do jej realizacji. Jeżeli wykonawca nie będzie dysponował pojazdem typu PRESKO w chwili ubiegania się o zamówienie publiczne, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością nie będzie mógł nim dysponować w chwili rozpoczęcia świadczenia usługi, co oznacza zaś brak możliwości realizacji usługi odbioru odpadów zgodnie z warunkami umowy. W takiej sytuacji uznać należy, że wykonawca, który nie dysponuje specjalistycznym pojazdem PRESKO na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, nie daje rękojmi należytego wykonania umowy. Wykonawca powinien posiadać zdolność techniczną adekwatną do warunków realizacji zamówienia określonych umową.

Jednocześnie wskazać należy, że system odbioru odpadów PRESKO nie jest bardzo rozpowszechniony na terenie miasta i ilość pojemników PRESKO w poszczególnych sektorach nie uzasadnia dysponowania odrębnym pojazdem PRESKO dla każdego sektora ani nie wymaga przeznaczenia jednego pojazdu tylko do obsługi jednego sektora. Z tego względu w ocenie Odwołującego pojazd PRESKO powinien mieć charakter pojazdu rezerwowego, a nie pojazdu podstawowego, co pozwoli wykonawcom realizującym usługę do wykorzystania takiego pojazdu do realizacji innych prac, w przypadku gdy nie będzie on w wykorzystywany do obsługi Sektora, bez konieczności zastępowania takiego pojazdu innym pojazdem o takich samych lub wyższych parametrach.

Zgodnie bowiem z rozdziałem XII pkt 7 SWU „Wszystkie pojazdy służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w ofercie – w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" muszą być wskazane jako pojazdy podstawowe i mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę wyłącznie do obsługi Sektora. Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie przez Wykonawcę samochodów rezerwowych do prac innych niż obsługa Sektora w sytuacji, gdy samochody rezerwowe nie będą służyły do obsługi tego Sektora, tj. zastępując pojazdy podstawowe, z zastrzeżeniem, że w trakcie realizacji usługi Wykonawca ma prawo do zmiany ww. pojazdów na inne pojazdy o takich samych lub wyższych parametrach spełniających wymogi SWZ."

Co więcej, w ocenie Odwołującego zasadnym jest objęcie tych pojazdów kontrolą, o której mowa w rozdziale XVI ust. 4 SWU.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentów zamówienia poprzez wprowadzenie do warunku zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.2. SWZ, wymagania dotyczącego dysponowania:

- co najmniej jednym pojazdem specjalistycznym PRESKO, tj. pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów z pojemników naziemnych PRESKO;
- wprowadzenie wymagania wskazania takiego pojazdu w załączniku nr VI do Oferty: WYKAZ NARZĘDZI, WYPOSAŻENIA ZAKŁADU I URZĄDZEŃ TECHNICZNYCH, jednakże z zastrzeżeniem, że pojazd taki nie bęc miał charakteru pojazdu podstawowego, lecz będzie traktowany jako pojazd rezerwowy

Odnosząc się do zarzutu z podpunktu b), wskazać należy, że w rozdziale XIII pkt 1 ppkt 5) SWU wykonawca został zobowiązany do wyposażenia co najmniej dwóch pojazdów bezpylnych odbierających odpady z pojemników 60 l-1100 l lub worków w wagę statyczną posiadającą legalizację Głównego Urzędu Miar w Polsce (GUM) lub innej jednostki notyfikowanej oraz posiadać możliwość przedłużenia jej na lata następne.

Wymagania dotyczące wag statycznych:

1. dokładność pomiaru - 10kg na całej zabudowie. System powinien rejestrować każdą zmianę wagi zabudowy podczas realizacji usługi,
2. system wagowy musi być zintegrowany z systemem identyfikacji pojemników z wykorzystaniem RFID UHF oraz systemem monitoringu wizyjnego poprzez generowanie zdarzeń/znaczników oraz danych z ważeń przyporządkowanych do zdarzeń.

Wykonawca ma przy tym obowiązek wykorzystywania tych pojazdów do realizacji zamówienia od pierwszego dnia świadczenia usługi. Należy podkreślić, że wyposażenie pojazdów w system wagowy po rozstrzygnięciu postępowania a

przed terminem rozpoczęcia świadczenia usługi z doświadczenia Odwołującego nie jest możliwe. Podkreślenia wymaga, że pojazdy do odbioru odpadów wyposażone w wagi statyczne to pojazdy wysokospecjalistyczne.

Wagi statyczne wymagają dostosowania zabudowy pojazdów, przeprowadzenia kalibracji, a także przeprowadzenia legalizacji Głównego Urzędu Miar w Polsce (GUM) lub innej jednostki notyfikowanej.

Skoro zatem Zamawiający wymaga, aby usługa realizowana była przy użyciu wysokospecjalistycznych pojazdów od pierwszego dnia świadczenia usługi, powinien zagwarantować, że wykonawca będzie nimi dysponował już na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne.

Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający nie precyzuje zakresu prac, jakie mają być realizowane przez pojazdy bezpylne posiadające wagę statyczną. Odwołujący z uwagi na ilość wymaganych wyposażonych samochodów domniemywa, iż pojazdy te służyć mają kontroli ilości odpadów w pojedynczych pojemnikach lub na pojedynczych trasach, a co za tym idzie ich wykorzystanie do bieżącej realizacji usługi nie będzie ciągłe. Pojazdy z wagą powinny mieć zatem charakter pojazdów rezerwowych, a nie podstawowych, co pozwoli wykonawcom na wykorzystanie ich do innych prac w przypadku, gdy nie będą one służyły do obsługi danego sektora.

Co więcej, w ocenie Odwołującego zasadnym jest objęcie tych pojazdów kontrolą, o której mowa w rozdziale XVI ust. 4 SWU.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentów zamówienia poprzez wprowadzenie do warunku zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.2. SWZ, wymagania dotyczącego dysponowania:

- co najmniej dwoma pojazdami bezpylnymi przeznaczonymi do odbioru odpadów z pojemników 60 l-1100 l lub worków wyposażonymi w wagę statyczną posiadającą legalizację Głównego Urzędu Miar w Polsce (GUM) lub innej jednostki notyfikowanej
- wprowadzenie wymagania wskazania takich pojazdów w załączniku nr VI do Oferty: WYKAZ NARZĘDZI, WYPOSAŻENIA ZAKŁADU I URZĄDZEŃ TECHNICZNYCH, jednakże z zastrzeżeniem, że pojazdy nie b miały charakteru pojazdów podstawowych, lecz będą traktowane jako pojazdy rezerwowe

Zarzut nr 10 – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte

Zarzut nr 11

W rozdziale IV pkt 1.2.3 SWZ Zamawiający określił, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej:

„1.2.3.1. bazą magazynowo-transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i jest wyposażona i usytuowana zgodnie z tym rozporządzeniem w miejscu właściwym dla odbierania odpadów z terenu gminy Wrocław,

1.2.3.2. pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, tj.

- samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 12 sztuk,
- samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 3,5 Mg i nie większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 1 sztuka,
- samochodem ciężarowym przystosowanym do opróżniania pojemników, załadunku i transportu odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki z zamontowanym urządzeniem dźwigowym (HDS), spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 1 sztuka,

−samochodem dostawczym o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5 Mg, przystosowanym do transportu selektywnie zebranych odpadów spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 3 sztuki,

−samochodem ciężarowym hakowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m3 spełniające europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będące pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym – minimum 2 sztuki,

−samochodem ciężarowym bramowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m3 spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki,

−maszyną budowlaną umożliwiającą załadunek odpadów (np. ładowarką, koparko-ładowarką) – minimum 1 sztuka,

−samochodem osobowym przeznaczonym do przeprowadzania kontroli wykonywanych prac związanych z realizacją przedmiotu zamówienia – minimum 1 sztuka,

–specjalistycznym samochodem „myjka", przeznaczonym do mycia pojemników bez konieczności ich transportowania, pozwalającym na wysokociśnieniowe mycie pojemnika wraz z odpowiednim dozowaniem środka dezynfekującego – spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI - minimum 2 sztuki."

Wyżej określony warunek odnosi się również do wymagań ustawowych, określonych w art. 9d u.c.p.g. oraz przepisów wykonawczych, tj. Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Spełnianie przez wykonawcę tego warunku musi więc zostać zweryfikowane przed podpisaniem umowy, albowiem w przeciwnym wypadku może dojść do sytuacji, w której będzie ona realizowana przez podmiot, który nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale również nie spełnia wymogów powszechnie obowiązującego prawa.

Zamawiający przewidział w rozdziale XVI ust. 3 SWZ, że wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przed zawarciem umowy zobowiązany jest do dostarczenia:

„(…)

*3)*dokumentu potwierdzającego tytuł prawny do bazy magazynowo-transportowej, potwierdzającego, że Wykonawca posiada prawo do niezakłóconego korzystania z terenu bazy oraz do eksploatowania go na cele będące przedmiotem zamówienia, nie krócej niż na cały okres trwania umowy na zamówienie podstawowe i opcjonalne, potwierdzonego przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem",

*4)*dowodów rejestracyjnych dla pojazdów podanych w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych", potwierdzonych przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem",

*5)*dokumentów potwierdzających spełnianie europejskiego wymogu standardu emisji spalin minimum EURO VI (wyciąg ze świadectwa homologacji lub odpowiadający mu dokument wystawiony przez producenta bądź upoważnionego przedstawiciela producenta, potwierdzający homologację pojazdu czy też silnika pojazdu w zakresie emisji zanieczyszczeń zawartych w spalinach) dla pojazdów podanych w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych", jeżeli w dowodzie rejestracyjnym danego pojazdu nie ma informacji o spełnianiu europejskiego wymogu standardu emisji spalin minimum EURO VI, potwierdzonych przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem", w języku polskim lub wraz z tłumaczeniem na język polski,

*6)*dokumentów potwierdzających dysponowanie pojazdami dla pojazdów podanych w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych", jeżeli dany pojazd nie jest własnością Wykonawcy (dzierżawa, najem, leasing, wypożyczenie), zawierających numery rejestracyjne, VIN lub inne, zgodne z podanymi w wykazie, umożliwiające identyfikację pojazdu, potwierdzonych przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem",

(…)"

Jednakże z tą kontrolą nie zostały powiązane inne uprawnienia kontrolne Zamawiającego w odniesieniu do bazy magazynowo-transportowej oraz pojazdów wykonawcy.

Wskazać należy, że § 5 ust. 2 Projektu Umowy określającym warunki zawarcia umowy Zamawiający składa

oświadczenie, że potwierdził zgodność ze stanem rzeczywistym oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w ofercie w zakresie dysponowania:

1)bazą magazynowo - transportową, spełniającą wymogi podane w SWZ, umowie oraz SWU

2)narzędziami, wyposażeniem zakładu oraz urządzeniami technicznymi w ilości i w rodzaju wskazanym w załączniku nr VI do oferty.

W § 7 ust. 2 projektu umowy przewidziano, że Zamawiający przeprowadzi kontrolę bazy magazynowotransportowej w terminie do 20 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia realizacji usługi przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest umożliwić Zamawiającemu przeprowadzenie kontroli oraz zapewnić udział osoby upoważnionej ze strony Wykonawcy przez cały czas kontroli. Celem kontroli będzie ocena przez Zamawiającego stanu bazy magazynowo-transportowej pod względem spełniania przez bazę i wyposażenie znajdujące się na terenie bazy wymogów określonych niniejszą umową i SWU.

W § 7 ust. 3 projektu umowy przewidziano, że Zamawiający przeprowadzi kontrolę pojazdów, o których mowa w umowie oraz SWU, w terminie do 20 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest umożliwić Zamawiającemu przeprowadzenie kontroli oraz zapewnić udział osoby upoważnionej ze strony Wykonawcy przez cały czas kontroli. Celem kontroli będzie ocena przez Zamawiającego pojazdów pod względem spełniania wymogów określonych niniejszą umową i SWU.

Analizując powyższe postanowienia dokumentów zamówienia, stwierdzić należy, że są one wewnętrznie sprzeczne. W istocie Zamawiający w umowie złoży oświadczenie o potwierdzeniu zgodności ze stanem rzeczywistym oświadczenia wykonawcy co do dysponowania określonymi zasobami technicznymi, podczas gdy do ich rzeczywistej weryfikacji dojdzie dopiero podczas kontroli, która będzie miała miejsce w terminie do 50 dni od dnia zawarcia umowy.

Zgodnie z warunkami umowy wykonawca jest zobowiązany posiadać pojazdy, które umożliwią mu realizację umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tj. pojazdami spełniającymi kryteria elektromobilności, pojazdem PRESKO oraz pojazdami wyposażonymi w legalizowaną wagę statyczną. Zasadne jest, aby Zamawiający jeszcze przed zawarciem umowy zweryfikował, czy oświadczenia wykonawcy odpowiadają rzeczywistości, nie tylko w oparciu o przedkładane przez wykonawcę dokumenty, ale w toku fizycznej kontroli. Z całą pewnością weryfikacja, czy wykonawca dysponuje wysokospecjalistycznym sprzętem powinna być dokonywana jeszcze przed podpisaniem umowy. Gwarancją prawidłowej realizacji usługi, w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, jest wymaganie dysponowania ww. pojazdami na etapie poprzedzającym podpisanie umowy.

W ocenie Odwołującego kontrola, o której mowa w § 7 projektu Umowy jest spóźniona w stosunku do celu kontroli, jakim jest „ocena przez Zamawiającego pojazdów oraz stanu bazy magazynowotransportowej pod względem spełniania przez bazę i wyposażenie znajdujące się na terenie bazy wymogów określonych niniejszą umową i SWU".

Należy także podkreślić, że oświadczenie składane w § 5 ust. 2 Projektu Umowy, jeżeli złożone zostanie przed przeprowadzeniem fizycznej kontroli przez Zamawiającego, może okazać się przedwczesne i jako takie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Odwołujący Alba wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w dokumentacji zamówienia poprzez modyfikację postanowień dotyczących obowiązku kontroli w ten sposób, aby Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić kontrolę spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i dysponowania specjalistycznymi pojazdami niezbędnymi do realizacji usługi wskazanymi w SWU, jeszcze przed wyborem oferty lub zawarciem umowy, co umożliwi złożenie przy podpisywaniu umowy odpowiadającego prawdzie oświadczenia, o którym mowa w § 5 ust. 2 projektu umowy.

Zarzut nr 12

Zamawiający w SWU opisał szczegółowo, w jaki sposób ma odbywać się ważenie wszystkich odebranych przez wykonawcę odpadów komunalnych na bazie magazynowo-transportowej wykonawcy. Baza obowiązkowo musi być wyposażona w legalizowaną wagę najazdową oraz „kamery (min. 2 szt.) rejestrujące obraz w rozdzielczości co najmniej 1080p, które mają być zamontowane w miejscach umożliwiających monitorowanie:

- najazdowej wagi samochodowej (wjazd), na której Wykonawca waży przywiezione na bazę odpady w taki sposób, aby ważony pojazd był widoczny w całości i możliwa była jego identyfikacja po nr rejestracyjnym lub nr wozu, wraz z widocznym wyświetlaczem wagi samochodowej w taki sposób, aby możliwe było odczytanie wyniku ważenia także w czasie ważenia poprzez system monitoringu wizyjnego zainstalowany na pojazdach odbierających odpady,

- najazdowej wagi samochodowej (wyjazd), na której Wykonawca waży przywiezione na bazę odpady w taki sposób, aby ważony pojazd był widoczny w całości i możliwa była jego identyfikacja po nr rejestracyjnym lub nr wozu, wraz z widocznym wyświetlaczem wagi samochodowej w taki sposób, aby możliwe było odczytanie wyniku ważenia także w czasie ważenia poprzez sytemu monitoringu wizyjnego zainstalowanego na pojazdach odbierających odpady".

Ponadto w Rozdziale XVII SWU pn. „Sprawozdawczość oraz sporządzanie bilansów przez Wykonawców" w pkt 2 ppkt 2a znajduje się postanowienie:

„Wykonawca zobowiązany jest do ważenia odpadów poprzez zważenie załadowanego samochodu na wjeździe oraz do powtórnego ważenia po jego rozładowaniu, aby określić właściwą masę odpadów netto. W przypadku odbioru odpadów w pojemnikach o pojemności od 7 m3, Wykonawca zobowiązany jest do ważenia odpadów poprzez zważenie samochodu z pełnym pojemnikiem na wjeździe oraz do powtórnego ważenia po jego rozładowaniu (wraz z pustym pojemnikiem) na wyjeździe, aby określić właściwą masę odpadów netto. W przypadku, kiedy Zamawiający stwierdzi, że masa odpadów nie została określona w sposób opisany powyżej, dowód ważenia nie będzie uwzględniany przy miesięcznym rozliczeniu, a masa odpadów nie zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu Wykonawcy."

Zapisy określające procedury ważenia odpadów, pomimo swej pozornej szczegółowości, nie wskazują jednoznacznie, czy wykonawca po wjeździe na wagę znajdującą się na bazie magazynowo- transportowej i zważeniu pojazdu z odpadami (na pełno), może wyjechać poza teren bazy do innego punktu wyładunku, a następnie wrócić na bazę magazynowo-transportową i zważyć się na pusto.

Uwzględniając, iż jest możliwy wyładunek odpadów poza terenem bazy magazynowo-transportowej, Zamawiający nie ma wpływu na odległość, jaką pokona pojazd z odpadami, przez co waga pojazdu po powrocie na bazę magazynowo – transportową (na pusto) może różnić co najmniej o ilość spalonego paliwa, co w skali zamówienia oraz w odniesieniu do spalania paliwa przez pojazdy ciężarowe stanowi niebagatelną wartość i może prowadzić do znaczących rozbieżności. Ponadto wykonawca nie ma pewności co do wymagań Zamawiającego, więc nie jest w stanie właściwie i najbardziej optymalnie zaplanować sposobu i miejsca wyładunku odpadów, co przekłada się wprost proporcjonalnie na koszty wykonania usługi, a co za tym idzie na jego pozycję w rankingu cenowym.

W tych warunkach należy uznać, że postanowienia OPZ są nieprecyzyjne. Brak doprecyzowania tych postanowień SWU może skutkować powstaniem wątpliwości na etapie realizacji zamówienia oraz prowadzić do powstania sytuacji spornych pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Brak doprecyzowania tego obowiązku prowadzić może do kwestionowania dokonanych pomiarów, dlatego też wykonawca wnosi o wprowadzenie jednoznacznych zapisów, które pozwolą na usunięcie wszelkich potencjalnych rozbieżności interpretacyjnych pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą na etapie realizacji umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez uzupełnienie projektowanego postanowienia umownego o:

- jednoznaczne wskazanie, że odpady mają zostać w celu zważenia wyładowane na terenie bazy magazynowo – transportowej wykonawcy bez wyjazdu pojazdu z odpadami poza teren tejże bazy;
- wskazanie maksymalnego czasu pomiędzy I ważeniem i II ważeniem nieprzekraczającego jednej godziny.

Zarzut nr 13

W § 18 ust. 3 pkt 5 Projektu Umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zmiana w tym zakresie możliwa jest gdy nastąpi zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS (z tym jednak zastrzeżeniem, że zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie

ustalane zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 6 Umowy.

Postanowienia projektu umowy w § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) przewidują następujący tok postępowania mający prowadzić do wprowadzenia zmian.

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

w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie ≥6 % (dotyczy Wykonawcy) lub ≤–6 % (dotyczy Zamawiającego).

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

- dla Wykonawcy i Zamawiającego gdzie:

C_{jo} *- cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),*

C_{N1} *- cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 6 miesięcy),*

50% - współczynnik rozkładu ryzyka,

W_a *- miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy, gdzie a = 1, 2, …, 6.*

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

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie ≥4,5 % (dotyczy Wykonawcy) lub ≤–4,5 % (dotyczy Zamawiającego).

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

- dla Wykonawcy i Zamawiającego gdzie:

C_{jm} *- cena jednostkowa obowiązująca przed złożeniem wniosku,*

C_{Nn} *- cena jednostkowa po następnej zmianie,*

50% - współczynnik rozkładu ryzyka,

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

n- numer zmiany, gdzie n = 2, …, 4,

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

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

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

Za dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia uważane będzie/wystarczające będzie spełnienie trzech poniższych warunków, to:

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

i.dla Wykonawcy,

ii.

iii.dla Zamawiającego

gdzie:

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

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

iv.dla Wykonawcy,

v.dla Zamawiającego

gdzie:

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

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

udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego (na podstawie prawa do żądania przedłożenia stosownej dokumentacji przez Wykonawcę), iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie weryfikowana na podstawie następujących wzorów:

dla Wykonawcy,

dla Zamawiającego gdzie:

–średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednie czynności w przedmiocie zamówienia, ustalony za cały okres od momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia do momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia.

–poziom wynagrodzeń zasadniczych w przeliczeniu na 1 etat pracowników, które Wykonawca ponosił w celu realizacji umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy, w terminie nie dłuższym niż 30 dni po zakończeniu pierwszego miesiąca trwania umowy, przedstawi wykaz kosztów zatrudniania ww. osób wraz z dokumentami potwierdzającymi przedstawione koszty, tj. umowy o pracę, zabezpieczone zgodnie z wymogami RODO.

dla Wykonawcy,

dla Zamawiającego gdzie:

-średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednie czynności w przedmiocie zamówienia, ustalona za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację.

-średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednie czynności w przedmiocie zamówienia ustalony na potrzeby poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia,

udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego (na podstawie prawa do żądania przedłożenia stosownej dokumentacji przez Wykonawcę), iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej. Udokumentowanie zmiany następować będzie na podstawie następujących wzorów:

dla Wykonawcy,

dla Zamawiającego gdzie:

–średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów ustalony za cały okres od momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia do momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia.

–poziom kosztów zagospodarowania odpadów, które Wykonawca poniósł w celu realizacji umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy, w terminie nie dłuższym niż 30 dni po zakończeniu pierwszego miesiąca trwania umowy, przedstawi wykaz poniesionych kosztów zagospodarowania odpadów na podstawie otrzymanych faktur oraz treści umów lub innego stosunku prawnego stanowiącego podstawę do ich wystawienia.

dla Wykonawcy,

dla Zamawiającego

gdzie:

–średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów, ustalony za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację,

–średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów ustalony na potrzeby poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia.

Powyższy sposób udokumentowania trzech wyżej wskazanych przesłanek stanowić będzie dostateczne uzasadnienia żądania zmiany wynagrodzenia na podstawie zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia. Brak wykazania wskazanych przesłanek nie wyklucza możliwości udokumentowania przez Wykonawcę lub Zamawiającego wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek ewentualnej zmiany innych (trzech) kluczowych składowych kosztów świadczonej usługi, pod warunkiem wykazania ich istotności dla łącznego kosztu realizacji zamówienia. Możliwe jest też skorzystanie z jednej lub dwóch wskazanych wyżej przesłanek wraz inną, z zachowanie progu istotności, przy założenia, że zawsze należy się odwołać do trzech przesłanek.

Przez poziom istotności należy rozumieć co najmniej 10% udział w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia, wykazywany na podstawie pomiarowego wzoru:

gdzie:

A– łączna wartość netto kosztu świadczonej usługi w przedmiocie zamówienia (innego rodzaju niż wymienione powyżej koszty paliwa, zatrudnienia i zagospodarowania odpadów) za okres od rozpoczęcia umowy do momentu złożenia wniosku waloryzacyjnego,

B– łączna wartość przychodów netto uzyskanych z realizacji zamówienia kalkulowanych

na podstawie wystawionych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego faktur za okres od rozpoczęcia umowy do momentu złożenia wniosku waloryzacyjnego. W przypadku gdy Zamawiający będzie uprawniony do złożenia wniosku o zmianę przedmiotowej umowy Wykonawca będzie obowiązany do dostarczenia dokumentów umożliwiających Zamawiającemu udokumentowanie wskazanych przesłanek a będących w posiadaniu Wykonawcy.

Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych, o których mowa w § 11 ust. 2 oraz odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 11 ust. 1 lit. a), a w przypadku uruchomienia zamówienia opcjonalnego odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 11 ust. 1 lit. b) i c).

Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 lit. a), a w przypadku uruchomienia zamówienia opcjonalnego odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 11 ust. 1 lit. b) i c).

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

Zmiana umowy skutkować będzie zmianą wynagrodzenia, przy czym nie wcześniej niż od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa, o których mowa w pkt 1) lit. a) – d), w przypadku określonym w pkt 1) lit. e), od miesiąca następującego po miesiącu złożenia wniosku przez Wykonawcę.

Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w pkt 1), na koszty wykonania zamówienia należy do Strony składającej wniosek, pod rygorem odmowy dokonania zmiany przedmiotowej umowy przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego Alba tak sformułowana klauzula waloryzacyjna nie odpowiada wymaganiom ustawy. Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia

należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Postanowienia te muszą gwarantować realną możliwość podwyższenia wynagrodzenia. Tym samym Zamawiający, sporządzając wzór umowy, powinien ukształtować jej zapisy w sposób adekwatny do bieżącej sytuacji gospodarczej, uwzględniając aktualne wskaźniki ekonomiczne oraz prognozy.

Odwołujący Alba powołał się na dane w zakresie aktualnej projekcji inflacji NPB (Inflacja CPI r/r (%) – 2025: 4,9, 2026: 3,4 oraz 2027: 2,5) oraz miesięczne wskaźniki inflacji zgodnie z danymi Prezesa GUS (tabela z danymi w odwołaniu).

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należy, że narzucony przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera stronom możliwość ubiegania się o dokonanie zmiany wynagrodzenia na poziomie ≥ *6%* dla pierwszej waloryzacji oraz ≥ 4,5% dla kolejnych waloryzacji jest zbyt wysoki i jako taki narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i w nieproporcjonalny sposób przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Wymagany przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów nie umożliwia skorzystania z klauzuli waloryzacyjnej i zrealizowania celu, jakiemu ma służyć przepis art. 439 p.z.p. Oznacza to, że waloryzacja ma charakter iluzoryczny.

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

Tylko klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewni należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tymczasem wprowadzone wymagania dodatkowe, odnoszące się do sposobu udokumentowania związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia są nadmiernie formalistyczne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i wypaczają istotę klauzuli waloryzacyjnej.

Zamawiający wymaga bowiem, aby wykonawca uzasadnił swój wniosek, wykazując łączne spełnienie trzech poniższych warunków, a to wzrostu kosztów paliwa, kosztów pracy oraz kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej na określonym przez Zamawiającego poziomie. Zmawiający dopuszcza także możliwość udokumentowania przez Wykonawcę wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek zmiany innych trzech kluczowych składowych kosztów świadczonej usługi, pod warunkiem wykazania ich istotności dla łącznego kosztu realizacji zamówienia na poziomie co najmniej 10% udziału w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia.

Jak wskazano powyżej, tak ukształtowane warunki uznania, że doszło do wzrostu kosztów realizacji usługi, są nadmiernie sformalizowane i nieproporcjonalne. W ocenie Odwołującego postawiony przez Zamawiającego warunek, aby wzrost kosztów paliwa, wynagrodzeń pracowników i koszt zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej został spełniony łącznie jest trudny do prognozowania. Utrudnia to lub wręcz czyni niemożliwym oszacowanie, czy w ogóle waloryzacja będzie możliwa, a jeśli tak to kiedy i na jakim poziomie. Dopuszczenie możliwości udowodnienia, że wzrosły koszty świadczenia usługi na podstawie innych składników kosztotwórczych, jest również znacząco utrudnione z uwagi na określony na nadmiernym poziomie tzw. poziomie istotności.

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

Wskazać należy, że do rozliczenia z wykonawcą dochodzi na podstawie stawek jednostkowych za poszczególne frakcje odpadów. Jednakże zgodnie z postanowieniami umowy tylko wzrost kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej, a więc w instalacji dedykowanej do zagospodarowania odpadów zmieszanych, umożliwia wykazanie, że doszło do wzrostu kosztów, który skutkować może zmianą wynagrodzenia. Udział kosztów zagospodarowania pozostałych frakcji w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia, wobec struktury strumienia odpadów uniemożliwia dokonanie zmiany wynagrodzenia.

Kolejnym argumentem przemawiającym za koniecznością uelastycznienia klauzuli waloryzacyjnej jest historia zmian cen oleju napędowego Ekodiesel w 2023 roku. Spadek cen o około 20% względem cen ze stycznia 2023 przy równoczesnym dalszym wzroście inflacji o ponad 5% w tym samym okresie , wskazuje, że odniesienie się do tego wskaźnika jest niemiarodajne.

Warunki dokonania zmiany ceny na wypadek zmiany kosztów związanych ze zmianą wynagrodzenia określone przez Zamawiającego nie przystają do przedmiotu zamówienia również z uwagi na poniżej przytoczone okoliczności.

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

Niezrozumiałym jest, dlaczego Wykonawca nie może wykazywać wzrostu kosztów w alternatywnych formach współpracy – umowach zlecenia, umów podwykonawczych? Część kosztów, jakie ponosi wykonawca w związku z realizacją usługi, nie jest wykonywana lub dostarczana przez pracowników wykonawcy lecz podmioty trzecie. Ceny oferowanych przez nich towarów i usług również wzrosną – chociażby z uwagi na planowane dalsze wzrosty minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W tych okolicznościach Wykonawca nie będzie mógł wnioskować o waloryzację zgodnie z realnie rosnącymi kosztami, albo w sytuacji drastycznego wzrostu jedynie jednego lub dwóch czynników kosztotwórczych.

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

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów klauzuli waloryzacyjnej w zakresie odnoszącym się do zmiany ceny materiałów lub kosztów realizacji usługi (§ 18 ust. 3 pkt 5 i § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy) poprzez:

- zmniejszenie wartości sumy miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy z ≥6% i ≥4,5% do ≥3%

- dopuszczenie możliwości udokumentowania przez Wykonawcę wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek zmiany także innych elementów kosztotwórczych z pominięciem obowiązku wykazywania względem nich poziomu istotności

  dopuszczenie możliwości udokumentowania przez Wykonawcę wniosku o zmianę wynagrodzenia, także w sytuacji gdy jeden z trzech wskazanych przez Zamawiającego istotnych czynników kosztotwórczych wzrośnie o co najmniej 10%.

-

KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Odwołujący Chemeko zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie kary umownej za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy, w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj.:

a) znanego Zamawiającemu problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła" (co przekłada się na udział ok. 60% odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów objętym przedmiotem zamówienia),

b) uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce, czyli odpady podlegające recyklingowi wliczanemu do poziomów recyklingu,

c)wdrożonego w okresie realizacji umowy tzw. „systemu kaucyjnego”, który w sposób niewątpliwy wpłynie na ilość i morfologię odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy,

czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w wysokości 55% w 2025 r., 56% w 2026 r. oraz 57% w 2027 r. (okres realizacji zamówienia to 30 miesięcy), sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej (§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy), co z kolei narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty, a co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny)

2.Naruszenie przepisu art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 353(1) k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła” (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na „surowce”, czyli wąską grupę odpadów nadających się do recyklingu, które wliczane są do poziomów recyklingu – o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia odwołania) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy recyklingu i odzysku;

3.Naruszenie art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 242 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie kryterium oceny ofert w Rozdziale XV pkt 5 SWZ „Nieprzekraczanie poziomów składowania”, którego osiągnięcie na poziomie wymaganym dla uzyskania punktów jest niemożliwe, a samo kryterium jest niereprezentatywne i nie daje faktycznych korzyści środowiskowych oraz nie daje się powiązać z przedmiotem zamówienia, a ponadto niespełnienie kryterium jest zastrzeżone niemożliwą do ustalenia na etapie składania oferty karą umowną w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) projektu umowy;

4.Naruszenie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wprowadzenia do projektu umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.”), która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 października 2025 r. Pomimo tego, że treść aktu prawnego jest znana wykonawcom, to nie są jeszcze znane konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów np. co do wielkości i jakości strumienia odpadów, co ma wpływ na realizację zamówienia i jego koszty. Zamawiający nie zawarł w projekcie umowy postanowień, które pozwalałyby na jej dostosowanie do nowych warunków, w których wykonawca będzie świadczył usługę (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy). Ponadto, przewiduje się wprowadzenie przez ustawodawcę tzw. systemu Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, który prawdopodobnie zostanie wdrożony do polskiego systemu prawnego pakietem aktów prawnych, mających wpływ na realizację umowy. Powyższe narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć – powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych;

5.Naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. oraz art. 5 k.c. przez kształtowanie warunków zamówienia w § 18 ust. 3 pkt 5 oraz ust. 4 pkt 1) lit. e) projektu umowy, dotyczących zasad dokonywania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą

cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób, który:

a. narusza równowagę stron umowy, ma charakter iluzoryczny, uniemożliwiający osiągnięcie ustawowego celu instytucji waloryzacji, jakim jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia,

b. narusza zasadę równego traktowania wykonawców, przez określenie szeregu wymagań formalnych, jakim musi uczynić zadość wykonawca posiadający własną instalację w celu możliwości uzyskania waloryzacji wynagrodzenia, obejmujących przedstawienie szczegółowych wyliczeń, dotyczących wzrostu kosztów realizacji zamówienia oraz dowodów potwierdzających ów wzrost oraz jego wymiar, przy jednoczesnym wymaganiu od wykonawców, którzy korzystają z instalacji innych podmiotów przedłożenia jedynie zaświadczenia właściciela instalacji o wzroście opłat z tytułu unieszkodliwiania odpadów, co w sposób oczywisty uprzywilejowuje wykonawców nieposiadających własnych instalacji, albowiem przez sformułowanie dużo bardziej liberalnych wymagań formalnych dla uzyskania waloryzacji wynagrodzenia czyni dokonanie waloryzacji wynagrodzenia dużo bardziej prawdopodobnym,

6. Naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez postawienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.1 oraz 1.2.3.2 SWZ, w sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalnie do przedmiotu niniejszego zamówienia oraz nieumożliwiający oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

7. Naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w projekcie umowy dla sektora 6) w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę, co zostanie szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania. (zarzut dotyczy wyłącznie Postępowania na: „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora 6", znak: 51/2024);

8. Naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz jego wartości i celów, przez sformułowanie w Załączniku 1 – SWU, w Rozdziale XIV Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników pkt 1 ppkt 5) (str. 36), wymagania zastosowania systemu identyfikacji RFID UHF pracującego na dwóch pojazdach bezpylnych z wagami, podczas gdy wymaganie takie jest niezgodne z normą branżową DIN 14803:2020, szczegółowo określającą wymagania dotyczące systemów identyfikacji pojemników dla pojazdów bezpylnych, gdzie wymaganym pasmem Transponderów jest zakres RFID LF poniżej 135 kHz (czyli równoważne: 125 kHz Unique, 134,2 kHz FDX oraz 134,2 kHz HDX), które to rozwiązanie dotychczas było z powodzeniem stosowane przez Zamawiającego, przy jednoczesnym braku uzasadnienia w treści dokumentów zamówienia, że wymóg zastosowania systemu identyfikacji RFID UHF pracującego na dwóch pojazdach bezpylnych z wagami jest niezbędny dla osiągnięcia celów realizacji zamówienia;

9. Naruszenie art. 99 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz jego wartości i celów, przez sformułowanie w Rozdziale XIV. Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników pkt 1 ppkt 4) lit. f) (str. 35), wymagania wyposażenia wszystkich pojazdów w system wizyjnego monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu, umożliwiający rejestrację materiału wideo w rozdzielczości co najmniej FullHD 10 kl/s, podczas gdy jest to wymóg zupełnie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, albowiem cele związane z zapewnieniem Zamawiającemu możliwości bieżącego obserwacji sytuacji w pojeździe mogą co najmniej w takim samym stopniu zostać osiągnięte poprzez zastosowanie dotychczasowego systemu, a nawet w stopniu wyższym, albowiem dane w jakości FullHD 10 kl/s cechują się dużo większym rozmiarem, aniżeli dotychczas generowane dane, co przy niejednolitym standardzie pokrycia sieci Internet na terenie Miasta Wrocławia może znacząco utrudniać zapewnienie płynnej transmisji danych, a wręcz transmisję te uniemożliwić;

10. Naruszenie art. 99 ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz jego wartości i celów, przez sformułowanie w Rozdziale XIV. Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników pkt 1 ppkt 1) SWU (str. 33-34), wymagania zapewnienia, aby GPS i

kamery, zamontowane w pojazdach, którymi wykonywane będzie zamówienie, stanowiły jeden system, albowiem wymóg taki nie jest niezbędny dla osiągnięcia celów realizacji zamówienia udzielanego w postępowaniu, które w równym stopniu są spełnione w sytuacji, gdy GPS i kamery nie stanowią jednego systemu, a nadto nie został umotywowany w dokumentach zamówienia dla postępowania uzasadnionym interesem Zamawiającego i w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję w postępowaniu, gdyż ogranicza krąg dostawców GPS i kamer do zaledwie dwóch dostawców;

11. Naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu w sposób niejednoznaczny oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawia się w objęciu zakresem zamówienia udzielanego w postępowaniu obsługi pojemników typu naziemnego (mycie pojemników), których specyfika sprawia, że na rynku właściwym istnieje jeden tylko podmiot zdolny do wykonywania tych czynności, któremu wybrany wykonawca będzie musiał oddać do podwykonania tę część zamówienia, przy jednoczesnym braku ustalenia przez Zamawiającego i określenia w dokumentach zamówienia wiążących wszystkich wykonawców zasad współpracy z tym podmiotem (mającym pozycję monopolisty), w tym w szczególności w aspekcie finansowym, co prowadzić będzie do stanu nieporównywalności ofert z uwagi na możliwość zróżnicowania przez producenta pojemników typu naziemnego posiadanych przez Zmawiającego warunków, wykonywania obsługi pojemników typu naziemnego, w tym w szczególności w aspekcie finansowym (wynagrodzenia za wykonywanie tych czynności) - zgodnie z instrukcją stanowiącą załącznik do OPZ nr 43 - Hewea Sp. z o.o.;

12. Naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.2 SWZ bez uwzględnienia wymagań co do rodzaju pojazdów określonych w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1289 z późn. zm.), nieproporcjonalnie do przedmiotu niniejszego zamówienia oraz nie umożliwiając oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

13. Naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2 ppkt 1.2.2.1 SWZ w sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalnie do przedmiotu niniejszego zamówienia oraz nie umożliwiając oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

14. Naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3. ppkt 1.2.3.2. 3) SWZ nieproporcjonalnie do przedmiotu niniejszego zamówienia, w sposób ograniczający konkurencję oraz nie umożliwiający oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (zarzut dotyczy sektora 1 i 2).

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

1)Ad. zarzut z pkt 1 - wykreślenia § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1:

2)Ad. zarzut z pkt 2 - zmiany § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy poprzez nadanie mu treści:

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

3)Ad. zarzut z pkt 3 – wykreślenia kryterium oceny ofert określonego w Rozdziale XV pkt 5 SWZ „Nieprzekraczanie poziomów składowania” oraz w konsekwencji kary umownej z § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) projektu umowy;

4)Ad. zarzut z pkt 4 - wprowadzenia do projektu umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 października 2025 r. oraz przewidywanym wprowadzeniem tzw. systemu Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, które z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy;

5)Ad. Zarzut z pkt 5 – dokonanie zmiany klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał

on cel takiej klauzuli, w tym zmiany w § 18 ust. 3 pkt 5 projektu umowy, tak aby uzyskał brzmienie:

„ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 3 ostatnie miesiące będzie różna od ± 2%".

oraz:

zmiany w §18 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy, tak aby uzyskał brzmienie:

„Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy

zastosowany będzie wzór:

gdzie:

Cjo – cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

CN1 – cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 3 miesięcy),

Wa – miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 3 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

a – numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 3 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie a = 1, 2, 3,

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych.

Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ± 8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto.

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

6)Ad. Zarzut z pkt 6 -

a)dodania w Części VI SWZ dodatkowej treści w brzmieniu:

„Na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe:

1.Kserokopie dowodów rejestracyjnych pojazdów i urządzeń określonych w rozdziale Vl. pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.2. SWZ.

Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie, przedmiotowych środków dowodowych".

b) doprecyzowania w Części IV pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.1 SWZ, że spełnienie warunku przez Wykonawcę zostanie ostatecznie zweryfikowane przez Zamawiającego po odbyciu wizji lokalnej na terenie bazy magazynowo-transportowej.

7)Ad. Zarzut z pkt 7 - dokonania zmiany w projekcie umowy w § 2, w taki sposób, aby usługa polegająca na odbieraniu, transporcie i zagospodarowaniu odpadów wskazanych przez Zamawiającego, zebranych w PSZOK przy ul. Szwajcarskiej 15, została włączona do zakresu zamówienia podstawowego.

8)Ad. zarzut z pkt 8 – dokonanie zmiany w Rozdziale XIV SWU Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników pkt 1 ppkt 5) (str. 36), przez nadanie tej jednostce redakcyjnej następującego brzmienia:

„co najmniej dwa pojazdy bezpylne odbierające odpady z pojemników 60l-1100l lub worków muszą być dodatkowo wyposażone w wagę statyczną posiadającą legalizację Głównego Urzędu Miar w Polsce (GUM) lub innej jednostki notyfikowanej oraz posiadać możliwość przedłużenia jej na lata następne. Wymagania dotyczące wag statycznych:

a.dokładność pomiaru - 10kg na całej zabudowie. System powinien rejestrować każdą zmianę wagi zabudowy podczas realizacji usługi,

system wagowy musi być zintegrowany z systemem identyfikacji pojemników z wykorzystaniem RFID oraz systemem monitoringu wizyjnego poprzez generowanie zdarzeń/znaczników oraz danych z ważeń przyporządkowanych do zdarzeń."

9)Ad. Zarzut z pkt 9 – dokonanie zmiany w Rozdziale XIV. Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego

pojazdów i identyfikacji pojemników pkt 1 ppkt 4) lit. f) SWU (str. 35), przez postawienie wymogu minimalnego rozdzielczości 704x480, kodowanie NTSC 25 kl/s w zakresie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu, umożliwiając rejestrację materiału wideo,

10)Ad. Zarzut z pkt 10 - dokonanie zmiany w Rozdziale XIV. Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników pkt 1 ppkt 1) SWU (str. 33-34) i wykreślenia wymagania, aby GPS i kamery, zamontowane w pojazdach, którymi wykonywane będzie zamówienie, stanowiły jeden system,

11)Ad. Zarzut z pkt 11 – przez wyłączenie z zakresu zamówienia czynności związanych z obsługą pojemników typu naziemnego,

12)Ad. Zarzut z pkt 12 - przez dodanie w Rozdziale IV SWZ pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.2 ppkt 12, który stanowiłby warunek dysponowania pojazdem/pojazdami spełniającymi wymagania co do rodzaju pojazdów określonych w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1289 z późn. zm.),

13)Ad. Zarzut z pkt 13 – poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IV pkt 1.2.2 SWZ:

ppkt 1.2.2.1. „wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których odebrał i zagospodarował odpady komunalne bezpośrednio od mieszkańców z obszaru gminy zamieszkałego przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta; każde wykonane zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców), gdzie odebrał łącznie co najmniej 30 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych";

ppkt 1.2.2.2 „wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jedno zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę na terenie gminy zamieszkałej przez co najmniej 50 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie Zamawiającym wskazanego zamówienia była gmina, nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych".

14)Ad. Zarzut z pkt 14 – przez usunięcie w warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, określonego w Rozdziale IV pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.2 3) SWZ wymiarów pojazdu, tj. "szerokości pojazdu (bez lusterek) do 210 cm i długości całkowitej z zabudową do 643 cm."

Odwołujący Chemeko dodał, że opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej niewskazane wprost w żądaniu, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania Odwołującego – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Chemeko wskazał w szczególności:

Zarzut nr 1 – kara umowna wprowadzona w § 11 ust. 3 projektu umowy jest nieprawidłowa i odnosi się do świadczeń niemożliwych, określonych w Rozdziale XIX pkt 1 ppkt 2 SWU

Zgodnie z § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy: „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za opóźnienie i zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (…) w zakresie innym niż ww. obowiązki (…) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7, ppkt 2)".

Zgodnie z Rozdziałem XIX pkt 1 ppkt 2 SWU: „W zakresie osiągania poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane na terenie Sektora odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych oraz usługi SZOP i SZOT, w sposób zapewniający spełnienie, w odniesieniu do masy odpadów, do których zagospodarowania obowiązany jest Wykonawca, wymagań co do rocznych poziomów w zakresie: (…)

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

z póź. zm.)".

Zgodnie z Rozdziałem XIX pkt 7 ppkt 2 SWU:„Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów zagospodarowania odpadów w zakresie (…) osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

Zgodnie z art. 3b 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:

i. 35% wagowo - za rok 2023;

ii. 45% wagowo - za rok 2024;

iii. 55% wagowo - za rok 2025;

iv. 56% wagowo - za rok 2026;

v. 57% wagowo - za rok 2027.

Odwołujący Chemeko wyjaśnił, że będzie się posługiwał pojęciem „poziomy recyklingu" zamiast pojęciem „poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych", którymi posługują się właściwe przepisy prawa i SWZ, w szczególności, że przygotowanie do ponownego użycia w praktyce gospodarowania odpadami komunalnymi nie ma w ogóle zastosowania.

Następnie wskazał, że Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych „przenoszących" na wykonawcę karę administracyjną, którą Gmina „spodziewa się", że zapłaci na podstawie art. 9z ust. 2a pkt 1 u.c.p.g. – co jest nieprawidłowe, z uwagi na fakt, że w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu, spełnienie tych wymogów przez wykonawcę jest obiektywnie niemożliwe, zwłaszcza że odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających się na możliwość uzyskania poziomów recyklingu, a kluczowe znaczenie ma selektywna zbiórka odpadów przez mieszkańców i w konsekwencji udział odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów zbieranych, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu, a na które wpływ ma Zamawiający, dysponujący odpowiednimi narzędziami administracyjnymi.

Pierwszą kwestią, na którą należy zwrócić uwagę, jest fakt, że wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienia, nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania. Z doświadczeń samego Odwołującego wynika, że strumień ten składa się w ok. 60% z odpadów zmieszanych i jest bardzo zanieczyszczony, co jest podstawowym problemem (zupełnie niezależnym od wykonawcy), który finalnie determinuje niemożność osiągnięcia poziomów recyklingu na poziomie wymaganym przez ustawodawcę. Zgodnie z „Analizą stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Wrocław za rok 2023" opracowaną przez Zamawiającego (str. 21), w 2023 r. aż 61% odebranych odpadów komunalnych we Wrocławiu stanowiły niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne o kodzie 20 03 01.

Zgodnie z powyższą Analizą (str. 52), poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych we Wrocławiu w 2023 r. wyniósł 28,87%, wobec wymaganych 35%. Gmina Wrocław zatem już teraz nie osiąga wymaganego art. 3b u.c.p.g. poziomu recyklingu, natomiast w okresie realizacji zamówienia wymagany poziom wzrasta do 55% i o 1 punkt procentowy więcej w każdym kolejnym roku, gdy tymczasem nie wzrośnie poziom recyklingu w Gminie Wrocław, ponieważ Gmina Wrocław i Zamawiający nie wprowadzili żadnych nowych, skutecznych środków, które mogłyby pozwolić na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w kolejnych latach.

Odwołujący Chemeko powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2024 r., sygn. akt KIO 3638/24, w którym Izba nakazała wykreślenie kar umownych nakładanych na wykonawcę za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu, a także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 102/24. Odwołujący zaznaczył, że we całości powołuje się na powyższą argumentację, gdyż ma ona zastosowanie w niniejszej sprawie, z uwagi na okoliczności opisane poniżej. Co najważniejsze, także we Wrocławiu gmina nie osiągnęła w 2023 r. wymaganego poziomu recyklingu na poziomie 35%, a zamierza nałożyć karę na wykonawcę za nieosiągnięcie tego poziomu, gdy będzie on wynosił 55% w 2025 r. i więcej w kolejnych latach. W tym stanie rzeczy, nie ma dowodów, ani też powodów, by uznać, że w 2025 r. będzie możliwe osiągnięcie przez wykonawcę poziomu 55%.

Odwołujący Chemeko wskazał, że we wzorze do wyliczenia kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w Rozdziale XIX pkt 7 ppkt 2 SWU Zamawiający odejmuje od brakującej masy odpadów wartość „Mz" (w tym odpady z tzw. systemu kaucyjnego oraz ustalone na podstawie art. 9nb u.c.p.g.), ale przez to tylko obniża wysokość kary umownej, ale Zamawiający nie odejmuje tych odpadów „w pierwszym kroku", czyli na etapie ustalania, czy wykonawca nie osiągnął wymaganych poziomów recyklingu. Innymi słowy, parametr „Mz" został wprowadzony tylko we wzorze na wysokość kary

umownej, ale już nie we wzorze stanowiącym przesłankę jej wymierzenia. Okoliczność, że Zamawiający w powyższy sposób obniża karę umowną nie ma wpływu na fakt, że osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu pozostaje niemożliwe.

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

a) ilość zmieszanych odpadów komunalnych i poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli – które wszystkie są zależne od gminy (Odwołujący wskazuje, że nie można na wykonawcę w prosty sposób przenieść na drodze umowy w sprawie zamówienia publicznego obsługi całego systemu gminnego gospodarowania odpadami, ponieważ wykonawcy mają np. ograniczone możliwości inwestycyjne, które wynikają głównie z faktu, że o wyniku przetargu decyduje w głównej mierze cena, więc wykonawca nie może wliczać do ceny oferty elementów nadmiernych, a ponadto wykonawca nie ma pewności zwrotu inwestycji ponieważ nie wie, czy uzyska kolejne zamówienie, czy też nie);

b) sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), przez którego zapisy recyklerzy zmuszeni się wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi, przez co do poziomów recyklingu nie wliczają się odpady niespełniające wysokich wymagań jakościowych – a wykonawca nie ma wpływu na jakość odbieranych odpadów (szerzej o tym poniżej);

c) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recyklerów, którzy nie przyjmują do recyklingu odpadów niespełniających kryteriów jakościowych – dla części odpadów, które teoretycznie mogłyby zostać poddane recyklingowi nie ma odbiorców lub ci odbiorcy istnieją, ale mają bardzo ograniczone moce przerobowe, np. opakowania wielomateriałowe, które wymagają zaawansowanej obróbki technologicznej dla dalszego recyklingu (szerzej o tym poniżej);

d) wejście w życie tzw. „systemu kaucyjnego".

Z powyższego wynika, że możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od szeregu czynników, w pierwszej kolejności od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych (odpadów o kodzie 20 03 01) w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, którego udział w odniesieniu do strumienia odpadów, który będzie odbierany przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, jest bardzo duży (wynosi ok. 60%).

Na wstępie wymaga wyjaśnienia pojęcie „recyklingu". Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 23 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: recykling – to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych. Do tych pojęć odnosi się wymóg z art. 3b ust. 1 u.c.p.g., „przerzucony" przez gminę (Zamawiającego) na wykonawcę odbierającego i zagospodarowującego odpady. Powstaje więc pytanie, od jakich czynników zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, jak wygląda system gospodarowania odpadami komunalnymi?

Najważniejszy i niebudzący wątpliwości czynnik, od którego uzależniona jest możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu, to udział zmieszanych odpadów komunalnych w strumieniu odpadów odebranych i zebranych w ramach przedmiotu umowy. Warto wskazać, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2024 r., sygn. akt KIO 3638/24, w którym nakazano wykreślić kary umowne za nieosiągnięcie poziomów recyklingu (przywołany powyżej), odniósł się do Gminy Otwock, w której zmieszane odpady komunalne stanowiły „tylko" 50% całego strumienia odpadów komunalnych, a zatem we Wrocławiu poziom ten jest wyższy, a więc tym trudniej będzie podwyższyć osiągane poziomy recyklingu odpadów komunalnych.

Jeśli chodzi o wysoki udział niesegregowanych (zmieszanych) odpadów o kodzie 20 03 01 w strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, to należy wskazać, że odpady wysegregowane z odpadów zmieszanych co do zasady nie nadają się do recyklingu, ewentualnie możliwe jest wysegregowanie z nich kilku procent odpadów np. metalowych. Wchodzące w ich skład bioodpady, zgodnie z przepisami, nie mogą zostać wysortowane i przekazane do recyklingu, ponieważ są zanieczyszczone i nie nadają się np. do produkcji kompostu (co potwierdza i opisuje szczegółowo niżej przywołany Raport). Znajdujące się w odpadach zmieszanych odpady z papieru, tekstylne, z tworzyw

sztucznych, nie są przyjmowane przez recyklerów do recyklingu z uwagi na ich stopień zanieczyszczenia – o czym szerzej w dalszej części odwołania.

Powyższe potwierdza Raport „Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia", który został przygotowany przez wybitnych ekspertów z Politechniki Wrocławskiej dla Miasta Wrocławia, opierając się na szerokiej dokumentacji oraz badaniach naukowych, dotyczących m.in. składu morfologicznego konkretnie odpadów komunalnych z Wrocławia, a analiza przedstawiona została w kontekście wyzwań i zapotrzebowania inwestycyjnego wynikających z aktualnych wysokich wymagań odnoszących się zwłaszcza do wymaganych poziomów recyklingu odpadów komunalnych. Autorzy Raportu zwracają szczególną uwagę na fakt, że możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu zależy od udziału odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów, ponieważ np. bioodpady czy papier nie nadają się do recyklingu, jeśli nie są zebrane selektywnie, a wysortowane ze zmieszanych odpadów komunalnych:

1)str. 9: „do roku 2025 poziom selektywnego zbierania wszystkich frakcji wzrośnie o ok. 50% w stosunku do roku 2019, nie jest to wystarczające, aby spełnić wymagany w 2025 roku poziom recyklingu (55% całkowitej masy odpadów komunalnych)"

2)str. 24: „Wymagane poziomy recyklingu odpadów komunalnych są bardzo ambitne i będą trudne, lub wręcz niemożliwe, do spełnienia bez daleko idących zmian procesów produkcyjnych i wymuszenia na producentach stosowania coraz wyższych udziałów surowców wtórnych z recyklingu w nowych produktach".

3)str. 65: „W szczególności dotyczy to bioodpadów, które stanowią największy strumień odpadów komunalnych, a w przypadku Wrocławia o zdecydowanej przewadze zabudowy wielorodzinnej decydujący jest strumień odpadów kuchennych. Bioodpady, aby mogły zostać poddane procesowi recyklingu, muszą być zebrane selektywnie, gdyż nie ma możliwości wytworzenia produktu nawozowego z odpadów wysortowanych z odpadów zmieszanych, co stanowi podstawę uznania procesu za recykling".

4)str. 67: „Mimo przyjętego założenia, że do roku 2025 poziom selektywnego zbierania wszystkich frakcji wzrośnie o ok. 50% w stosunku do roku 2019, nie jest to wystarczające, aby spełnić wymagany w 2025 roku poziom recyklingu (55% całkowitej masy odpadów komunalnych). Wynika to m.in. z faktu, że nie wszystkie selektywnie zebrane surowce nadają się do recyklingu. Część materiałów zanieczyszczających i takich, dla których nie ma rynku zbytu, zostają wysortowane w sortowniach selektywnie zebranych surowców, jako tzw. pozostałość z sortowania".

Zatem, przy udziale ok. 60% zmieszanych odpadów komunalnych w strumieniu, matematycznie niemożliwe jest uzyskanie poziomu recyklingu 55% w 2025 r., nawet, gdyby przyjąć założenie (hipotetyczne i nieprawdziwe), że 100% odpadów zbieranych selektywnie zostanie poddane recyklingowi - w takiej sytuacji poziom recyklingu teoretycznie mógłby wynieść 40%, choć Odwołujący wskazuje, że i ten poziom jest niemożliwy do osiągnięcia, z uwagi na opisane niżej okoliczności – ale to i tak nie byłoby wymagane 55%.

W całym łańcuchu zdarzeń, prowadzących do recyklingu odpadu, udział wykonawcy odbierającego i zagospodarowującego odpady, jest obiektywnie niewielki. Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że w celu poddania odpadów recyklingowi, odpady trafiają do recyklerów, którzy decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu (szerzej na ten temat w dalszej części uzasadnienia odwołania). Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych, zasadniczo nie nadają się do recyklingu ze względu na stopień ich zanieczyszczenia, ale tak samo nie nadają się do recyklingu niektóre odpady selektywnie zebrane, zwłaszcza większość tworzyw sztucznych z tzw. żółtego worka. Mało tego, jest faktem notoryjnym, że skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych, jest zmienny, przy czym w odpadach tych najwięcej jest odpadów organicznych oraz papieru, co determinuje zanieczyszczenia odpadów wydzielonych do odzysku w instalacji MBP (szerzej opisanej poniżej) i w konsekwencji uniemożliwia ich recykling. Reasumując, możliwość recyklingu odpadów wysortowanych ze zmieszanych odpadów komunalnych jest marginalna. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady – a ten strumień jest zbyt mały, żeby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie 55%, a potem także 56% i 57%.

Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach, podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4. Wykonawca nie ma więc wyboru co do sposobu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych. Zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach, „Instalacją komunalną" jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony

środowiska, lub technologii, o której mowa w tej ustawy, zapewniająca:

1)mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub

2)(uchylony)

3)składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

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

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

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

  oraz

- tzw. frakcję podsitową o kodzie 19 12 12 (odpady o wielkości 0-80 mm).

W praktyce, średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP, to odpad o kodzie 19 12 12, a więc odpad nienadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach MBP ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyciągnąć kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Średnio, instalacje komunalne zdolne są do wysortowania ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych na poziomie kilka procent. Zamawiający takimi danymi dysponuje, otrzymując sprawozdania od wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych we Wrocławiu. Najbardziej pełnowartościowe surowce do ponownego przetworzenia, które zostaną odebrane przez recyklerów, uzyskamy, jeśli będziemy poprawnie zbierać „u źródła" osobno papier, szkło, tworzywa sztuczne wraz z metalem i oddzielimy je od odpadów biodegradowalnych. Innymi słowy, recykling odpadów opiera się na odpadach z selektywnej zbiórki, których poziom nie przekracza połowy całego strumienia odpadów odbieranych w poszczególnych sektorach Wrocławia.

Do niemożności osiągnięcia wymaganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu, przyczyniła się też niewątpliwie okoliczność, że w ostatnich latach nastąpiła radykalna zmiana przepisów prawa, nie tylko w zakresie samych procentowych poziomów recyklingu za rok 2022 i kolejne lata (drastyczne wzrosty wymaganych poziomów recyklingu), ale przede wszystkich w zakresie sposobu obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych.

Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530) wprowadziło nowy, niekorzystny dla gmin i przedsiębiorców (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określa sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi:

- Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia 2021, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami;
- W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza

się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu;

- Ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021 wskazał, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi";
- Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem, że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów". Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane".

Z zestawienia przedstawionych przepisów Rozporządzenia w sprawie recyklingu jednoznacznie wynika, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów do recyklingu – ale nie wszystkie procesy przetwarzania czy odzysku odpadów, stanowią recykling. Przykładowo, dla zobrazowania sytuacji – w zakresie odpadów szklanych, po wyjściu stłuczki szklanej z instalacji przygotowującej stłuczkę dla potrzeb hut szkła, tylko masa stłuczki szklanej, przekazanej do hut szkła, może być wliczana do poziomów recyklingu, bo tylko taka stłuczka jest przetapiana na materiały, substancje, które nie są odpadami. Dla potrzeb obliczania poziomów recyklingu, istotne jest wprowadzenie odpadów nie do jakiegokolwiek procesu recyklingu czy zagospodarowania, ale do recyklingu, w wyniku którego odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Takie procesy recyklingu prowadzone są – w odniesieniu do „przykładowej" stłuczki szklanej w Polsce – w hutach szkła. Jednak, już lustra, ceramika, szkło klejone, żaroodporne itd. stanowią z punktu widzenia recyklera „zanieczyszczenie" i nie zwiększają poziomów recyklingu.

Innym przykładem w tym zakresie mogą być odpady z tworzyw sztucznych, z których do poziomów recyklingu wlicza się tylko te odpady, z których zostaną wytworzone produkty lub materiały, które nie są odpadami, na co pozwala surowiec np. butelek PET, zakrętek plastikowych, puszek aluminiowych itp. Jednakże, inne odpady z tworzyw sztucznych, np. folie, styropian itd. zostaną poddane odpowiedniemu procesowi przetwarzania, ale nie będzie to recykling, który pozwala na wliczenie tych odpadów do analizowanych tu poziomów recyklingu.

Podsumowując, uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczeniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia (np. folia, zakrętki metalowe, lustra, papier laminowany itd.), które wcześniej były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, od 2022 roku nie są zaliczane do tej masy. Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejsza się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recyklerów nie mogą zostać przetworzone. Potwierdzają to zresztą uzyskiwane przez Odwołującego dokumenty potwierdzające recykling, które uzyskuje on od recyklerów. Recyklerzy potwierdzają dużo mniejszy recykling w odniesieniu do przekazanych im odpadów (od kilku do kilkunastu procent) od dnia wejścia w życie nowych przepisów, powołując się na ubytki procesowe i inne zanieczyszczenia, których nie akceptują finalni recyklerzy (np. papiernie, huty szkła). Każdy recykler zobowiązany jest indywidualnie obliczyć procent zanieczyszczeń wyliczony zgodnie z właściwymi przepisami. Na to Odwołujący nie ma jakiegokolwiek wpływu. Poziom recyklingu odpadów zależy od tego, jakiej jakości odpady są przekazane recyklerom. Innymi słowy, nawet, gdyby wykonawca przekazywał do recyklera wszystkie odpady odebrane z Gminy Wrocław, recykler ten na podstawie przepisów prawa i własnych wymagań jakościowych odrzuci odpady, które nie nadają się do recyklingu.

Ponadto, ustawa dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.") oraz ustawa z dnia 21 listopada 2024 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2024 r., poz. 1911) wprowadziły tzw. „system kaucyjny" obowiązkowy od 1 października 2025 r. (ale Odwołujący wskazuje, że system kaucyjny na zasadach dobrowolnych i testowych jest już wprowadzony obecnie i funkcjonuje).

Nowelizacja u.g.o. dostosowuje polskie prawo do rozwiązań obowiązujących w Unii Europejskiej. Od 1 października 2025 r. wprowadzony zostanie system kaucyjny na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Kluczowe dla nowego systemu kaucyjnego jest wprowadzenie zasady, że sklep będzie naliczał mieszkańcowi kaucję za opakowanie (np. za butelkę

PET), a kaucja ta będzie zwracana mieszkańcowi przy zwrocie opakowania do sklepu, czy tzw. butelkomatu. To jednostka handlowa będzie zbierała odpady komunalne PET – nie trafią one do tzw. żółtego pojemnika i nie zostaną odebrane i zagospodarowane przez wykonawcę, co oznacza, że strumień odpadów selektywnych, czyli tych, z których wykonawca może osiągać poziomy recyklingu, będzie ulegał zmniejszeniu.

Dysponentem odpadów odebranych w ramach systemu kaucyjnego, będzie operator tego systemu, a nie wykonawca realizujący niniejsze zamówienie. Co kluczowe, Gmina Wrocław wliczy do „swoich" poziomów recyklingu rozliczanych na podstawie u.c.p.g. i przepisów wykonawczych, cały strumień z systemu kaucyjnego, ponieważ operatorzy systemu kaucyjnego przekażą na podstawie art. 40p ust. 2 u.g.o. sprawozdanie Prezydentowi Wrocławia. Jest to zatem „czysty zysk" dla gminy, która do wliczenia tych odpadów nie musi podejmować żadnych realnych działań – system kaucyjny funkcjonuje bowiem bez żadnego udziału gminy i gmina na tym korzysta.

Co kluczowe – wykonawca odbierający odpady w niniejszym zamówieniu, nie wliczy do swoich poziomów recyklingu odpadów odebranych w ramach systemu kaucyjnego (oraz innych strumieni odpadów, które zostaną opisane w dalszej części odwołania, np. skupów złomu etc.). Należy wskazać, że te kluczowe, najbardziej nadające się do recyklingu odpady (szkło i butelki PET), zostaną wyłączone ze strumienia odbieranego przez wykonawcę.

Wprawdzie we wzorze do wyliczenia kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w Rozdziale XIX pkt 7 ppkt 2 SWU Zamawiający odejmuje od brakującej masy odpadów wartość „Mz" (w tym odpady z tzw. systemu kaucyjnego oraz ustalone na podstawie art. 9nb u.c.p.g.), ale przez to tylko obniża wysokość kary umownej, ale Zamawiający nie odejmuje tych odpadów „w pierwszym kroku", czyli na etapie ustalania, czy wykonawca nie osiągnął wymaganych poziomów recyklingu. Ta niekonsekwencja Zamawiającego jest niezrozumiała, ponieważ z jednej strony dostrzega dodatkowy strumień odpadów i pomniejsza o jego wysokość samą wartość kary umownej, ale z drugiej strony nie uwzględnia tych odpadów w mającym najważniejszą rolę ustaleniu, czy wykonawca osiągnął wymagane poziomy recyklingu, czy też ich nie osiągnął.

Odwołujący Chwemeko wskazał, że podstawowym problemem, z jakim musi się zmierzyć wykonawca (mającym też fundamentalne znaczenie dla ostatecznie osiągniętego przez wykonawcę poziomu recyklingu odpadów), jest jakość zbiórki „u źródła", na którą zasadniczy wpływ ma Zamawiający, który po pierwsze tworzy system gospodarki w gminie, a następnie wyposażony jest w ustawowe kompetencje, aby czuwać nad realizowaniem jego postulatów przez właścicieli nieruchomości.

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

- wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady (określenie „co najmniej" wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających selektywnej zbiórce),
- wymagania w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), które zapewniają przyjmowanie także innych odpadów komunalnych,
- rodzaj i minimalną pojemność pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków, przy uwzględnieniu:
- średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź w innych źródłach,
- liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków;
- innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami – katalog otwarty.

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

finansowe” dla mieszkańców za brak selektywnej zbiórki (opłata podwyższona za gospodarowanie odpadami).

Faktem jest, że to nie Zamawiający odbiera odpady, ale odbiór odpadów to prosta czynność faktyczna (w uproszczeniu zabranie worka spod drzwi, opróżnienie pojemnika stojącego na nieruchomości), która (wykonywana profesjonalnie, zgodnie ze sztuką, z poszanowaniem przepisów ochrony środowiska) sama w sobie nie przełoży się na osiągnięcie poziomów recyklingu na poziomie 55%, bowiem do tego niezbędna jest odpowiednia jakość surowców, które zostaną przyjęte przez recyklerów i poddane recyklingowi.

Jak zatem wykonawca może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, jeżeli obowiązki (możliwości) wykonawcy w tym zakresie, wynikające z SWZ i przepisów prawa, ograniczone są do „informowania Zamawiającego”, a wszystkie pozostałe narzędzia i kompetencje, pozostają w rękach Zamawiającego - Gminy?!

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

Zamawiający określa system gospodarowania odpadami w swojej gminie, który stanowi system naczyń połączonych, gdzie od wykonawcy niniejszego Postępowania zależy tylko niewielki zakres okoliczności, od których zależą osiągnięte na końcu poziomy recyklingu. Kluczowe dla efektu końcowego są bowiem kształt systemu gospodarowania odpadami, ustalony w zgodzie z obowiązującymi przepisami przez Zamawiającego oraz jakość selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez mieszkańców, na którą wykonawca ma znikomy wpływ.

Zamawiający, jak opisano to na wstępie, nieprawidłowo próbuje przenieść własną odpowiedzialność administracyjną na odpowiedzialność cywilnoprawną wykonawcy – w sposób rażąco niesprawiedliwy, naruszając przepisy prawa wskazane w odwołaniu, z uwagi na następujące okoliczności:

a. Gmina Wrocław na podstawie art. 9ze u.c.p.g. może złożyć wniosek do wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o zawieszenie zapłaty kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, a inspektor może zawiesić zapłatę kary pieniężnej na okres konieczny do podjęcia działań naprawczych, a po usunięciu przyczyn nałożenia kary pieniężnej, kara ta podlega umorzeniu przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska – tymczasem wykonawca nie posiada analogicznych uprawnień w odniesieniu do kary umownej, a co więcej, wykonawca zapłaci karę umowną nawet wtedy, jeśli gmina jej nie zapłaci;

b. Gmina Wrocław na podstawie art. 198f ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, może domagać się odstąpienia od nałożenia kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, jeśli waga naruszenia prawa będzie znikoma, a gmina zaprzestanie naruszania prawa - tymczasem wykonawca nie ma analogicznych uprawnień w odniesieniu do kary umownej, a co więcej, wykonawca zapłaci karę umowną nawet wtedy, jeśli zamawiający jej nie zapłaci;

c. Gmina Wrocław skorzysta na art. 12b u.c.p.g. i za 2025 r. zapłaci tylko połowę kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu (przepis dodany art. 6 ustawy z dnia 21 listopada 2024 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw) – a wykonawca zapłaci całość tej kary umownej;

d. ustawodawca prowadzi prace nad nowelizacją przepisów prawa odnoszących się do gospodarki odpadami, tak w zakresie udoskonalenia tzw. systemu kaucyjnego, jak też w zakresie tzw. Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, zgodnie z którymi, gmina ma uzyskać dodatkowe przychody z tytułu wpłat producentów wprowadzających towary do obrotu, które mają pokrywać koszty selektywnej zbiórki, transportu i przetwarzania odpadów. Odwołujący wskazuje, że intencje te należy ocenić pozytywnie, ale niewątpliwie w okresie realizacji zamówienia istotne zmienią się okoliczności faktyczne i prawne realizacji usługi i można przyjąć, że zostaną wprowadzone zmiany korzystne dla gmin, ale wykonawcy w niniejszym Postępowaniu i tak zostaną obciążeni karami umownymi.

2. Ponadto, sytuacja Zamawiającego różni się od sytuacji wykonawcy, ponieważ Zamawiający osiąga poziomy

recyklingu na podstawie innych strumieni odpadów, tj.:

a) Gmina Wrocław dysponuje odpadami odebranymi w ramach tzw. systemu kaucyjnego, co opisano wcześniej, a we wzorze do wyliczenia kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w Rozdziale XIX pkt 7 ppkt 2 SWU Zamawiający odejmuje od brakującej masy odpadów wartość „Mz" (w tym odpady z tzw. systemu kaucyjnego oraz ustalone na podstawie art. 9nb u.c.p.g.), ale przez to tylko obniża wysokość kary umownej, ale Zamawiający nie odejmuje tych odpadów „w pierwszym kroku", czyli na etapie ustalania, czy wykonawca nie osiągnął wymaganych poziomów recyklingu;

b) Gmina Wrocław dysponuje odpadami komunalnymi zebranymi spoza systemu odbierania odpadów od mieszkańców oraz spoza PSZOK, zgodnie z cytowaną wcześniej Analizą stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Wrocław za rok 2023 (str. 23), np. bioodpadami odebranymi w toku sprzątania terenów zielni miejskiej, a także Gmina Wrocław może wliczyć do swojego strumienia bioodpady zagospodarowane przez Mieszkańców w przydomowych kompostownikach, ale te strumienie odpadów może uwzględnić w poziomach recyklingu tylko Zamawiający, ale już nie wykonawca;

c) administracyjne kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu są liczone od określonych odpadów, zgodnie z § 3 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, tj. Gmina zapłaci karę tylko w odniesieniu do odpadów z grupy 15 i 20, z wyjątkami, tymczasem w świetle XIX ust. 1 SWU poziomy recyklingu liczone są od wszystkich odpadów, w tym interwencyjnych, a zatem katalog odpadów z SWU jest dużo szerszy niż w Rozporządzeniu. Do poziomów recyklingu obliczanych dla gminy w szczególności nie uwzględnia się odpadów budowlanych, a w SWU dopuszcza się wliczenie odpadów budowlanych, np. w przypadku odbiorów interwencyjnych.

Ponadto, Zamawiający dysponuje dodatkowymi narzędziami, z których może i powinien korzystać, jednak Zamawiający i Gmina Wrocław nie wprowadzają skutecznych środków poprawy poziomu recyklingu odpadów, tj.:

a) prowadzenia skutecznej edukacji Mieszkańców Wrocławia, co jest ustawowym obowiązkiem o kluczowym znaczeniu, a dotychczas to Zamawiający prowadzi te działania samodzielnie;

b) kontroli sposobu zbierania odpadów przez Mieszkańców we właściwej skali i skuteczności;

c) nakładania na Mieszkańców, którzy naruszają zasady segregowania odpadów, mandatów w celu zapobieżenia takim sytuacjom w przyszłości;

d) zwiększenia liczby frakcji odbieranych odpadów, np. o tekstylia i odpady kuchenne, co wyłączyłoby te odpady ze strumienia odpadów zmieszanych i pozwoliło na ich recykling,

e) rozwinięcie sieci PSZOK, aktualnie Wrocław posiada tylko 3 PSZOK-i na terenie całego miasta,

f) brakuje kontroli deklaracji właścicieli nieruchomości na etapie przyjmowania ich do systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, w sposób sprzeczny z prawem lokalnym, zgodnie z którym każdy właściciel nieruchomości powinien zbierać odpady w pojemnikach o pojemności powyżej 55% odpadów selektywnie zbieranych, a Zamawiający dopuszcza niespełnianie tego wymogu i zbieranie odpadów zmieszanych w nadmiernej ilości, zwłaszcza przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, np. galerii handlowych.

Sposób sformułowania wysokości kary umownej, wskazuje, że Zamawiający przerzucił na wykonawcę całą odpowiedzialność gminy za osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu odpadów komunalnych. Przedmiotowa kara umowna „powiela" bowiem karę pieniężną, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, zgodnie z art. 9z i 9x ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Tymczasem, zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp Ustawodawca podał: „*Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie*".

Z natury stosunku prawnego - umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 k.c., która ma łączyć wykonawcę z Zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy. Taki zapis SWZ narusza więc, w ocenie Odwołującego, przepis art. 353^1 k.c. Jak wynika bowiem z powyższych rozważań, nie sposób uzyskać

poziomów recyklingu przy tak dużej ilości zmieszanych odpadów komunalnych.

Zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Interpretacji tej normy dokonał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27 września 2016 r., sygn. akt VI ACa 817/15, wskazując, że *"w przepisie art. 387 § 1 k.c. chodzi o takie zachowanie się dłużnika, które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, a więc, nie tylko przez dłużnika, ale i osoby trzecie. Nadto, niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Kwestią kluczową jest to, że pojęcie niemożliwości świadczenia łączy się z samym zachowaniem dłużnika (świadczeniem), którego dotyczy umowa lub z przedmiotem świadczenia (jego cechą). Nie dotyczy natomiast innych elementów kształtujących treść stosunku zobowiązaniowego, jak sposób, miejsce, czy też termin spełnienia świadczenia. Należy zatem uznać, że zastrzeżenie w umowie terminu obiektywnie niemożliwego do dochowania nie oznacza, że strony zawarły umowę o świadczenie niemożliwe"*. Wszystkie te elementy „niemożliwości świadczenia" zachodzą w niniejszej sprawie.

Niemożność ma charakter obiektywny, o czym świadczą obiektywne okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, przede wszystkim w przywołanym wcześniej Raporcie Politechniki Wrocławskiej „Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia oraz w cytowanej wcześniej Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Wrocław za rok 2023. Już teraz przedsiębiorcy (w skali całego kraju) zmagali się z ogromnymi trudnościami, aby osiągnąć poziomy recyklingu na poziomie 35% w 2023 r., czyli 20 punktów procentowych niższym od tego, którego na 2025 r. oczekuje Zamawiający. Skoro tak, to logiczna wydaje się konkluzja, że wprowadzony w październiku 2025 r. system kaucyjny diametralnie pogorszy sytuację wykonawców (z ich strumienia odpadów „wyciągnięte" zostaną te najlepsze surowce, które pozwalały wykonawcom na osiągnięcie dotychczasowych poziomów), przy jednoczesnym braku prognoz ze strony Zamawiającego co do polepszenia jakości zbiórki „u źródła" (nadal dominować będą zmieszane odpady komunalne), to nie sposób sobie nawet wyobrazić, w jaki sposób wykonawcy mieliby osiągnąć niebotycznie wysokie poziomy recyklingu. Niemożność ta jest przy tym pierwotna, bowiem już obecnie w branży głośno mówi się, że poziomów tych nie będzie się dało uzyskać. Już teraz też Zamawiający wie, że w roku 2025, a więc w okresie realizacji tego zamówienia, wchodzi w życie system kaucyjny i z pewnością zdaje sobie z sprawę z tego, że system ten działa już teraz, niezależnie od ustawowego obowiązku, bo to jest bowiem atrakcyjna możliwość pozyskania surowców i zachęcenia mieszkańców do recyklingu. Co więcej, niemożność ta jest nieprzemijająca, bowiem nie sposób doszukać się jakichkolwiek prognoz co do tego, żeby jakość zbiórki u źródła drastycznie polepszyła się w okresie realizacji zamówienia, a pozostałe inne czynniki (np. wymagania recyklerów, system kaucyjny) będą jedynie negatywnie oddziaływać na osiągane przez wykonawców poziomy.

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

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

W konsekwencji powyższego, doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad

zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Z natury stosunku prawnego - umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 k.c., która ma łączyć wykonawcę z Zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy. Taki zapis SWZ narusza więc, w ocenie Odwołującego, przepis art. 353^1 k.c. Jak wynika bowiem z powyższych rozważań, nie sposób uzyskać poziomów recyklingu przy tak dużej ilości zmieszanych odpadów komunalnych.

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

Tym samym, sposób ukształtowania kar umownych, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c.

Sprzeczność czynności prawnej (a taką jest oświadczenie Zamawiającego stanowiące SWZ) z zasadami współżycia społecznego oznacza, że w świetle reguł powszechnie akceptowalnych w społeczeństwie, jak zasada lojalności i uczciwości kupieckiej, czynność prawna jest negatywnie oceniana. Z całą pewnością należy uznać, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył zasadę uczciwości kupieckiej, będącą jedną z podstawowych zasad współżycia społecznego, bowiem przerzuca na wykonawcę całą odpowiedzialność za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, choć możliwości wykonawcy w tym zakresie są ograniczone, choćby podjął wszelkie możliwe działania, żeby poziomy te osiągnąć. Nielojalności i nieuczciwości kupieckiej Odwołujący upatruje właśnie w przeniesieniu ryzyka na wykonawcę za zdarzenia, na które realny wpływ ma w znacznym zakresie sam Zamawiający.

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

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

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

Wprowadzenie do Wzoru Umowy obowiązków, które są niemożliwe do spełnienia, a nadto zagrożone są bardzo wysokimi karami umownymi za jego niespełnienie, uznać należy za sprzeczne z art. 16 pkt 3 Pzp. Zamawiający obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością za nie jego działania lub zaniechania.

Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Pzp jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej, która według szacunków Odwołującego będzie musiała być wyższa o ok. 127 zł na każdej tonie odpadów, żeby uwzględnić maksymalne ryzyko nałożenia kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu – choć wariantów wysokości tej kary może być nieskończenie wiele, a Zamawiający mógłby zredukować ryzyko wykonawcy i równocześnie poziom cen ofert złożonych w Postępowaniu uwzględniając niniejsze odwołanie. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty.

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

Zarzut nr 2 – kara umowna wprowadzona w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Wzoru Umowy jest nieprawidłowa i nadmiernie wygórowana

Odwołujący Chemeko zaznaczył, że zarzut ten postawił z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu z pkt 1 *petitum* odwołania, np. z uwagi na kwestię nieudowodnienia niemożliwości świadczenia. Odwołujący wskazuje, że i tak wprowadzona w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Wzoru Umowy kara umowna jest nieprawidłowa.

Odwołujący powołał się na uzasadnienie do zarzutu z pkt 1 *petitum* odwołania przede wszystkim w zakresie, w jakim opisuje czynniki wpływające na osiągane przez wykonawcę świadczącego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów poziomy recyklingu. Jak to już wskazał na wstępie, czynności wykonywane przez samego wykonawcę, a związane z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, stanowią tylko jeden z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu. We wcześniejszym punkcie niniejszego odwołania Odwołujący wskazał też, że podstawowym problemem, z jakim musi się zmierzyć wykonawca (mającym też fundamentalne znaczenie dla ostatecznie osiągniętego przez wykonawcę poziomu recyklingu odpadów) jest jakość zbiórki „u źródła", na którą zasadniczy wpływ ma Zamawiający, który po pierwsze tworzy system gospodarki w gminie, a następnie wyposażony jest w ustawowe kompetencje, aby czuwać nad realizowaniem jego postulatów przez właścicieli nieruchomości.

Odwołujący Chemeko wskazał, że wnosi o zmianę § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy poprzez nadanie mu treści:

> „za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn połowy stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7, ppkt 2)",
>
> – ponieważ ustalenie, że wykonawca płaci połowę kwoty kary, której nałożenia spodziewa się gmina, odzwierciedla rzeczywisty rozkład odpowiedzialności za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, w sposób sprawiedliwy, po połowie.

Odwołujący zauważył, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 102/24 (przywołanym wcześniej), uwzględniła analogiczny zarzut i żądanie wykonawcy i nakazała sformułowanie kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu właśnie w taki sposób, jak żąda tego Odwołujący w niniejszym odwołaniu, tj. w połowie.

Mimo opisanych w niniejszym odwołaniu okoliczności, Zamawiający zamierza sankcjonować nieosiągnięcie przez wykonawcę określonych przez Zamawiającego poziomów recyklingu (początkowo w 2025 r. 55%, następnie 56% i 57%) w drodze kar umownych, określonych w taki sposób, jakby to wykonawca samodzielnie odpowiadał za system gospodarki odpadami w gminie, o czym świadczy sposób naliczania tej kary i jej wysokość. Nałożony na gminę przez ustawodawcę obowiązek osiągania rocznych poziomów recyklingu (zagrożony stosowną sankcją administracyjną), Zamawiający w praktyce próbuje przenieść na wykonawcę, choć wykonawca i podejmowane przez niego działania, są tylko jednym z elementów, które prowadzą do osiągnięcia celu wskazanego przez ustawodawcę w u.c.p.g.

Sposób ukształtowania przez Zamawiającego Wzoru Umowy i zapisów dotyczących kar umownych za nieosiągnięcie

poziomów recyklingu, wskazuje więc na to, że Zamawiający układa stosunek prawny, jaki łączyć go będzie z wykonawcą w taki sposób, aby zabezpieczyć sobie możliwość pokrycia ewentualnych administracyjnych kar pieniężnych (chociaż nie zwalnia wykonawcy z obowiązku zapłaty kary w sytuacji, gdy gmina kary nie zapłaci), jakie być może w przyszłości zostaną nałożone na gminę za nieosiągnięcie przez gminę wymaganych poziomów recyklingu, poprzez naliczenie wykonawcy kar umownych wyliczonych w analogiczny sposób jak te, które mogą zostać naliczane w trybie u.c.p.g. gminie (iloczyn brakującej masy odpadów i stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska). Takie działanie należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a kara umowna wyliczana w ten sposób powinna być uznana za „rażąco wygórowaną", w szczególności mając na uwadze niewielki wpływ wykonawcy na stworzenie podstaw do jej naliczenia (tu: niewielki wpływ wykonawcy na to, że poziomy recyklingu nie zostały osiągnięte).

Zgodnie z art. 433 pkt 2 Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający narusza ten przepis, ponieważ wykonawca może zostać obciążony karą umowną nawet wtedy, gdy prawidłowo wykona umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Opisywana powyżej rola gminy w systemie gospodarki odpadami i jej kompetencje, określone przez ustawodawcę, jednoznacznie potwierdzają, że Odwołujący słusznie uznaje kary umowne za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu za ustalone w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła" (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na surowce) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy recyklingu i odzysku.

Zarzut nr 3 – kryterium oceny ofert w Rozdziale XV pkt 5 SWZ „Nieprzekraczanie poziomów składowania"

Zamawiający określił w Rozdziale XV pkt 5 SWZ:

> „Kryterium „nieprzekraczanie poziomów składowania" (S) punktowane będzie w następujący sposób:
>
> 1) oferta, w której zadeklarowano nieprzekraczanie poziomów składowania odebranych odpadów wynoszących 20% lub mniej, otrzyma 10 punktów,
>
> 2) pozostałe oferty, w przypadku zadeklarowania nieprzekraczania poziomów składowania odebranych odpadów z przedziału powyżej 20% i poniżej 30%, otrzymają punkty wyliczone na podstawie wzoru:
>
> $PS_{(i)} = (0{,}3 – S_{(i)}) \times 100$
>
> gdzie:
>
> i – numer ocenianej oferty,
>
> $P_{S(i)}$ – liczba punktów przyznanych w kryterium „Nieprzekraczanie poziomów składowania" ofercie „i", obliczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,
>
> $S_{(i)}$ – zadeklarowane w ofercie „i" procentowe nieprzekraczalne poziomy składowania odebranych odpadów zapisane w postaci dziesiętnej,
>
> 3) w przypadku, gdy Wykonawca nie zadeklaruje nieprzekraczalnych poziomów składowania odebranych odpadów poniżej 30%, otrzyma 0 punktów,
>
> 4) deklarowane nieprzekraczalne poziomy składowania odebranych odpadów Wykonawca zobowiązany jest podać w pkt 4 Formularza oferty".

Zgodnie z § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) Wzoru Umowy:*„Wykonawca ponosi odpowiedzialność za opóźnienie i zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (…) w zakresie innym niż ww. obowiązki (…) za przekroczenie przez Wykonawcę zadeklarowanego w ofercie poziomu ograniczenia składowania odpadów, Wykonawca zapłaci karę umowną obliczoną według poniższego wzoru:*

Odwołujący Chemeko wskazał, że powyższa kara umowna jest niemożliwa do ustalenia czy oszacowania, na etapie

składania ofert, ponieważ:

1)odnosi się do okresu podstawowego realizacji zamówienia oraz okresu opcjonalnego, a wykonawca nie wie, czy i w jakim zakresie Zamawiający skorzysta z prawa opcji;

2)w pozycji „C_{min}" odnosi się do najniższej ceny brutto złożonej w postępowaniu – a nie wiadomo, jaka to cena, w szczególności może to być inna cena, niż wygranego wykonawcy, który zdobędzie więcej punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Samo kryterium określone w Rozdziale XV pkt 5 SWZ „Nieprzekraczanie poziomów składowania" odnosi się do obowiązku, jaki został nałożony na gminę w art. 3b ust. 2a u.c.p.g.: Gminy są obowiązane nie przekraczać poziomu składowania w wysokości:

1) 30% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029;

2) 20% wagowo - za każdy rok w latach 2030-2034;

3) 10% wagowo - w 2035 r. i za każdy kolejny rok w latach następnych.

Okres realizacji zamówienia przypada na okres z art. 3b ust. 2a pkt 1 u.c.p.g., a więc ustawodawca wymaga poziomu składowania odpadów poniżej 30%. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający premiuje wykonawców, którzy już teraz zadeklarują niższy odsetek odpadów przekazanych do składowania, aż do 20%. Na pierwszy rzut oka wydaje się to uzasadnione korzyściami dla środowiska, lecz pogłębiona analiza pokazuje, że wobec tak wysokiego udziału odpadów zmieszanych (na poziomie 60%), osiągnięcie poziomu składowania do 20% jest niemożliwe.

Jak już wskazano wcześniej, odpady zmieszane muszą trafić do Instalacji komunalnej, która zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach, jest instalacją do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w tej ustawy, zapewniająca:

1)mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub

2)(uchylony)

3)składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

Instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (dalej także jako „instalacje MBP") mają zgodnie z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach obowiązek wydzielać z tych odpadów odpady nadające się do odzysku. Przez „odzysk" jednak, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 14 ustawy o odpadach, rozumie się jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku, którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Tym samym, przekazanie odpadów do instalacji komunalnej jest obowiązkowe i celowe, ponieważ pozwala ono na wysortowanie z odpadów zmieszanych surowców nadających się do odzysku. Nieodłącznym elementem funkcjonowania tej instalacji jest pozostały strumień odpadów, który w zasadzie podlega albo procesom składowania albo termicznemu przekształceniu, czyli spaleniu w odpowiedniej instalacji - spalarni.

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

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

  oraz

- tzw. frakcję podsitową o kodzie 19 12 12 (odpady o wielkości 0-80 mm).

Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 28 grudnia 2022 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych określa sposób postępowania ze zmieszanymi odpadami komunalnymi w sposób obligatoryjny, tj. nie można zagospodarować tych odpadów w inny sposób (jest

oczywiście dopuszczalne także termiczne przekształcenie zmieszanych odpadów komunalnych bezpośrednio w ITOPK).

Zgodnie z § 4 powyższego Rozporządzenia: Proces mechanicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych polegający na wydzieleniu z nich określonych frakcji dających się wykorzystać - w zależności od składu niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych - materiałowo lub energetycznie oraz frakcji wymagającej dalszego biologicznego przetwarzania przebiega w obiekcie budowlanym w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, który jest zamknięty w taki sposób, że co najmniej uniemożliwia oddziaływanie czynników atmosferycznych na te odpady, jest wyposażony w szczelne podłoże zapobiegające przedostawaniu się odcieków do środowiska i w urządzenia wentylacyjne oraz ograniczające emisje zanieczyszczeń, w szczególności przedostawanie się pyłów do powietrza. Proces ten prowadzi do powstawania odpadów, w zależności od ich właściwości, o kodzie:

1) 19 12 01 - Papier i tektura;

2)19 12 02 - Metale żelazne;

3) 19 12 03 - Metale nieżelazne;

4) 19 12 04 - Tworzywa sztuczne i guma;

5) 19 12 05 - Szkło;

6) 19 12 06* - Drewno zawierające substancje niebezpieczne;

7) 19 12 07 - Drewno inne niż wymienione w 19 12 06;

8) 19 12 08 - Tekstylia;

9) 19 12 10 - Odpady palne (paliwo alternatywne);

10) 19 12 11* - Inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów zawierające substancje niebezpieczne;

11) 19 12 12 - Inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11.

Zgodnie z § 5 ust. 9 powyższego Rozporządzenia: Pozostałe po wydzieleniu odpady spełniające wymagania, o których mowa w ust. 6 pkt 2, klasyfikuje się jako odpady o kodzie 19 05 99 - Inne niewymienione odpady, zwane dalej "stabilizatem". Zgodnie z § 5 ust. 10 powyższego Rozporządzenia: Stabilizat jest unieszkodliwiany przez składowanie na składowiskach odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne albo termicznie przekształcany.

Zatem, żaden wykonawca w niniejszym Postępowaniu, nie może realizować zamówienia w inny sposób, niż poprzez przekazanie zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji komunalnej, która wysortuje odpady nadające się do innego sposobu zagospodarowania, ale w każdym wypadku powstanie stabilizat i będzie on musiał zostać zeskładowany albo termicznie przekształcony.

W praktyce, średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP, musi trafić ostatecznie do składowania lub termicznego przekształcenia.

Powyższe potwierdza cytowany wcześniej Raport „Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia” na str. 60: „Przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych w instalacjach MBP nie jest rozwiązaniem docelowym z punktu widzenia gospodarki o obiegu zamkniętym, gdyż:

- nie pozwala na uzyskanie wymaganej docelowej redukcji składowania odpadów komunalnych. Z przeglądu 20 instalacji MBP w Polsce wynika, że średnia ilość odpadów składowanych po procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania wynosi 45,9% początkowej masy odpadów [66],
- cementownie przyjmują jedynie paliwa wysokiej jakości, o wartości opałowej przekraczającej 20 MJ/kg. Natomiast z odpadów zmieszanych, po oddzieleniu surowców do recyklingu) można wytworzyć paliwo o wartości opałowej na poziomie 11-14 MJ/kg, co nie odpowiada wymogom cementowni,
- MBP jest jedynie technologią wstępnego przetwarzania odpadów, w którym powstają odpady do dalszego ostatecznego zagospodarowania, co czyni ją zależną od końcowych odbiorców i narzucanych przez nich warunków dot. jakości i wysokości opłat za odbierane odpady”.

Powyższa publikacja wskazuje na istotne wady instalacji MBP, jednakże w obecnych realiach prawnych, jest to jedyna możliwość zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych. Istotne jest, że „pozostałości” po procesach

prowadzonych w tych instalacjach, stanowią około 50% odpadów zmieszanych. Zatem, prosta matematyka wskazuje, że skoro we Wrocławiu strumień odpadów zmieszanych wynosi ok. 60% (szeroko opisane w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 niniejszego odwołania), to skoro ok. 50% odpadów musi trafić po procesach w instalacji MBP do składowania lub termicznego unieszkodliwienia – osiągnięty zostanie ok. 30% poziom składowania wytworzonych odpadów.

Zdaniem Odwołującego Chemeko, z uwagi na uwarunkowania rynkowe, niemożliwe będzie przekazanie tych odpadów do termicznego przekształcenia, ponieważ taki proces prowadzą albo cementownie (w których nie są przyjmowane odpady ze zmieszanych odpadów komunalnych z uwagi na wymogi jakościowe) lub instalacje termicznego przekształcania odpadów – ponieważ obecnie funkcjonuje ich zbyt mało (zbyt mała zdolność przerobowa) oraz przetwarzają tylko odpady pochodzące z gmin, które je wybudowały, np. w Gdańsku: „*Do ITPOK (instalacji przekształcania odpadów komunalnych) w Gdańsku trafiać będą odpady z trzech instalacji komunalnych: Zakładu Utylizacyjnego w Gdańsku (70% strumienia odpadów), Zakładu Utylizacji Odpadów Stałych w Tczewie oraz z Zakładu Utylizacji Odpadów w Gilwie Małej k. Kwidzyna (pozostałe 30% strumienia odpadów)".*

Z punktu widzenia realizacji umowy, przekazanie tych problemowych odpadów do instalacji termicznego przekształcenia odpadów (spalarni), jest wręcz niemożliwe, także z uwagi na wysokie koszty transportu i zagospodarowania tych odpadów. Co kluczowe, składowanie tzw. odpadów resztkowych na spełniającym wymogi prawa składowisku odpadów nie jest niebezpieczne dla środowiska, a wręcz pożądane z uwagi na fakt, że składowane odpady przechodzą wcześniej procesy w instalacji MBP opisane powyżej i są ustabilizowane i bezpieczne dla środowiska. Warto zaznaczyć, że odpady przekazane do spalarni odpadów nie „znikają", ale powstają zanieczyszczenia i zagrożenia związane z ich ostatecznym zagospodarowaniem. Innymi słowy, nie ma jednego idealnego sposobu na zagospodarowanie pozostałości po procesach przeprowadzanych w instalacji MBP z odpadów zmieszanych.

Z tego punktu widzenia, niezrozumiałe jest wprowadzenie analizowanego tu kryterium oceny ofert, które premiuje tego wykonawcę, który oświadczy, że część odpadów nie trafi do składowania, tylko do spalarni (bo inaczej nie jest możliwe osiągnięcie poziomu składowania 20%), gdy tymczasem przekazanie odpadów w tej ilości do termicznego przekształcenia, jest również niemożliwe.

Kryterium oceny ofert z Rozdziału XV pkt 5 SWZ „Nieprzekraczanie poziomów składowania" jest niereprezentatywne, ponieważ z punktu widzenia troski o środowisko nie ma znaczenia, czy tzw. odpady resztkowe z instalacji MBP, zostaną przekazane do składowania, czy do termicznego przekształcenia (spalenia), a tylko takie dwa sposoby występują, z uwagi na opisane wcześniej wymogi prawne. W tym konkretnym przypadku, gdzie strumień odpadów zmieszanych wynosi ok. 60%, osiągnięcie poziomu składowania na poziomie 20% jest niemożliwe.

Zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 3 Pzp kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia. Jak wskazują przedstawiciele doktryny: „*Kryterium środowiskowe powinno cechować się obiektywnością, możliwością jego równego zastosowania wobec wszystkich wykonawców i związkiem z przedmiotem zamówienia oraz powinno odnosić się do takich wymagań, których spełnienie daje faktyczne korzyści środowiskowe. Kryteria o charakterze środowiskowym powinny odnosić się do wpływu przedmiotu zamówienia na środowisko naturalne na dowolnym etapie cyklu jego życia*" (Andrzela Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2025).

Tymczasem, wprowadzone przez Zamawiającego kryterium nie daje faktycznych korzyści środowiskowych oraz nie daje się powiązać z przedmiotem zamówienia, a przez to jest niereprezentatywne.

Odwołujący powołuje się w tym miejscu na argumentację prawną przywołaną w uzasadnieniu zarzutu z pkt 1 petitum niniejszego odwołania, która ma zastosowanie także w tym przypadku i potwierdza naruszenie art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, ponieważ Zamawiający określił kryterium oceny ofert w Rozdziale XV pkt 5 SWZ „Nieprzekraczanie poziomów składowania", które jest niemożliwe do spełnienia na poziomie, który daje wykonawcy punkty (tj. poziom składowania 20%, a ponadto w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) Wzoru Umowy wprowadził wadliwą karę umowną za niespełnienie tego niemożliwego obowiązku.

Zarzut nr 4 – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Zarzut nr 5: Zarzut dotyczący tzw. „klauzuli waloryzacyjnej" i przesłanek zmiany umowy

Zgodnie z § 18 ust. 3 pkt 5 Wzoru umowy:

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

5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 6 Umowy),

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

Z kolei licząca ponad trzy strony klauzula § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) Wzoru umowy stanowi, że

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

1)w przypadku zmiany:

W ocenie Odwołującego Chemeko, narzucony przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera dopiero stronom możliwość ubiegania się o dokonanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy, narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Poziom zmiany cen wymagany przez Zamawiającego dla aktualizacji roszczenia waloryzacyjnego wykonawcy jest tak wysoki, iż w sytuacji braku ekstraordynaryjnych wydarzeń porównywalnych do wybuchu wojny w Ukrainie czy epidemii COVID-19, uniemożliwi wykonawcy skuteczne domaganie się urealnienia jego wynagrodzenia, pomimo faktycznego wystąpienia wzrostu kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wzrost ten nie będzie, jednakże tak spektakularny, jak wymaga tego Zamawiający.

Dodatkowo Zamawiający nałożył na wykonawców szereg obowiązków związanych z udowodnieniem, iż zjawisko inflacji w istocie ma wpływ na koszt wykonania zamówienia, poprzez przedstawienie obszernej dokumentacji.

Konstatując, poziom zmiany kosztów jest bowiem zbyt wysoki, przez co w praktyce nie będzie możliwe skorzystanie z klauzuli waloryzacyjnej i zrealizowanie celu, jakiemu służyć ma przepis art. 439 Pzp, co świadczy wręcz o pozornym wypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku, o którym mowa w przepisie art. 439 ust. 1 Pzp.

Co więcej, ów wymóg udokumentowania wpływu inflacji na koszty wykonania zamówienia został sformułowany w sposób stawiający w mniej korzystnej pozycji wykonawców, którzy dysponują własnymi instalacjami zagospodarowania odpadów. Wykonawcy ci wraz z wnioskiem waloryzacyjnym będą bowiem zobligowani złożyć szereg dowodów z dokumentów, aby wykazać, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana kosztów związanych z funkcjonowaniem ich własnej instalacji. Tymczasem wykonawcy niemający własnej instalacji będą zobligowani jedynie do przedstawienia dokumentu, potwierdzającego wzrost opłat z tytułu przekazania odpadów do instalacji, celem ich zagospodarowania. Takie “podwójne standardy” nie dają się pogodzić z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak podkreśla się w komentarzu do ustawy: „wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawie zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowę może mieć różne podłoże, to w ar. 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Intencją ustawodawcy było zatem nałożenia na zamawiających obowiązku wprowadzenia do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji.” (zob. red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2022). Prawidłowo sformułowane klauzule waloryzacyjne pozwalają więc na dostosowanie umowy do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Nie służą one jakiemukolwiek uprzywilejowaniu jednej ze stron umowy, a ich celem jest wyłącznie przywrócenie stosunku zobowiązaniowego do stanu pierwotnie uzgodnionego przez strony.

Odwołujący powołał się na stanowisko Izby przedstawione w wyroku z dnia 5 stycznia 2022 r. (sygn. akt: KIO 3600/21).

W ocenie Odwołującego Chemeko nie może także znikać z pola widzenia w tym miejscu, że istotą waloryzacji jest

dostosowanie wysokości wynagrodzenia do realnych kosztów wykonania usługi w przypadku, gdy wysokość kosztów ulega zmianie niezależnie od woli i działań stron umowy. Z tych powodów nie jest dopuszczalne, aby waloryzacja limitowana była poprzez wprowadzanie przedziałów czasowych – po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, jak to uregulował Zamawiający w SWZ. Utrzymanie bowiem takich postanowień jedynie pogłębia pozorność realizacji obowiązku ustawowego jaki spoczywa na Zamawiającym na podstawie art. 439 ustawy Pzp. Nie dość, że wskazane w postanowieniach dokumentacji Postępowania wartości procentowe powodują w istocie wyłączenie waloryzacji wynagrodzenia, to dodatkowo ograniczenie przeprowadzenia waloryzacji w określonych przedziałach czasowych potęguje wadliwość i pozorność czynności, jaką podjął w tym Postępowaniu Zamawiający, regulując kwestie dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego.

Tymczasem, w obecnej sytuacji gospodarczej i politycznej, konieczna jest pewna elastyczność po stronie Zamawiającego i wprowadzenie kwartalnych przedziałów czasowych, po których przeprowadzona będzie waloryzacja.

W związku z tym, że projektowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie jest dostosowana do realiów kontraktu i zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, w ocenie Odwołującego nie odpowiada ona tym samym wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie, a co najmniej stanowi o pozornym ich wypełnianiu. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje także Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 353^1 k.c. i 5 k.c. Jak zauważa się w doktrynie „w art. 353(1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Dodatkowo zgodność czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy" (Fuchs Bernadetta w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, art. 353-534, Wolters Kluwer Polska, 2018).

Odwołujący Chemeko podkreślił, że poszanowanie ustawowo ustanowionej zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych, które już dziś pozwalają na przyjęcie za pewne, że inflacja w kolejnych miesiącach jest niemożliwa do przewidzenia.

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

Odwołujący Chemeko wskazał, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności Odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Pzp ani k.c. Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Należy podkreślić, że istotą zasady efektywności jest osiąganie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. *best value for money.* Czynności i zaniechania Zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W świetle powyższego za zasadny uznać należy postulat Odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej.

Odwołujący Chemeko wskazał także na nieprawidłowe ukształtowanie przez Zamawiającego warunków zamówienia w zakresie dotyczącym przesłanek zmian umowy, który jest zapisem niekompletnym, tj. nie uwzględnia on aktualnej sytuacji geopolitycznej i kluczowych zdarzeń, które wpływają na realizację kontraktu, jego rentowność i ekwiwalentność świadczeń stron. W § 18 ust. 3 projektu umowy Zamawiający zamieścił zamknięty katalog okoliczności, które będą umożliwiały stronom dokonanie zmian umowy. W orzecznictwie sądów powszechnych zwraca się przy tym uwagę, że:" treść zasad współżycia społecznego nie jest zdefiniowana. Podkreśla się, że przy uwzględnieniu, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.), należy przyjąć, że odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa. Ujmując rzecz ogólnie, można przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania." (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, sygn. akt: I ACa 454/20, LEX nr 3189604). Do takich reguł niewątpliwie należeć będą zasady słuszności, zasady uczciwego obrotu, zasady uczciwości czy zasady lojalności (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt: I ACa 1106/18, LEX nr 3122714). Odwołujący stoi więc na stanowisku, że odmowa wprowadzenia realnej i odpowiadającej istniejącym warunkom rynkowym klauzuli waloryzacyjnej, stanowić będzie próbę przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za niemożność realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie w warunkach siły wyżej, co jest działaniem moralnie nagannym i nieetycznym, całkowicie naruszającym zasadę równości stron postępowania, a w konsekwencji sprzecznym z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący Chemeko podniósł również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinność ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia. Zasada przejrzystości, w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by Wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego skalkulowania, przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu oraz oszacowania kosztów realizacji ze świadomością zapewnienia ich pokrycia przez Zamawiającego w przypadku niezależnych od wykonawcy wzrostów poszczególnych istotnych kosztów realizacji umowy.

Zarzut nr 6: Warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

Odwołujący Chemeko powołał się na postanowienia zawarte w Części IV pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.1 i 1.2.3.2 oraz rozdziale VI pkt 5.2)

Zauważył, że zgodnie z § 2 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości:

> 1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo- transportową usytuowaną:
>
> > 1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy;
> >
> > 2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny.
>
> 2. W zakresie wyposażenia bazy magazynowo- transportowej należy zapewnić, aby:
>
> > 1) teren bazy magazynowo- transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;
> >
> > 2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;
> >
> > 3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;
> >
> > 4) teren bazy magazynowo- transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. -

Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);

5) baza magazynowo- transportowa była wyposażona w:

a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,

b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,

c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,

d) legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku, gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

3. Na terenie bazy magazynowo- transportowej powinny znajdować się także:

1) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,

2) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów

- o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo- transportowej.

4. Część transportowa oraz część magazynowa bazy mogą znajdować się na oddzielnych terenach, przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w ust. 1-3.

Zauważył, *że* wobec tak wielu koniecznych do spełnienia przesłanek, wynikających z cytowanego Rozporządzenia, jedynie możliwość weryfikacji złożonego przez wykonawcę oświadczenia w zakresie dysponowania bazą magazynowo - transportową, poprzez odbycie wizji lokalnej w miejscu dla niej przeznaczonym i potwierdzenie spełnienia wymogów określonych w Rozporządzeniu, daje gwarancję, iż odpady te będą trafiały w miejsce do tego przeznaczone, zgodnie z przepisami prawa.

Pomimo tego, że w postępowaniu winny brać udział podmioty, które cechuje profesjonalizm i znajomość standardów rzetelności w postępowaniach przetargowych, które powinny działać z należytą starannością wymaganą od wykonawców, może zdarzyć się, że wykonawcy, składając oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu, przedstawią Zamawiającemu informacje co do warunku udziału w Postępowaniu w sposób wprowadzający go w błąd, w sposób celowy, sprawiając wrażenie, że jego zasoby zdolności technicznej spełniają wymogi z Rozporządzeń – potwierdzając to niejednokrotnie fałszywymi oświadczeniami, które Zamawiający przyjmują i wobec braku zastrzeżenia innych możliwości ich weryfikacji, są zmuszeni na nich polegać. Powyższe ma tym większe znaczenie, że Zamawiający w niniejszym Postępowaniu stara się otworzyć możliwość złożenia ofert przez nowych wykonawców (m.in. wprowadził podział na większą liczbę sektorów), którzy muszą zostać realnie zweryfikowani pod względem ich rzetelności.

Ta sama kwestia odnosi się do warunku dysponowania pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Brak rzeczywistej weryfikacji dysponowania pojazdami i urządzeniami, spowoduje, że dopuszczeni do udziału w Postępowaniu wykonawcy, mogą nie dawać gwarancji realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Obecnie ukształtowane wymogi w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, nie pozwalają na rzeczywistą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający dopuszcza do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie dają rękojmi jego prawidłowego zrealizowania, weryfikując spełnianie przez nich kluczowych warunków udziału w Postępowaniu tylko a podstawie oświadczeń.

Zarzut nr 7: PSZOK ul. Szwajcarska 15 - sektor 6– w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte

Argumentacja prawna wspólna dla Zarzutu 8, Zarzutu 9, Zarzutu 10, Zarzutu 11

Odwołujący Chemeko wskazał, że przepis art. 99 ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że powyższe oznacza, że opis przedmiotu zamówienia musi precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości, przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób szczegółowy i wszechstronny, zastosowaniem języka fachowego, zrozumiałego dla wykonawców, będących profesjonalistami w branży, której dotyczy udzielane zamówienie, z

uwzględnieniem wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, czyli określający zakres zamówienia, czas jego realizacji, a także wymagania (np. jakościowe) dotyczące tej realizacji. Zgodnie zaś z art. 99 ust. 2 Pzp, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych, które to cechy mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Przywołana wyżej regulacja normatywna koresponduje z zasadą proporcjonalności, wyrażoną w art 16 pkt 3) Pzp, mającą charakter zasady naczelnej prawa zamówień publicznych. Jej istotą jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego, polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. Normatywne ramy zasady proporcjonalności w polskim prawie zamówień publicznych, kreowane przez ogólną regulację art. 16 pkt 3) Pzp oraz szereg norm o charakterze *lex specialis*, są w istocie rezultatem implementacji Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej – „Dyrektywa"). Norma art. 18 ust. 1 Dyrektywy stanowi bowiem, że „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców". Z kolei art. 42 ust. 2 Dyrektywy nakazuje zamawiającym (instytucjom zamawiającym) zapewnić, by specyfikacje techniczne umożliwiały wykonawcom równy dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie tworzyły nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję. Zasada proporcjonalności wielokrotnie była przedmiotem wykładni dokonywanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej – „TSUE"). Przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawieSerrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), TSUE zaprezentował pogląd, zgodnie z którym przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ograniczanie konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską jest dopuszczalne tylko w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z 16 września 1999 r., C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii* TSUE podkreślono, że określenie „proporcjonalny" należy rozumieć jako „zachowujący właściwą proporcję". Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę (proporcję) między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Analogiczne stanowisko TSUE zajął również w wyroku z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawach połączonych C-523/16, C-536/16, MA.T.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) wskazał, że zgodnie z zasadą proporcjonalności przyjęte środki nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego celu. TSUE w swoim bogatym orzecznictwie dotyczącym zasady proporcjonalności, wypracowało tzw. test proporcjonalności, mający pomóc zamawiającym (instytucjom zamawiającym) zweryfikowanie czy danie działanie jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Test ten polega na zadaniu trzech pytań:

a) czy dane działanie jest konieczne (niezbędne) do osiągnięcia pożądanego celu i czy nie ma mniej restrykcyjnego środka, który w równym stopniu służyłby pożądanemu celowi,

b) czy działanie jest odpowiednie do osiągnięcia celu i czy jest w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków,

c) czy jest zachowana równowaga między działaniem i jego efektami a związanymi z nim ograniczeniami.

Tożsamy sposób rozumienia zasady proporcjonalności prezentowany jest, co oczywiste, również na płaszczyźnie polskiego prawa zamówień publicznych. W orzecznictwie podkreśla się, że „wymóg proporcjonalności dotyczy wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania" (wyrok KIO z dnia 6 lipca 2020 r., KIO 927/20). Analogiczne stanowisko prezentuje również Urząd Zamówień Publicznych. Tytułem przykładu można przywołać informację pokontrolną z 29 listopada 2017 r., dotyczącej postępowania kontrolnego KND/10/17/DKD, w której treści Urząd Zamówień Publicznych zaakcentował, że„Zasada ta przejawia się na niemal wszystkich etapach związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia i wskazuje na konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, czyli takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców." Ponadto norma art. 99 ust. 2 Pzp pozostaje w związku z regulacją

art. 16 pkt 1), nakazującą zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że„Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych zasady, nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych." (wyrok KIO z dnia 20 marca 2023 r., KIO 551/23).

Zarzutu nr 8 – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Zarzutu nr 9

Odwołujący Chemeko wskazał, że w Rozdziale XIV. Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników pkt 1 ppkt 4) lit. f) (str. 35) Zamawiający zawarł wymaganie wyposażenia wszystkich pojazdów w system wizyjnego monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu, umożliwiający na rejestrację materiału wideo w rozdzielczości co najmniej FullHD 10 kl/s. Wykonawca nie kwestionuje celowości samego wymogu wyposażenia pojazdów w system wizyjnego monitorowania pojazdów, bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu, umożliwiający na rejestrację materiału wideo, gdyż bezsprzecznie ma on charakter celowy i realizuje uzasadniony interes Zamawiającego, a zatem nie sposób uznać go za nieproporcjonalny. Jednakże oczekiwanie Zamawiającego, by system wizyjnego monitorowania pojazdów umożliwiał na rejestrację materiału wideo w rozdzielczości co najmniej FullHD 10 kl/s., ma charakter nadmierny, albowiem cel, jaki Zamawiający chce osiągnąć, może co najmniej w takim samym stopniu, jak nie w lepszym, zostać osiągnięty poprzez sformułowanie mniej restrykcyjnego wymagania jakościowego. Odwołujący Chemeko zauważył, że dotychczas Zamawiający wymagał wyposażenia pojazdów w system wizyjnego monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu, umożliwiający na rejestrację materiału wideo w rozdzielczości 704x480 kodowanie NTSC 25 kl/s. Zastosowanie systemu z takimi wymaganiami w zakresie rozdzielczości pozwalało Zamawiającemu na bieżący podgląd pracy pojazdów, a standard obrazu pozwalał na identyfikowanie szczegółów relewantnych dla oceny należytego wykonywania zamówienia przez wykonawcę. W takim stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego Chemeko, zasadna jest konstatacja, że dotychczasowe, mniej rygorystyczne wymaganie, pozwalało Zamawiającemu w pełni osiągnąć cel, któremu wymaganie to miało służyć. Wprowadzenie zatem jeszcze bardziej restrykcyjnego wymagania pozostaje w opozycji do wymagań wynikających z zasady proporcjonalności. Ponadto wymaganie, aby kamery w pojazdach rejestrowały i przekazywały dane w jakości FullHD 10 kl/s niesie za sobą istotne ryzyko niespełnienia w ogóle celu Zamawiającego, jakim jest zapewnienie nie tylko możliwości rejestracji obrazu, ale także jego bezpośredniego przekazywania do Zamawiającego w czasie rzeczywistym. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że dane w jakości FullHD 10 kl/s cechują się dużo większym rozmiarem, aniżeli dane dotychczas generowane przez system monitoringu pojazdów, co przy niejednolitym standardzie pokrycia sieci Internet na terenie Miasta Wrocławia, może znacząco utrudniać zapewnienie płynnej transmisji danych, a wręcz transmisję te uniemożliwić.

Uzasadnienie prawne do Zarzutu nr 10 i Zarzutu nr 11

W ocenie Odwołującego Chemeko, analiza Rozdziału XIV. Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników pkt 1 ppkt 1) SWU (str. 33-34) prowadzi do wniosku, że w jego ramach Zamawiający nakazał zapewnienie, by GPS i kamery, zamontowane w pojazdach, którymi wykonywane będzie zamówienie, stanowiły jeden system. Wymaganie takie nie znajduje żadnego uzasadnienia w celach, jakie ma zrealizować wykonanie zamówienia. Z praktycznego punktu widzenia nie ma bowiem znaczenia, czy GPS i kamery stanowią jeden system, czy stanowią komponenty wyprodukowane/nabyte od różnych podmiotów tak długo, jak zapewniona jest właściwa ich integracja i kompatybilność. W pełni możliwe jest zatem osiągnięcie celu, jaki przyświecał Zamawiającemu przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia w ww. zakresie przy zastosowaniu mniej restrykcyjnego środka, tj. poprzez sformułowanie wymagania pełnej kompatybilności GPS i kamer zamontowanych w pojazdach. Skoro zaś możliwe jest postawienie mniej rygorystycznego wymagania i osiągnięcie zakładanego celu, to wymóg sformułowany przez Zamawiającego uznać należy za sprzeczny z zasadą proporcjonalności, wyrażoną w art. 99 ust. 2 Pzp oraz art. 16 pkt 3) Pzp. Dodatkowo wymaganie, by GPS i kamery, zamontowane w pojazdach, którymi

wykonywane będzie zamówienie, stanowiły jeden system ogranicza konkurencję, co pozostaje w jawnej opozycji do dyspozycji normy art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp. Przepis art. 16 pkt 1 Pzp kreuje generalną zasadę przygotowania i przeprowadzania przez zamawiających postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z kolei art. 99 ust. 4 Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący Chemeko zauważył, że w orzecznictwie KIO wskazuje się, że "(...)w art. 99 ust. 4 p.z.p. mowa jest o potencjalnej możliwości utrudniania konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczności wystąpienia tego naruszenia" (wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2022 r., KIO 2009/22, analogicznie – wyrok KIO z dnia 11 lipca 2023 r. KIO 1797/23).

Uzasadnienie faktyczne do Zarzutu nr 10

Odwołujący Chemeko podniósł, że wymaganie, aby GPS i kamery stanowiły jeden system w sposób nieuprawniony ogranicza krąg dostawców GPS i kamer do zaledwie dwóch dostawców, co niewątpliwie utrudni konkurencję w postępowaniu, uzależniając w istocie możliwość złożenia w nim oferty od osiągnięcia porozumienia z jednym z tych podmiotów. Podmioty te zaś niewątpliwie będą miały świadomość istniejącego *de facto* duopolu i nieskrępowane żadnymi regulacjami prawnymi, będą miały swobodę co do nawiązania współpracy z ewentualnymi wykonawcami i określania warunków tejże współpracy (również w aspekcie finansowym). Tymczasem nie ma znaczenia fakt, czy wykonawca posiada określone GPS i kamery od tego samego dostawcy, czy też od różnych dostawców, ponieważ jest w stanie zagwarantować dostęp do takich samych informacji Zamawiającemu i sobie. Te zaś okoliczności będą rezonować nie tylko na ceny ofert, ale również na możliwość złożenia oferty w ogóle, co uprawdopodabnia wniosek o wystąpieniu naruszenia konkurencji w postępowaniu, co z kolei potwierdza zasadność zarzut w aspekcie naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp w zw. Z art. 16 pkt 1 Pzp.

Uzasadnienie faktyczne do Zarzutu nr 11

Zdaniem Odwołującego Chemeko, Zamawiający naruszył normy ustawy Pzp także poprzez objęcie zakresem zamówienia udzielanego w postępowaniu obsługi pojemników typu naziemnego (mycie pojemników), których specyfika sprawia, że na rynku właściwym istnieje jeden tylko podmiot zdolny do wykonywania tych czynności, któremu wybrany wykonawca będzie musiał oddać do podwykonania tą część zamówienia, zgodnie z instrukcją stanowiącą załącznik do OPZ nr 43 - Hewea Sp. z o.o. Wykonawca jest w tej sytuacji zmuszony uzyskać pojazd od podmiotu trzeciego (monopolisty w tej sytuacji) i zdać się na jego chęć współpracy i warunki, możliwości techniczne, a to wykonawca realizujący zamówienie ponosi odpowiedzialność za realizację umowy. Jednocześnie, Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia wiążących wszystkich wykonawców, zasad współpracy z tym podmiotem (mającym pozycję monopolisty), w tym w szczególności w aspekcie finansowym, co prowadzić będzie do stanu nieporównywalności ofert z uwagi na możliwość zróżnicowania przez producenta pojemników typu naziemnego posiadanych przez Zmawiającego warunków, wykonywania obsługi pojemników typu naziemnego, w tym w szczególności w aspekcie finansowym (wynagrodzenia za wykonywanie tych czynności).

Zarzut nr 12 – w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu jego uzasadnienie zostaje pominięte.

Zarzut nr 13:

Odwołujący przywołał następujący opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej zawarty w SWZ:

> Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:
>
> 1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta; każde wykonane zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców), gdzie odebrał łącznie co najmniej 30 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

Odwołujący Chemeko stwierdził, że wobec tak nieprecyzyjnych określeń, składających się na warunek, jakim są: „obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców" oraz „zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców", wykonawca będzie mógł wskazać praktycznie każdą usługę, np. odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych z „obszary" wielu gmin – a wydaje się, że nie taka

była intencja Zamawiającego w formułowaniu tego warunku, Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, ten nieprecyzyjny warunek będzie potem interpretowany na korzyść wykonawcy, więc w obecnej treści nie weryfikuje on doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Ta niejasność budzi tym większe wątpliwości, w kontekście warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale IV pkt 1.2.2 ppkt 1.2.2.2: „w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jedno zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę na terenie gminy zamieszkałej przez co najmniej 50 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie Zamawiającym wskazanego zamówienia był podmiot publiczny, nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych", w którym Zamawiający posługuje się pojęciem „gdzie Zamawiającym wskazanego zamówienia był podmiot publiczny", tymczasem Zamawiającym wskazanego zamówienia powinna być gmina. Takie zróżnicowanie wyraźnie wskazuje, iż pojęcia te nie są synonimami i nie mogą być interpretowane zamiennie. W ocenie Odwołującego Chemeko,określenia te mają niewątpliwie charakter nieprecyzyjny i niejednoznaczny, albowiem Zamawiający nie doprecyzował co rozumie pod ich pojęciem, co skutkuje powstaniem pewnej dowolności interpretacyjnej. Nie jest zaś rolą wykonawcy dowolna interpretacja warunku udziału w postępowaniu i złożenie oferty na tej podstawie. To rolą zamawiającego jest konkretyzacja i sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który z jednej strony nie utrudnia uczciwej konkurencji, a z drugiej daje wykonawcom pewność, co do jednoznacznej ich interpretacji podczas oceny spełniania warunków. Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, obiektywny i niebudzący wątpliwości, a ocena kwalifikacji wykonawców, winna być oparta na jasnych i przejrzystych przesłankach, jakimi kierował się będzie zamawiający.

Zarzut nr 14

Odwołujący Chemeko wskazał, że Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w Rozdziale IV pkt 1.2.3 ppkt 1.2.3.2 3) SWZ, dla sektora 1 i 2, polegający na dysponowaniu pojazdem: samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 3,5 Mg i nie większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym o szerokości pojazdu (bez lusterek) do 210 cm i długości całkowitej z zabudową do 643 cm – minimum 1 sztuka. Zdaniem Odwołującego Chemeko Określenie warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu dysponowania pojazdu o specyficznych wymiarach, który będzie *de facto* pojazdem o bardzo małej zabudowie, posiadającym znikomą objętość skrzyni ładunkowej, co finalnie umożliwi odbiór bardzo małej ilości odpadów z miejsca ich gromadzenia i pojazd będzie zmuszony do zjazdu na bazę, w celu rozładunku, nie jest uzasadnione specyfiką zamówienia, ani specjalnymi potrzebami Zamawiającego, a może ograniczyć konkurencję w ubieganiu się o zamówienie. Dodatkowo wskazał, że aktualnie świadczona usługa odbioru odpadów na osiedlach mieszczących się w obszarze sektorów 1 i 2, jest realizowana przez większe pojazdy (nie mieszczące się w wymiarach wskazanych w warunku) i nie występują jakiekolwiek problemy z dojazdem do poszczególnych miejsc gospodarowania odpadami, o czym zamawiający ma wiedzę. Nie ma zatem technicznych podstaw do użytkowania pojazdu o tak precyzyjnych (zaniżonych) wymiarach. Ponadto, zgodnie z § 15 uchwały Rady Miejskiej Wrocławia nr XXV/672/20 z dnia 23 lipca 2020 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia: „Właściciel nieruchomości zobowiązany jest do ustawienia pojemników lub worków z odpadami przeznaczonymi do odebrania w sposób zapewniający podmiotowi odbierającemu odpady komunalne bezpośredni do nich dojazd za pomocą wyspecjalizowanego pojazdu o dopuszczalnej masie całkowitej co najmniej 26 t oraz łatwy odbiór odpadów". W ocenie Odwołującego Chemeko, nie sposób zatem uznać, aby warunek był proporcjonalny i nienadmiarowy względem przedmiotu zamówienia, skoro usługa może być świadczona pojazdem o standardowych wymiarach. Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu.

W dniu 10 kwietnia 2025 r. do akt sprawy wpłynęły pisma Zamawiającego stanowiące odpowiedzi na odwołania.

W zakresie części zarzutów podniesionych w odwołaniach Zamawiający złożył oświadczenie o ich uwzględnieniu albo wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego ze względu na to, że stało się ono bezprzedmiotowe (art. 568 pkt 2 ustawy Pzp). Szczegółowe informacje w tym zakresie zostały podane w dalszej części uzasadnienia (w zakresie omówienia zarzutów, w stosunków do których postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu).

W zakresie pozostałych zarzutów – Zamawiający wniósł o ich oddalenie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili następujący wykonawcy:

A.wykonawca FBSerwis Zielony Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich – w sprawach o sygn. akt KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25, KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/25 po stronie odwołującego oraz w sprawach o sygn. akt KIC 1081/25 oraz KIO 1083/25 po stronie zamawiającego („w szczególności w zakresie zarzutu podniesionego pod nr 6”),

B.wykonawca ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Jaroszowie – w sprawach o sygn. akt KIO 1081/25, KIO 1083/25 (w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1, pkt 2, pkt 4, pkt 5, pkt 7, pkt 8, pkt 9 a, pkt 10, pkt 11, pkt 12, pkt 13) oraz KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/2 (w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1, pkt 2, pkt 3, pkt 4, pkt 5, pkt 6, pkt 8, pkt 9, pkt 10, pkt 11, pkt 12, pkt 14) po stronie odwołującego oraz w sprawach o sygn. akt KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25 KIO 1080/25 oraz KIO 1082/25 po stronie zamawiającego (w zakresie zarzutu określonego w odwołaniu w pkt 2a),

C.wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu – w sprawach o sygn. akt KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25, KIO 1085/25, K 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/25 po stronie odwołującego.

D.wykonawca Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu – w sprawach o sygn. KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25 po stronie odwołującego,

E.wykonawca PreZero Service Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Kiełczu – w sprawach o sygn. akt KIO 1085/25, KIC 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, KIO 1090/25 po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. Zarzuty, w zakresie których postępowanie odwoławcze zostało umorzone:

KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25

Zarzuty nr 2

Odwołujący Eneris złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów nr 2. W związku z tym, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów odwołania.

Zarzuty nr 3

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty nr 3. Zamawiający wskazał, że zmieni treść SWZ dotyczących Sektorów od 1 do 6 w następujący sposób:

1) wykreśli pkt 1.2.4.4 w rozdz. IV,

2) wykreśli lit. j) w pkt 4 w rozdz. IV,

3) wykreśli ppkt 11 w pkt 5 rozdz. VI,

4) wykreśli „Oświadczenie o zobowiązaniach pieniężnych” – załącznik nr XII.

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 3 postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 4a:

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty nr 4a. Zamawiający wskazał, że zmieni treść SWZ dotyczących Sektorów od 1 do 6 w następujący sposób – lit. f) w ppkt 1 pkt 4 Rozdział II SWU otrzyma następujące brzmienie:

„f) muszą być wyposażone w kratki odciekowe z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to pojemników o pojemności 0,06 m3, 0,08 m3 oraz 0,36 m3.”.

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 4a postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 4b

Pismem z dnia 14 kwietnia 2025 r., złożonym w toku posiedzenia przed Izbą, Zamawiający poinformował, że zmieni treść SWZ dotyczących Sektorów od 1 do 6 w następujący sposób:

1) lit. a w ppkt 4 pkt 8 Rozdział II SWU otrzyma następujące brzmienie:

„a) przekazanie Zamawiającemu do akceptacji rocznego Harmonogramu mycia i dezynfekcji pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, opracowanego na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 4 - Wzór Harmonogramu mycia i dezynfekcji pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, w formie usług, wraz z podaniem dat w formacie rrrr-mm-dd, z uwzględnieniem, że:

- pojemniki przeznaczone do gromadzenia zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych będą myte w miesiącach marzec-kwiecień oraz wrzesień-październik, z zastrzeżeniem, że poszczególne, pojedyncze Osiedla zostaną zrealizowane w terminie 30 dni kalendarzowych,
- pojemniki przeznaczone do gromadzenia odpadów z papieru będą myte w miesiącach marzec - kwiecień i wrzesień-październik,
- przeznaczone do gromadzenia odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych będą myte w miesiącach kwiecień - maj i wrzesień-październik,
- pojemniki przeznaczone do gromadzenia odpadów ze szkła będą myte w miesiącach marzec - kwiecień i wrzesień-październik,”,

2) ppkt 1 w pkt 7 rozdz. XV SWZ otrzyma następujące brzmienie:

„1) oferta, w której Wykonawca złoży oświadczenie o zobowiązaniu się do wykonania dwóch dodatkowych myć pojemników przeznaczonych do gromadzenia zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w maju-czerwcu i lipcu-sierpniu każdego roku trwania usługi (zgodnie z wytycznymi podanymi w SWU rozdział II) otrzyma 10 punktów,”,

3) ppkt 1 w pkt 6 Formularza oferty otrzyma następujące brzmienie „1) zobowiązujemy się do wykonania dwóch dodatkowych myć pojemników przeznaczonych do gromadzenia zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w maju-czerwcu i lipcu-sierpniu każdego roku trwania usługi (zgodnie z wytycznymi podanymi w SWU rozdział II)1),”.

Odwołujący Eneris oświadczył, że dokonuje modyfikacji żądania zgodnie z pismem Zamawiającego z 14 kwietnia 2025 r.

Wobec dokonanej przez Odwołującego Eneris modyfikacji żądania, Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów nr 4b.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 4b postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 4e

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający poinformował, że na podstawie o art. 137 ust 1 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SWZ pismami z dnia 10.04.2025 r. nr DZP/MC/907/04/2025/W (Sektor 1), DZP/MC/908/04/2025/W (Sektor 2 DZP/MC/909/04/2025/W (Sektor 3), DZP/MC/910/04/2025/W (Sektor 4), DZP/MC/911/04/2025/W (Sektor 5 DZP/MC/912/04/2025/W (Sektor 6), W ocenie Zamawiającego, dalsze rozpatrywanie odwołania stało się bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Zamawiający i Odwołujący Eneris wnieśli o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba przychyliła się do wniosków Zamawiającego i Odwołującego. Uznała, że wobec utraty substratu zaskarżenia, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4e podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, stosowanego odpowiednio w sytuacji, gdy którakolwiek z przesłanek wymienionych w tym przepisie ziściła się wobec części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzuty nr 4h

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający poinformował, że na podstawie o art. 137 ust 1 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SWZ pismami z dnia 10.04.2025 r. nr DZP/MC/907/04/2025/W (Sektor 1), DZP/MC/908/04/2025/W (Sektor 2 DZP/MC/909/04/2025/W (Sektor 3), DZP/MC/910/04/2025/W (Sektor 4), DZP/MC/911/04/2025/W (Sektor 5 DZP/MC/912/04/2025/W (Sektor 6), W ocenie Zamawiającego, dalsze rozpatrywanie odwołania stało się bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Zamawiający i Odwołujący Eneris wnieśli o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba przychyliła się do wniosków Zamawiającego i Odwołującego. Uznała, że wobec utraty substratu zaskarżenia, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4h podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, stosowanego odpowiednio w sytuacji, gdy którakolwiek z przesłanek wymienionych w tym przepisie ziściła się wobec części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzuty nr 5 („w zakresie kar za nieosiągnięcie poziomów")

Pismem z dnia 14 kwietnia 2025 r., złożonym w toku posiedzenia przed Izbą, Zamawiający poinformował, że zmieni treść Specyfikacji warunków zamówienia, tj. postanowienia dotyczące kar za osiąganie poziomów w następujący sposób:

1) dot. Sektora 1:

„o) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX pkt 1 ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 2), a za 2025 r. w wysokości obliczonej jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 2),".

„p) za przekroczenie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX pkt 1 ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.) i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 3) a za 2025 r. w wysokości obliczonej jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 3),",

2) dot. Sektorów 2, 3 i 4:

„o) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVIII pkt 1 ppkt 2), w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7 ppkt 2), a za 2025 r. w wysokości obliczonej jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7 ppkt 2),".

„p) za przekroczenie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVIII, pkt 1, ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.) i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7 ppkt 3), a za 2025 r. w wysokości obliczonej jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XVIII pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVIII pkt 7 ppkt 3),",

3) dot. Sektora 6:

„p) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX pkt 1 ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony

środowiska (Dz. U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 2), a za 2025 r. w wysokości obliczonej jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 2),".

„q) za przekroczenie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX pkt 1 ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.) i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 3) a za 2025 r. w wysokości obliczonej jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 3),",

Odwołujący Eneris oświadczył, że dokonuje modyfikacji żądania zgodnie z pismem Zamawiającego z 14 kwietnia 2025 r.

Wobec dokonanej przez Odwołującego Eneris modyfikacji żądania, Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów nr 5 („w zakresie kar za nieosiągnięcie poziomów").

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 5 („w zakresie kar za nieosiągnięcie poziomów") postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25

Zarzuty nr 1a

Odwołujący FBSerwis złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów nr 1a. W związku z tym, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów odwołania.

Zarzuty nr 1b

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty nr 1b i zmieni treść SWZ dotyczących Sektorów od 1 do 6 w następujący sposób:

1)ppkt 3) w pkt 8 Rozdział IV Szczegółowych warunków umowy otrzyma następujące brzmienie:

„3) Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego podstawienia pojemnika (bez zastosowania zasad określonych w pkt 8 ppkt 1), w sytuacjach nieprzewidzianych (awaryjnych) z zastrzeżeniem, że w ww. przypadkach termin udzielenia Zlecenia może być skrócony do jednego dnia (z 1-dniowym wyprzedzeniem), a za zgodą Wykonawcy również w tym samym dniu. Zamawiający za sytuacje nieprzewidziane i awaryjne uznaje okoliczności lub zdarzenia, które występują niespodziewanie i nie zostały wcześniej zaplanowane, trudne do przewidzenia ze względu na ich losowy charakter lub wyjątkowe okoliczności, które zagrażają bezpieczeństwu, zdrowiu lub życiu ludzi, mieniu, środowisku i wymagające natychmiastowej interwencji np. polecenia jednostek zarządzających sytuacjami kryzysowymi w Mieście. Zamawiający informuje, że maksymalny udział procentowy we wszystkich zleceniach podstawienia pojemników, jakie Wykonawca będzie zobowiązany realizować z terminie skróconym do 1 dnia nie przekroczy 2 %.",

2)ppkt 2) w pkt 8 Rozdział V Szczegółowych warunków umowy otrzyma następujące brzmienie:

„2) Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego podstawienia pojemnika (bez zastosowania zasad określonych w pkt 8 ppkt 1), w sytuacjach nieprzewidzianych (awaryjnych) z zastrzeżeniem, że w ww. przypadkach termin udzielenia Zlecenia może być skrócony do jednego dnia (z 1-dniowym wyprzedzeniem), a za zgodą Wykonawcy również w tym samym dniu. Zamawiający za sytuacje nieprzewidziane i awaryjne uznaje okoliczności lub zdarzenia, które występują niespodziewanie i nie zostały wcześniej zaplanowane, trudne do przewidzenia ze względu na ich losowy charakter lub wyjątkowe okoliczności, które zagrażają bezpieczeństwu, zdrowiu lub życiu ludzi, mieniu, środowisku i wymagające natychmiastowej interwencji np. polecenia jednostek zarządzających sytuacjami kryzysowymi w Mieście. Zamawiający informuje, że maksymalny udział procentowy we wszystkich zleceniach podstawienia pojemników, jakie Wykonawca będzie zobowiązany realizować z terminie skróconym do 1 dnia nie przekroczy 2%.".

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 1b postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 1c i 1d

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający poinformował, że na podstawie o art. 137 ust 1 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SWZ pismami z dnia 10.04.2025 r. nr DZP/MC/907/04/2025/W (Sektor 1), DZP/MC/908/04/2025/W (Sektor 2) DZP/MC/909/04/2025/W (Sektor 3), DZP/MC/910/04/2025/W (Sektor 4), DZP/MC/911/04/2025/W (Sektor 5 DZP/MC/912/04/2025/W (Sektor 6), W ocenie Zamawiającego, dalsze rozpatrywanie odwołań w zakresie zarzutów nr 1c i 1d, stało się bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Zamawiający i Odwołujący FBSerwis wnieśli o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba przychyliła się do wniosków Zamawiającego i Odwołującego. Uznała, że wobec utraty substratu zaskarżenia, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1c i 1d podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, stosowanego odpowiednio w sytuacji, gdy którakolwiek z przesłanek wymienionych w tym przepisie ziściła się wobec części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzuty nr 2b

W odpowiedziach na odwołanie Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 2b i zmieni treść Specyfikacji warunków zamówienia dotyczących Sektorów od 1 do 6 w następujący sposób – ppkt 5 w pkt 9 Rozdział II SWU otrzyma następujące brzmienie:

„5) Zamawiający w ostatnim dniu tygodnia będącego podstawą rozliczenia przekaże protokolarnie wszystkie pojemniki na teren nieruchomości wskazanej przez Wykonawcę, znajdującej się w odległości do 20 km od granic miasta Wrocławia, a w przypadku niewskazania takiej nieruchomości przez Wykonawcę najpóźniej do końca okresu świadczenia przez Wykonawcę usługi odbioru odpadów, przekaże je w tym samym terminie na bazę magazynowo-transportową Wykonawcy wskazaną w umowie.”.

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 2b postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

<u>KIO 1081/25, KIO 1083/25</u>

Zarzuty nr 7

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty nr 7 i zmieni treść Specyfikacji warunków zamówienia dotyczących Sektorów 4 i 5 w następujący sposób:

1)wykreśli pkt 1.2.4.4. w rozdz. IV,

2)wykreśli lit. j) w pkt 4 w rozdz. IV,

3)wykreśli ppkt 11 w pkt 5 rozdz. VI,

4)wykreśli „Oświadczenie o zobowiązaniach pieniężnych” – załącznik nr XII.

Uczestnik FBSerwis nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 7 postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 8

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 8 i zmieni treść Specyfikacji warunków zamówienia dotyczącą Sektora 4 w następujący sposób – załącznik nr 21 do Szczegółowych warunków zamówienia otrzyma nowe brzmienie (zamienny załącznik w załączeniu).

Uczestnik FBSerwis nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutu nr 8 postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 10

Odwołujący Alba złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów nr 10. W związku z tym postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów odwołania.

KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Zarzuty nr 4

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów nr 4 i zgodnie z pismem procesowym Odwołującego z dnia 7 kwietnia 2025 r. wprowadzi do projektów umowy dotyczących Sektorów od 1 do 6 postanowienia określające zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 października 2025 r. oraz przewidywanym wprowadzeniem tzw. systemu Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, które z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy. W szczególności, w przypadku zmiany warunków realizacji umowy polegającej np. na zmianie ilości i jakości (morfologii) odbieranych odpadów, dopuszczalne są zmiany dotyczące sposobu realizacji usług, w tym w zakresie harmonogramów odbiorów odpadów, liczby i pojemności pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych, wynagrodzenia wykonawcy oraz wszelkich innych elementów realizowanej usługi.

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 4 postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 7

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów nr 7 i włączy obsługę Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przy ul. Szwajcarskiej 15 we Wrocławiu do zamówienia podstawowego w następujący sposób – zmieni treść Specyfikacji warunków zamówienia dotyczącą Sektora 6 w następujący sposób:

1) wykreśli pkt 2 w ust. 3 § 2 projektu umowy,

2) wykreśli ust. 5 w § 2 projektu umowy,

3) wykreśli pkt 2 w ust. 9 § 2 projektu umowy,

4) wykreśli ust. 12 w § 2 projektu umowy,

5) pkt 21 w ust. 1 § 3 projektu umowy otrzyma następujące brzmienie:

„21) PSZOK – należy przez to rozumieć punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zlokalizowane przy ul. Kazimierza Michalczyka 9 i ul. Szwajcarskiej 15 we Wrocławiu;”,

6) wykreśli pkt 8 w ust. 1 § 4 projektu umowy,

7) wykreśli pkt c) w ust. 1 § 11 projektu umowy,

8) zmieni treść załącznika nr III „Zestawienie kosztów zadania” przez uwzględnienie w zamówieniu podstawowym obsługi PSZOK przy ul. Szwajcarskiej 15 we Wrocławiu.

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w ww. zakresie.

Izba uznała, że w zakresie ww. zarzutów nr 7 postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 8 i 12

Odwołujący Chemeko złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów nr 8 i 12. W związku z tym postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów odwołania.

II. Zarzuty, które zostały przez Izbę uwzględnione (w całości albo w części):

Zarzuty nr 4d w odwołaniach w sprawach KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25

Zarzuty te dotyczą postanowienia zawartego w Rozdziale III pkt 4 ppkt 2) SWU, zgodnie z którym w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO (np. remont drogi, roboty budowlane), Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego Wykonawca będzie odbierał odpady objęte przedmiotem zamówienia zgodnie z zapisami umowy oraz niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o tymczasowych lokalizacjach MGO. Brak ustaleń pomiędzy Wykonawcą a właścicielem nieruchomości nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku odbioru odpadów zgodnie z umową.

Odwołujący Eneris stwierdził, że częstą sytuacją na terenie Gminy Wrocław jest brak woli współpracy ze strony właścicieli nieruchomości z wykonawcą. Bez ustaleń z właścicielem nieruchomości wykonawca nie ma prawa zmienić lokalizacji MGO, ponieważ nie posiada praw własnościowych do nieruchomości. W wielu przypadkach brak działań ze strony właścicieli nieruchomości skutkuje całkowitą blokadą dostępu do MGO. W związku z tym wykonawca nie ma technicznych możliwości wykonania usługi odbioru odpadów. Odwołujący stwierdził, że w takim przypadku (szerzej opisanym w uzasadnieniu odwołania) dochodzi do jaskrawego naruszenia zasady wynikającej z art. 431 ustawy Pzp (współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Odnosząc się do ww. zarzutów należy na wstępie wskazać, że zgodnie z art. 475 § 1 k.c. jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa. Jak wskazują przedstawiciele doktryny: „Niemożliwość świadczenia opisana w komentowanym przepisie zachodzi wtedy, gdy następuje dopiero po powstaniu stosunku zobowiązaniowego. Zobowiązanie to zatem powstało, lecz następnie stało się niemożliwe do wykonania w taki sposób, że nie tylko dłużnik, ale też żadna inna osoba nie może tego świadczenia spełnić (W. Popiołek, w: Pietrzykowski, Komentarz, 2015, t. II, art. 475, Nb 1; wyr. SN z 8.5.2002 r., III CKN 1015/99 Legalis oraz wyr. SN z 22.11.1973 r., III CRN 255/73, Legalis). Stan ten musi być trwały i obiektywny (por. wyr. SN z 5.12.2000 r., V CKN 150/00, Legalis i wyr. SN z 15.11.2013 r., V CSK 500/12, Legalis oraz wyr. SA w Poznaniu z 16.1.2014 r., I ACa 1166/13, Legalis), tzn. interes wierzyciela nie może być zaspokojony w jakikolwiek sposób (zupełność), świadczenie staje się niemożliwe w ogóle lub w czasie wchodzącym w rachubę z punktu widzenia interesu wierzyciela, względnie z uwagi na naturę zobowiązania (trwałość), i niemożliwość ta dotyka nie tylko dłużnika, ale też każdą inną osobę, która znalazłaby się na jego miejscu (obiektywność). Obiektywną niemożliwością będzie jednak także stan dotyczący wyłącznie dłużnika, o ile świadczenie mogło być spełnione jedynie osobiście. Niemożliwość nie musi być jednak zupełna (na takim stanowisku stoi SN i SA w Poznaniu w cytowanych wyżej wyrokach), gdyż możliwe jest, aby niemożliwość dotyczyła wyłącznie części świadczenia podzielnego. W takim wypadku zobowiązanie wygasa tylko w tej części (…) Niemożliwość musi mieć charakter trwały, w przeciwnym razie będzie ona tylko stanowić okoliczność świadczącą o opóźnieniu dłużnika (art. 476 zd. 2 KC), chyba że zachodzi przypadek zobowiązania ciągłego, a przemijająca niemożliwość dotyczy świadczenia w pewnym okresie (por. J. Dąbrowa, w: System PrCyw, t. III, cz. 1, s. 800), albo gdy spełnienie świadczenia straciło swoją doniosłość lub celowość (T. Wiśniewski, w: Bieniek, Komentarz. Zobowiązania, 2011, t. I, art. 475, Nb 6).” (W. Borysiak (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 32, 2024). „Wszelako by można było mówić o niemożliwości następczej świadczenia, stan ten musi mieć charakter trwały (zob. J. Dąbrowa, w: SPC, t. 3, cz. 1, 1981, s. 800), ponieważ przejściowe trudności w wykonaniu zobowiązania kwalifikują się jako jego nienależyte wykonanie, są istocie zwłoką lub opóźnieniem dłużnika, w zależności od tego, czy ich przyczyną są okoliczności obciążające dłużnika, czy też nie. Chyba że chodzi o świadczenia ciągłe (zob. tamże - J. Dąbrowa wspomina o zobowiązaniach ciągłych), których niemożliwość przemijającą należy traktować jako częściową niemożliwość świadczenia.” (E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 11, 2023). Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zgodnie z art. 353(1) k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Z postanowienia zawartego w Rozdziale III pkt 4 ppkt 2) SWU wynika, że Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek odebrania odpadów także w sytuacji, w której stanie się to niemożliwe z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi

odpowiedzialności. Chodzi o sytuacje, w których w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO (np. remont drogi, roboty budowlane), konieczne jest uzgodnienie miedzy wykonawcą a właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego wykonawca będzie odbierał odpady, jednakże mimo dołożenia przez wykonawcę należytej staranności w ustaleniu innego miejsca odbioru odpadów, właściciel nieruchomości nie podejmuje żadnych działań w celu wyznaczenia tymczasowego MGO. Jeżeli dojazd do MGO jest niemożliwy (np. remont drogi, roboty budowlane), a sytuacja taka ma charakter długotrwały i nie ulegnie zmianie do końca okresu realizacji zamówienia, to w przypadku braku woli właściciela nieruchomości ustalenia nowej lokalizacji MGO możemy mieć do czynienia z sytuacją zbliżoną do następczej częściowej niemożliwości świadczenia. Natomiast większość przypadków będzie podlegała kwalifikacji jako opóźnienie w wykonaniu świadczenia, za które wykonawca (dłużnik) nie ponosi odpowiedzialności. Jeżeli właściciel nieruchomości nie podejmuje żadnych działań w celu wyznaczenia tymczasowego MGO, to wykonawca nie ma żadnej możliwości wykonania umowy w zakresie odbioru odpadów w sposób zgodny z prawem. Nie może przecież przejechać przez teren, na którym wykonywane są roboty budowlane. Takiej możliwości nie posiada nie tylko konkretny wykonawca zamówienia publicznego, ale także każdy inny przedsiębiorca zajmujący się odbiorem odpadów. Nie jest zatem dla Izby zrozumiałe w jaki sposób, w tego rodzaju sytuacjach, Zamawiający wyobraża sobie realizację przez wykonawcę świadczenia w zakresie odbioru odpadów. Wykonawca nie ma żadnych możliwości przymuszenia właściciela nieruchomości do współdziałania w ustaleniu innego MGO. Natomiast takie możliwości posiada Zamawiający (w szczególności w zakresie aktów prawa miejscowego). Nałożenie na wykonawcę bezwzględnego obowiązku odpadów w sytuacji, gdy pomimo dołożenia przez niego należytej staranności nie ma technicznych możliwości realizacji tego świadczenia z powodu bezczynności po stronie właściciela nieruchomości, należy uznać – o ile nie za sprzeczne z prawem w odniesieniu do niektórych sytuacji - to co najmniej za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. W konsekwencji, postanowienie to należy ocenić jako naruszające normę wynikającą z art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z art. 58 § 2 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. W odniesieniu do pojęcia „zasad współżycia społecznego" w nauce prawa wskazuje się na kryterium tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej: „Drugą ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku." (E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 11, 2023). Ponadto, zgodnie z przepisem art. 431 ustawy Pzp zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Należy zatem stwierdzić, że Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą przy wykonaniu umowy w sytuacjach, o których mowa powyżej, szczególnie, że – w przeciwieństwie do wykonawcy – posiada on narzędzia służące do wywierania wpływu na właściciela nieruchomości celem wyznaczenia innego MGO.

Mając na uwadze powyższe, ww. zarzuty Izba uznała za zasadne i nakazała Zamawiającemu modyfikację opisu przedmiotu zamówienia przez wprowadzenie obowiązkowego udziału zamawiającego w uzgodnieniach między wykonawcą i właścicielem nieruchomości dotyczących innego miejsca, z którego wykonawca będzie odbierał odpady, w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO oraz wyłączenie obowiązku wykonawcy co do odbioru odpadów w sytuacji, gdy mimo dołożenia przez niego należytej staranności w ustaleniu innego miejsca odbioru odpadów, właściciel nieruchomości nie podjął żadnych działań w celu wyznaczenia tymczasowego MGO. Należy wyjaśnić, że Zamawiający nie jest obowiązany do uzupełnienia opisu przedmiotu dokładnie o treść wskazaną w sentencji wyroku. Szczegółowe uregulowanie ww. kwestii Izba pozostawia Zamawiającemu, jednakże zobowiązany jest on do zrealizowania celu wynikającego z treści wyroku w tym zakresie. W szczególności należy zwrócić uwagę, że Izba nie nakazała nałożenia na Zamawiającego obowiązku czynnego udziału w ustaleniach pomiędzy wykonawcą a właścicielem nieruchomości. W ocenie składu orzekającego Izby zakres tego udziału powinien być dostosowany do zaistniałej sytuacji, a w szczególności etapu uzgodnień. Na początkowym etapie wystarczające wydaje się samo poinformowanie Zamawiającego o konieczności ustalenia nowej (tymczasowej) lokalizacji MGO, natomiast w przypadku zaistniałych w tym zakresie trudności, Zamawiający powinien aktywnie włączyć się do procesu uzgodnień. Zamawiający z pewnością ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób uregulować tę procedurę, działając w interesie mieszkańców Wrocławia. Sytuację, w której odpady nie są odbierane, należy uznać za bardzo niekorzystną, gdyż stwarza ona wiele zagrożeń zdrowotnych i epidemiologicznych. Nie chodzi zatem, aby całkowicie zwolnić wykonawcę z obowiązku odbioru odpadów, lecz żeby jak najszybciej doprowadzić do sytuacji, kiedy odbiór ten będzie możliwy. Z pewnością jednak nie służy temu celowi rozwiązanie, zgodnie z którym Zamawiający nakłada na wykonawcę bezwzględny obowiązek realizacji świadczenia, w sytuacji braku technicznych możliwości wobec bezczynności właściciela nieruchomości oraz braku współdziałania ze strony Zamawiającego.

Zarzuty nr 5 (w zakresie kar za brak dochowania parametrów usługi deklarowanych w kryteriach oceny ofert) w odwołaniach w sprawach KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25

Zarzuty nr 5 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25

Odwołujący Eneris powołał się na postanowienia zawarte w Rozdziale XV pkt 1 ppkt 2) – 5) SWZ (w których wymienione zostały pozacenowe kryteria oceny ofert) oraz § 15 ust. 2 pkt 14) lit. q) – s) oraz v) projektu umowy (w których przewidziane zostały kary umowne za niedochowanie zadeklarowanych w kryteriach poziomów, liczby myć oraz zakresu udostępnionej powierzchni). Odwołujący wskazał, że ocena w kryteriach odbywa się poprzez przyznanie wykonawcy 10 pkt, 0 pkt lub punktacji obliczonej według wzorów. Odwołujący Eneris stwierdził, że przewidziane przez Zamawiającego kary, z uwagi na swoją konstrukcję, są z natury rzeczy rażąco wygórowane. Konstrukcja kar wskazuje, że zamysłem Zamawiającego było takie ich ukształtowanie, aby zapobiec zadeklarowaniu nierealnych wskaźników w celu uzyskania punktów oraz przywrócenie równowagi ekonomicznej w postępowaniu w sytuacji, gdyby wykonawca, który uzyskując dodatkowe punkty w kryterium ostatecznie nie wykonał zamówienia zgodnie z deklaracją. Żaden z tych celów nie został jednak zdaniem Odwołującego Eneris osiągnięty. Po pierwsze, sama konstrukcja kary wskazuje, że jest ona rażąco wygórowana i nieproporcjonalna. Kara umowna znacząco i nieproporcjonalnie przewyższa ewentualne „korzyści", jakie mógłby osiągnąć wykonawca deklarując wyższe wskaźniki ostatecznie ich nie realizując. Na potwierdzenie takiego stanowiska Odwołujący Eneris przedstawił przykładowe wyliczenia dotyczące wysokości kary za przekroczenie deklarowanego poziomu składowania w ofercie. Odwołujący wskazał, że przedstawił wzór, który określono w SWZ dla wyliczenia wskaźnika potrzebnego do wyliczenia kary oraz wzór, który mógłby zostać zastosowany, gdyby rzeczywiście kara miała przywracać równowagę ekonomiczną. Różnica dotyczy kolejności wykonywania działań matematycznych. Odwołujący stwierdził, że w zależności od przyjętego sposobu obliczeń otrzymuje się różne wyniki, które później w dalszych obliczeniach wysokości kary przekładają się znacząco na jej wymiar. Ponadto, Odwołujący Eneris podniósł, że wzory nie uwzględniają w żaden sposób gradacji kary ze względu na nieosiągnięte wskaźniki. Takie ukształtowanie kary w tej samej pozycji stawia wykonawcę, który z przyczyn od siebie niezależnych nie uzyskał w niewielkim stopniu deklarowanych poziomów, jak i wykonawcę, którego deklaracje były dalekie od osiągniętych, co faktycznie może sugerować, że deklaracja w ofercie była przynajmniej nieprzemyślana. Zdaniem Odwołującego Eneris takie ukształtowanie kary zupełnie wypacza jej cel i charakter. Zamiast prewencji przed nierealnymi deklaracjami stanie się ona ogromnym obciążeniem dla wykonawców rzetelnych, uczciwych, którym z przyczyn od nich niezależnych nie uda się uzyskać wskaźnika w niewielkim stopniu.

Natomiast Odwołujący Alba podkreślił, że Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować kryterium dotyczącego ograniczenia poziomów składowania na etapie oceny ofert, dlatego powiązał je z rażąco wygórowanymi i nieadekwatnymi karami umownymi. Przyjęta przez Zamawiającego metodologia wyliczenia kary prowadzić będzie do obciążenia wykonawcy rażąco wygórowanymi karami umownymi, o wartościach znacznie przekraczających akceptowalne ryzyko biznesowe, a co więcej kwoty te nie będą proporcjonalne do przekroczenia poziomów składowania i niezależnie od tego, czy przekroczenie zadeklarowanego poziomu będzie minimalne czy też wysokie – kara wyniesie tyle samo. Brak jest jakiegokolwiek mechanizmu progresji kar w stosunku do skali naruszenia. Ponadto, Odwołujący Alba stwierdził, że we wzorze na obliczenie kary za przekroczenie poziomu składowania najprawdopodobniej znajduje się błąd, polegający na braku nawiasów w liczniku – jest: 10 x P – PU – PM – PR, a powinno być: 10 x P – PU – PM – PR, co skutkuje prawie dwukrotnym podwyższeniem kary. Odwołujący zauważył, że nie ma żadnego uzasadnienia, aby Zamawiający karał wykonawcę za nieosiągnięcie poziomu ograniczenia składowania odpadów wynoszącego 20%, skoro na Zamawiającego administracyjna kara pieniężna z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu może zostać nałożona wyłącznie w przypadku przekroczenia określonego ustawą poziomu 30%. Przekroczenie poziomu 20% składowania w żaden sposób nie będzie się przekładało na powstanie szkody po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się do ww. zarzutów należy w pierwszej kolejności poruszyć kwestię zarzucanego przez Odwołujących błędu matematycznego we wzorze na obliczenie kary za nieosiągnięcie poziomu składowania zadeklarowanego w ofercie. Zamawiający wyjaśnił, że przyjęta przez niego konstrukcja wzoru matematycznego stanowi odwrócenie wzoru na obliczenie punktów w kryterium dotyczącym nieprzekraczania poziomów składowania, a na potwierdzenie tego przedstawił wyliczenia. Skład orzekający Izby szczegółowo przeanalizował wyliczenia przedstawione przez Zamawiającego i stwierdził, że – przyjmując koncepcję dotyczącą odwrócenia wzoru na obliczenie punktów w kryterium oceny ofert – wzór na obliczenie wysokości kary należy uznać za skonstruowany prawidłowo (z matematycznego punktu widzenia). Inaczej rzecz ujmując, w miejscach, w których Odwołujący postulowali dodanie nawiasów, nawiasów tych nie powinno być. Wymaga podkreślenia, że jest to wyłącznie ocena działań matematycznych. Oczywiste jest, że rażąco

wygórowany poziom kary może być stwierdzony niezależnie od prawidłowości działań matematycznych i przyjętej koncepcji wzoru na jej obliczenie. Należy jednak zauważyć, że żaden z Odwołujących nie przedstawił w tym zakresie w odwołaniu konkretnej argumentacji (poza tą dotyczącą braku gradacji kary, o czym będzie mowa poniżej). W szczególności Odwołujący nie wykazali do jakiego poziomu kara powinna zostać ograniczona, aby nie podlegała kwalifikacji jako rażąco wygórowana. Jedynie Odwołujący Alba wskazał, że przekroczenie poziomu ograniczenia składowania wynoszącego 20% (ale nieprzekroczenie poziomu 30%) w żaden sposób nie będzie się przekładało na powstanie szkody po stronie Zamawiającego, w związku z brakiem kary administracyjnej. Należy jednak zauważyć, że pojęcie „szkody", w kontekście instytucji kary umownej, w nauce prawa rozumie się szeroko. Za szkodę uważa się wszelkie negatywne reperkusje dla interesów majątkowych i niemajątkowych (J. Jastrzębski, Kara umowna, Warszawa 2006, s. 152 i n., s. 250-261, tenże, Kara umowna a ochrona interesów niemajątkowych w reżimie kontraktowym, KPP 2006 nr 4, s. 954, W. Borysiak [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu) Kodeks cywilny. Komentarz, edycja 30, Legalis 2022, komentarz do art. 483 k.c., pkt 20 i 21). Utożsamianie jej jedynie z uszczerbkiem majątkowym należy uznać za nieprawidłowe. W przypadku niedotrzymania zadeklarowanego poziomu ograniczenia składowania dochodzi do sytuacji niespełnienia świadczenia, do którego wykonawca zobowiązał się składając ofertę. Konsekwencją jest uzyskanie mniejszych korzyści dla środowiska, co stanowi uszczerbek dla interesu publicznego.

Jakkolwiek powiązanie kary umownej z kryterium oceny ofert jest dopuszczalne, to przyjęcie takiego rozwiązania nie może prowadzić do dokonywania oceny tej instytucji prawnej w sposób odmienny niż wynika to z przepisów k.c. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził: „Kolejny zarzut Odwołującego dotyczy braku gradacji kary, ze względu na nieosiągnięcie wskaźników. Zamawiający nie podziela argumentacji Odwołującego i wskazuje, że zadeklarowane kryterium oceniane jest na etapie składanych ofert w oparciu o oświadczenie i na tej podstawie przyznawana jest punktacja w ofercie. Zatem osiągnięcie na późniejszym etapie tylko części zadeklarowanej wartości, jeżeli miałoby przekładać się na gradację kary, wypacza sens tej kary, która jest karą za nieosiągnięcie zadeklarowanej wartości. Nie ma bowiem prawnej i faktycznej możliwości powrotu do etapu oceny oferty i przyznania tylko części punktów za osiągnięcie tylko części kryterium. W tym wypadku należy zastosować metodę zero-jedynkową – a zatem, jeżeli nie osiągnie się poziomu zadeklarowanego w kryterium, za które otrzymało się punkty, należy, przy obliczaniu kary, przyjąć, że w kryterium tym punktów nie przyznano." Powyższe stanowisko Zamawiającego nie znalazło akceptacji Izby. Kara umowna stanowi instytucję prawną uregulowaną w Kodeksie cywilnym zastrzeganą na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jak wskazano wyżej, przewidzenie kary umownej za niedotrzymanie zobowiązania wynikającego z oświadczenia podlegającego ocenie w kryterium oceny ofert jest dopuszczalne. Jednakże, instytucja kary umownej nie może być traktowana przez zamawiającego głównie jako narzędzie przymuszające wykonawców do składania rzetelnych oświadczeń w ramach kryterium oceny ofert. Niezależnie od powiązania kary umownej z kryterium ustanowionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podlega ona ocenie na gruncie przepisów k.c. – jak każda inna kara umowna. Jest to instytucja prawa cywilnego (zobowiązań), a nie prawa zamówień publicznych. W związku z przepisem art. 484 § 2 k.c. („Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.") kara umowna określona przez zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia podlega ocenie pod kątem tego, czy nie jest rażąco wygórowana. Kara umowna, o której mowa w § 15 pkt 14 ppkt q) projektu umowy niewątpliwie została ustalona na bardzo wysokim poziomie. W przypadku nałożenia tej kary na wykonawcę, w sytuacji nieznacznego niespełnienia poziomu ograniczenia składowania zadeklarowanego w ofercie, należy ją uznać za rażąco wygórowaną. Mając na uwadze przedstawioną wyżej argumentację prawną, Izba podzieliła stanowisko, że wysokość kary powinna zostać uzależniona od stopnia niespełnienia zadeklarowanego parametru. W związku z tym, zarzuty Odwołującego Eneris i Odwołującego Alba zostały w powyższym zakresie uwzględnione i Izba nakazała Zamawiającemu zmianę sposobu ustalenia kary za przekroczenie (rozumiane jako niedotrzymanie) przez wykonawcę zadeklarowanego w ofercie poziomu ograniczenia składowania odpadów przez uzależnienie wysokości kary od stopnia niespełnienia zadeklarowanego poziomu.

Należy dodać, że zarzuty przedstawione przez Odwołującego Eneris dotyczyły kar za niedochowanie parametrów usługi deklarowanych także w pozostałych w kryteriach oceny, nie tylko kryterium dotyczącym nieprzekraczania poziomów składowania. Jednakże przedstawione w odwołaniu uzasadnienie w przeważającej mierze odnosiło się tylko do kary za niedochowanie parametru zadeklarowanego w ramach tego pierwszego kryterium. Brak jest szczegółowej analizy postanowień w zakresie pozostałych kar, w kontekście postanowień ustalających zasady przyznawania punktów w odpowiadających im kryteriach oceny ofert. Ewentualne uwzględnienie zarzutów Odwołującego Eneris także w odniesieniu do innych kar, niż przewidziana w § 15 pkt 14 ppkt q) projektu umowy, musiałoby zostać poprzedzone

przeprowadzeniem przez Izbę samodzielnej analizy postanowień SWZ dotyczących sposobu oceny ofert w pozostałych kryteriach, jak i postanowień projektu umowy dotyczących powiązanych z tymi kryteriami kar. Izba uznała, że stanowiłoby to zastąpienie Odwołującego w spoczywającym na nim obowiązku uzasadnienia zarzutów odwołania, a zatem wyjście poza zakres kompetencji Izby. W związku z tym Izba uznała, że w powyższym zakresie zarzuty Odwołującego Eneris podlegają oddaleniu.

Zarzuty nr 2a w odwołaniach w sprawach KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25

Odwołujący FBSerwis podniósł, że ustanowienie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia narusza m.in. przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż stanowi przejaw opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Odwołujący FBSerwis powołał się na § 4 ust. 2 i 3 projektu umowy oraz postanowienie zawarte w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU i stwierdził, że Zamawiający gwarantuje wykonawcy jedynie 1 miesiąc „okresu przygotowawczego", w ramach którego wykonawca będzie zobowiązany podjąć wszystkie czynności związane z zakupem wielu tysięcy pojemników, dostosowaniem ich do wymagań Zamawiającego (w tym odpowiedniego ich oznakowania oraz wyposażenia w system identyfikacji pojemników określony w rozdziale XV SWU), a nadto rozmieszczenia ich na nieruchomościach. W ocenie Odwołującego FBSerwis, tak krótki termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie realizuje przedmiot umowy na obszarze objętym przedmiotem zamówienia, jest nawet nie tyle trudne, co wręcz niemożliwe do wykonania. W tym zakresie świadczenie wykonawcy wynikające z umowy winno być uznane za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. Odwołujący FBSerwis wskazał, że prawidłowa realizacja obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki wymaga przeznaczenia istotnych nakładów pracy oraz poświęcenia czasu znacząco przekraczającego przyjęte przez Zamawiającego terminy. Wiąże się z poniesieniem istotnych kosztów przez danego wykonawcę, przez co zasadniczo może być wykonana dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego FBSerwis sama operacja rozstawiania pojemników w skali całego Sektora wymaga przeznaczenia około trzech miesięcy. Stwierdził, że celowe jest podjęcie działań koordynujących przez samego Zamawiającego. Zauważył, że we wszystkich umowach, które zawarł Zamawiający z wykonawcami aktualnie realizującymi usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Wrocławia zawarte zostały postanowienia obligujące wykonawców do wydzierżawienia pojemników na żądanie Zamawiającego w pierwszych dwóch miesiącach po zakończeniu usługi odbioru odpadów.

Odpowiadając na ww. zarzut Zamawiający potwierdził, że przewidziany czas na wykonanie czynności przygotowawczych do realizacji usługi, w tym rozstawienia pojemników na sektorze, to 30 dni liczonych do dnia zawarcia umowy. Zamawiający wskazał, że w przeszłości kilkukrotnie dochodziło już do zmiany wykonawcy w sektorze. Rozstawienie pojemników zostało zrealizowane w wyznaczonym terminie. Przykładowo, w 2021 r. sektor nr 2, który wcześniej obsługiwał Odwołujący FBSerwis, został przejęty przez wykonawcę Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów. Zdaniem Zamawiającego, termin wskazany w umowie, tj. 30 dni, jest terminem realnym, a jego dotrzymanie zależy od zaangażowania wykonawcy w przygotowanie do realizacji zamówienia.

Jak wynika z dowodów przedstawionych przez Odwołującego FBSerwis, ww. twierdzenia Zamawiającego stoją w sprzeczności ze stanowiskiem przedstawianym przez niego w innych postępowaniach odwoławczych.

W piśmie procesowym z dnia 13 maja 2021 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie wniesione przez poprzednika prawnego FBSerwis (spółkę FBSerwis Wrocław sp. z o.o.), sygn. akt KIO 1116/12, Zamawiający wskazywał, że:

> „celowo nie przewidział możliwości rezygnacji z dzierżawy pojemników, gdyż oparł się w tym zakresie na doświadczeniach z dotychczasowej realizacji umowy bieżącej. Warto tutaj wspomnieć o zdarzeniu, które miało miejsce kiedy właśnie doszło do zmiany Wykonawcy na Sektorze II. Przy przejmowaniu Sektora przez nowego Wykonawcę doszło do sytuacji, która w bardzo negatywny sposób wpłynęła na wizerunek Miasta (dowód nr 1 – Artykuły dotyczące zmiany operatora). W kwestii pojemników dominowały dwa rodzaje zgłoszeń:
>
> 1)nieruchomości, które wyposażone były w dwa zestawy pojemników, poprzedni Wykonawca nie zabrał ich jeszcze, zaś nowy Wykonawca podstawił swoje pojemniki. Pomimo zaplombowania nowych pojemników oraz informacji, od kiedy należy z nich korzystać, mieszkańcy byli zdezorientowani oraz nie stosowali się do wspomnianej informacji. Rezultatem były przepełnienia pojemników, co miało negatywny wpływ na obowiązek selektywnej zbiórki, a także liczne zgłoszenia dot. zajęcia bardzo dużej powierzchni przez pojemniki. W wielu przypadkach nieruchomości były wyposażone min. w 9 sztuk pojemników.
>
> 2)nieruchomości, które pozostały bez pojemników, poprzedni Wykonawca zabrał pojemniki a nowy nie zdążył podstawić. W takich miejscach dochodziło do pozostawiania odpadów „luzem", tworzenia „dzikich wysypisk".

Wystąpił bardzo duży problem z utrzymaniem takich obszarów w należytej czystości i porządku.

Wspomniana wyżej sytuacja spowodowała kumulację zgłoszeń jakie wpłynęły do tut. Spółki oraz duże niezadowolenie mieszkańców Wrocławia. W okresie zmiany Wykonawcy, Zamawiający odnotował ponad 7 tysięcy zgłoszeń dotyczących między innymi wyżej wspomnianych problemów. W porównaniu do poprzednich miesięcy był to wzrost o 180% na Sektorze I oraz 298% na Sektorze II (dowód nr 2 – Zgłoszenia mieszkańców).

Chcąc uniknąć opisanych powyżej problemów, a także zapewnić mieszkańcom wysoki standard wykonywanej usługi oraz płynne przejście z poprzedniej umowy na kolejną, Zamawiający w oparciu o własne wieloletnie doświadczenie, zobowiązał Wykonawcę do dzierżawy pojemników."

Podobne stanowisko Zamawiający zajął w kolejnym postępowaniu odwoławczym w 2022 r. (pismo procesowe Zamawiającego z dnia 4 października 2022 r. złożone w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 2440/22; 2441/22; 2442/22; KIO 2443/22; KIO 2444/22; KIO 2439/22; KIO 2445/22; KIO 2446/22 i KIO 2447/22).

Ponadto, w piśmie procesowym z dnia 25 kwietnia 2025 r. Odwołujący FBSerwis stwierdził, że uczestniczył w procesie zmiany wykonawcy odbierającego odpady, na którą wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (w 2021 r. z sektora dotychczas obsługiwanego przez FBSerwis Wrocław sp. z o.o. odpady zaczęli odbierać wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie, tj. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów i Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o.). W ocenie Odwołującego FBSerwis z całą pewnością nie można stwierdzić, aby taka zmiana nastąpiła bezproblemowo. Podczas wskazanej zmiany operatora odbierającego odpady mieszkańcy Wrocławia zgłaszali szereg nieprawidłowości – czego dowodem są w szczególności artykuły prasowe oraz komentarze na portalu społecznościowym spółki reprezentującej Zamawiającego (Ekosystem sp. z o.o.). Jako dowody Odwołujący przedstawił artykuły prasowe dotyczące nieprawidłowości przy odbieraniu odpadów. Ponadto, Odwołujący FBSerwis zaprzeczył twierdzeniu, że ww. wykonawca (konsorcjum Chemeko i Eneris) podstawił swoje pojemniki w ciągu 30 od dnia zawarcia umowy. Z uwagi właśnie na trudności w dokonaniu wymiany pojemników w ciągu 30 dni, FBserwis Wrocław sp. z o.o. jako wykonawca dotychczas odbierający odpady oraz Chemeko – jako przedstawiciel „nowego" wykonawcy zawarli z Zamawiającym trójstronne porozumienie, na mocy którego wszystkie strony zgodziły się na wzajemne korzystanie z pojemników (w lutym 2021 r. – przez FBSerwis, a w marcu i kwietniu 2021 r. – przez Konsorcjum Chemeko i Eneris). Na mocy tego porozumienia konsorcjum Chemeko i Eneris korzystało z pojemników należących do FBSerwis jeszcze przez dwa miesiące po rozpoczęciu świadczenia usługi, gdyż do tego czasu wymiana pojemników nie została zakończona. Jako dowód w sprawie Odwołujący FBSerwis złożył ww. porozumienie trójstronne w sprawie obsługi pojemników.

Zgodnie z SWU (rozdziałem I pkt 6 ppkt 14) w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do: (…) wydzierżawienia pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi.

Zgodnie z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp cechy wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, które zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia, muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oczywiście, każdy opis przedmiotu zamówienia – wskazując na konkretne cechy wymaganego świadczenia – do pewnego stopnia ogranicza konkurencję. Jak natomiast wynika z poglądów ugruntowanych w orzecznictwie, oceny w tym zakresie należy dokonywać kierując się tzw. uzasadnionymi potrzebami. Podkreśla się, że zamawiający może stawiać wykonawcom wysokie wymagania co do zamawianego świadczenia, co prowadzi do zawężenia kręgu wykonawców mogących złożyć ofertę w postępowaniu, pod warunkiem, że jest to podyktowane jego uzasadnionymi potrzebami.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że postanowienia SWZ, z których wynika obowiązek wykonawców wyposażenia nieruchomości w pojemniki w terminie 30 dni narusza ww. przepisy ustawy Pzp, a w konsekwencji również zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazany wyżej termin w sposób istotny różnicuje sytuację – z jednej strony wykonawców obecnie odbierających odpady na terenie Wrocławia, a z drugiej strony pozostałych wykonawców. Dochowanie ww. terminu przez nowego wykonawcę jest zdecydowanie bardzie utrudnione, wymusza poniesienie dużych nakładów finansowych jeszcze przed zawarciem umowy czy naraża go na zapłatę bardzo wysokich kar umownych, a w konsekwencji stawia pod znakiem zapytania opłacalność ubiegania się o zamówienie.

Z drugiej strony, Zamawiający nie wykazał, aby takie ograniczenie konkurencji było podyktowane jego uzasadnioną potrzebą oraz było proporcjonalne do jego wartości i celów. Wręcz przeciwnie. Po pierwsze, Zamawiający konsekwentnie wprowadza do umów obowiązek wykonawcy wydzierżawienia pojemników przeznaczonych do

gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi. Tak też uczynił w ramach obecnych postępowań o udzielenie zamówienia, o czym była mowa powyżej. Po drugie, faktem notoryjnym jest ogromna liczba populacji szczurów na terenie Wrocławia. Okoliczność tę podkreślał Zamawiający, tyle że w ramach stanowiska dotyczącego innych zarzutu podniesionych w odwołaniach FBSerwis. Z powszechnie dostępnych danych wynika, że w przypadku Wrocławia populację tych gryzoni szacuje się na kilka milionów, a więc ich liczba przekracza liczbę mieszkańców. Za fakty notoryjne należy również uznać to, że: 1) nieprawidłowe postępowanie z pojemnikami na odpady przyczynia się do zwiększenia liczby ww. gryzoni; 2) szczury stanowią zagrożenie dla ludzi z bardzo wielu powodów. W tym drugim zakresie należy w szczególności wskazać na przenoszenie chorób zakaźnych i pasożytniczych. Mając na uwadze ogromne tempo rozmnazania się szczurów, wskazuje się na konieczność podejmowania bardzo różnych działań na tym polu.

Odwołujący FBSerwis wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia przez wprowadzenie rozwiązania zapewniającego wykonawcy w pierwszych dwóch miesiącach świadczenia usługi możliwość dzierżawy pojemników na odpady od wykonawców obecnie realizujących tę usługę, względnie, w wypadku braku możliwości takiego rozwiązania, przez wydłużenie minimalnego okresu, jaki upłynie pomiędzy zawarciem Umowy a rozpoczęciem realizacji usługi odbioru do co najmniej trzech miesięcy.

W ocenie składu orzekającego Izby, wprowadzenie możliwości dzierżawy pojemników na odpady od wykonawców obecnie realizujących tę usługę należy uznać za lepsze rozwiązanie. Jednakże, w toku postępowania odwoławczego Zamawiający stanowczo oświadczył, że nie widzi takiej możliwości w związku z koniecznością zawarcia umów w trybie z wolnej ręki. Oczywiste jest, że Izba nie posiadania kompetencji w zakresie kształtowana innych umów niż ta, której dotyczy postępowanie o udzielenie zamówienia, w ramach którego wniesione zostało odwołanie. W związku z tym, Izba nakazała Zamawiającemu wydłużenie okresu, w którym wykonawca będzie zobowiązany do wyposażenia właścicieli nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów, o 1 (jeden) miesiąc (tj. łącznie 2 miesiące, co odpowiada rozwiązaniu przewidującemu dzierżawę pojemników). Podniesiony zarzut ani związane z nim żądanie nie dotyczyły zaniechania wprowadzenia obowiązku Zamawiającego w zakresie koordynacji procesu wymiany pojemników w związku z przejęciem świadczenia usługi przez innego wykonawcę. Izba wskazuje jednak na potrzebę rozważenia tej kwestii przez Zamawiającego.

Zarzuty nr 3a – 3h w odwołaniach w sprawach KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25

Zdaniem Odwołującego FBSerwis, Zamawiający ustanowił w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) - f) projektu umowy oraz w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) - c) projektu umowy, kary umowne, które są rażąco wygórowane. Stwierdził, że kary zostały ustanowione dwukrotnie za to samo uchybienie. Nie został przy tym ustanowiony jakikolwiek sposób rozstrzygania, która konkretnie kara umowna będzie naliczana w przypadku wystąpienia uchybień opisanych w tych postanowieniach umownych. W konsekwencji możliwe będzie kumulowanie przez Zamawiającego kar umownych za to samo uchybienie, co samo w sobie świadczy o rażąco wygórowanym charakterze tych kar. Dodatkowo, wysokość tych kar została ustanowiona na poziomie, który istotnie odbiega od wysokości potencjalnej szkody, którą może doznać Zamawiający, a także jest nieadekwatna do rangi uchybienia.

Odpowiadając na ww. zarzuty Zamawiający stwierdził, że kary nie są ustanowione dwukrotnie za to samo, lecz kary z pkt 5 lit. a) – f) odnoszą się do niedopełnienia obowiązków jako całości, natomiast kary z pkt 11 lit. b) – c) dotyczą wykonania prac z błędami/częściowo. Z kolei na rozprawie Zamawiający stwierdził,że część ww. kar odnosi się do momentu rozpoczęcia wykonywania umowy, a pozostałe do dalszego okresu jej realizacji.

Kary, o których mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) - f) projektu umowy zostały określone w następujący sposób:

5)w zakresie dokumentacji dotyczącej Wykazu miejsc gromadzenia odpadów:

a)w wysokości 5 000,00 zł – za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV, pkt. 7, ppkt 1) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

b)w wysokości 100,00 zł – za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV, pkt. 7, ppkt 1) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

c)w wysokości 5 000,00 zł – za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV, pkt. 7, ppkt 2) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

d)w wysokości 100,00 zł – za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV, pkt. 7, ppkt 2) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

e)w wysokości 15 000,00 zł – za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV, pkt. 7, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

f)wysokości 100,00 zł – za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV, pkt. 7, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy adres nieruchomości, każdy dzień następujący po upływie terminu,

Kary, o których mowa w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) - c) projektu umowy zostały określone w następujący sposób:

11)w zakresie odbioru, transportu, magazynowania, zagospodarowania odpadów:

b)w wysokości 25,00 zł – za niewyposażenie obsługiwanych nieruchomości w pojemniki/worki przeznaczone na zbiórkę niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z papieru, odpadów z metali, z tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, odpadów ze szkła oraz bioodpadów, najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi, za każdy pojemnik/worek, za każdy dzień następujący po upływie terminu (nie dotyczy sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki/worki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki/worki Wykonawcy),

c)w wysokości 200,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego naruszania przez Wykonawcę wymogów umowy i/lub SWU w zakresie wyposażenia nieruchomości obsługiwanych w pojemniki do zbiórki odpadów komunalnych, za każdy pojemnik, za każdy dzień.

W piśmie procesowym z dnia 22 maja 2025 r. Odwołujący FBSerwis stwierdził, że pierwotnie określone żądania z punktów 8. lit. a. – h. odwołania są wystarczające dla zapewnienia zgodności z prawem przewidzianych kar umownych. Usunięcie jednej z dwóch kar za to samo naruszenie prowadziłoby do dopuszczalności ich ustanowienia. Niemniej, zdaniem Odwołującego, taki stan rzeczy mógłby zostać osiągnięty również w przypadku wprowadzenia wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy sytuacjami, w których te kary miałyby być naruszane. W związku z tym Odwołujący przedstawił żądanie alternatywne - wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia wyraźnego rozgraniczenia:

- pomiędzy sytuacjami, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Umowy, a sytuacjami, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Umowy,
- pomiędzy sytuacjami, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Umowy, a sytuacjami, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Umowy,
- pomiędzy sytuacjami, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Umowy, a sytuacjami, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Umowy,
- pomiędzy sytuacjami, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) Umowy, a sytuacjami, w których Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. c) Umowy

Izba uznała, że ww. zarzuty podlegają uwzględnieniu. Nawet jeśli intencją Zamawiającego było, aby ww. kary nie miały zastosowania do tych samych sytuacji, to nie znalazło to odzwierciedlenia w projekcie umowy. Ciężko stwierdzić jednoznaczność tych postanowień umownych, skoro sam Zamawiający nie wie dokładnie do jakich sytuacji odnoszą się uregulowane kary. W odpowiedzi na odwołanie oraz w ramach stanowiska ustnego na rozprawie Zamawiający przedstawił w tym zakresie odmienną argumentację. Odnosząc się stanowiska przedstawionego na rozprawie wymaga zauważenia, że z postanowień zawartych § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) - f) projektu umowy w żaden sposób nie wynika, że część z nich odnosi się do momentu rozpoczęcia wykonywania umowy, a pozostałe do dalszego okresu jej realizacji. Jedynie w przypadku § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) projektu umowy zawarto wyrażenie „najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi”, ale już § 15 ust. 2 pkt 11 lit. c) projektu umowy został sformułowany na tyle ogólnie, że może znaleźć zastosowanie także w sytuacjach, których dotyczy § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) projektu umowy.

W związku z powyższym, uznając ww. zarzuty za oczywiście zasadne, Izba nakazała Zamawiającemu, zgodnie z przedstawionym przez Odwołującego FBSerwis żądaniem alternatywnym, wprowadzenie wyraźnego rozgraniczenia:

a)między sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) projektu umowy, a sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) projektu umowy,

b)między sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) projektu umowy, a sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) projektu umowy,

c)między sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) projektu umowy, a sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) projektu umowy,

d)między sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. b) projektu umowy, a sytuacjami, w których zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. c) projektu umowy,

Należy dodać, że usunięcie części ww. kar (odpowiednio po jednej w każdej „parze") też będzie stanowiło wykonanie wyroku Izby w ww. zakresie.

Jeśli zaś chodzi o wysokość poszczególnych kar, Izba wskazuje, że na chwilę obecną – skoro nie ma pewności jakich konkretnie sytuacji kary te dotyczą – nie można dokonać ich ostatecznej oceny.

Zarzuty nr 3k w odwołaniach w sprawach KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KI 1082/25

Zarzuty nr 1 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25

Zarzuty nr 1 w odwołaniach w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KI 1090/25

Ww. zarzuty dotyczyły przewidzianych przez Zamawiającego kar umownych dotyczących nieosiągnięcia przez wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej także jako: „poziom recyklingu"), a w przypadku Odwołującego Alba – także w zakresie obowiązku osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu. Należy na wstępie zauważyć, że uzasadnienia tych zarzutów przedstawione w odwołaniach były bardzo obszerne. Również w trakcie postępowania odwoławczego strony przedstawiły bardzo obszerne stanowiska ustne i pisemne oraz liczne dowody. W zakresie argumentacji przedstawionej w odwołaniach Izba odsyła w tym miejscu do wcześniejszego fragmentu uzasadnienia, gdzie została przedstawiona treść odwołań. Jeżeli chodzi o pozostałe stanowiska, Izba uznała, że szczegółowe ich omówienie byłoby niecelowe i skutkowałoby tym, że stanowisko Izby w zakresie tych zarzutów stałoby się całkowicie nieprzejrzyste. W związku z tym, Izba skupiła się jedynie na najistotniejszych kwestiach, mających w tym zakresie przesądzające znaczenie.

Za niemające takiego znaczenia, Izba ostatecznie uznała m.in. stanowiska stron odnoszące się do wywiązywania się przez Zamawiającego z obowiązków dotyczących edukacji mieszkańców Wrocławia w zakresie prawidłowej segregacji odpadów. Należy bowiem zauważyć, że istota zarzutów nr 1 podniesionych przez Odwołującego Alba oraz zarzutów nr 1 podniesionych przez Odwołującego Chemeko sprowadzała się do tego, że nie jest możliwe osiągniecie przez wykonawcę poziomów recyklingu wynoszących: 55% w 2025 r., 56% w 2026 r. oraz 57% w 2027 r. W przypadku zarzutów nr 3k podniesionych przez Odwołującego FBSerwis kwestia konstrukcji zarzutów jest bardziej skomplikowana, jednakże również ten Odwołujący wskazywał na ww. okoliczność braku możliwości osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Do kwestii konstrukcji poszczególnych zarzutów w odniesieniu do zapadłego rozstrzygnięcia Izba odniesie się jeszcze na zakończenie.

Należy zatem stwierdzić, że na podstawie stanowisk stron, w tym w szczególności przedstawionego materiału dowodowego, Izba musiała rozstrzygnąć, czy osiągnięcie ww. poziomów recyklingu jest możliwe w ramach realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego, na które Zamawiający prowadzi obecnie postępowania. W związku z tym, okoliczności dotyczące wywiązywania się przez Zamawiającego z obowiązków w zakresie edukacji mieszkańców Wrocławia odnośnie prawidłowej segregacji odpadów mają znaczenie tylko w tym sensie, że ukształtowały rzeczywistość i tym samym obecnie występujące możliwości w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu. Natomiast dla oceny zarzutów nie mają one znaczenia. Nie można nakładać na wykonawcę obowiązku osiągnięcia niemożliwego do uzyskania poziomu recyklingu z tego powodu, że np. służby Zamawiającego rzetelnie wywiązywały się ze swoich

obowiązków edukacyjnych (założenie przykładowe). Istotny jest tylko skutek, jaki działania lub zaniechania w tym zakresie wywołały – jednakże nie w zakresie kształtowania odpowiedzialności wykonawcy za osiągnięcie poziomu recyklingu, ale w zakresie ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy w kontekście realnych możliwości spełnienia świadczenia. Mając na uwadze powyższe, ww. kwestia nie była przedmiotem oceny Izby.

Należy zatem zadać pytanie, które okoliczności w tym zakresie mają znaczenie?

Przede wszystkim należy wskazać na „materiał", który otrzymuje wykonawca celem zrealizowania świadczenia w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu. Trzeba bowiem zauważyć, że możliwości w zakresie zrealizowania tego świadczenia w bardzo dużym stopniu zależą od „jakości materiału". Taka zależność jest charakterystyczna dla umów o dzieło, w sytuacji gdy materiał do wykonania dzieła dostarczany jest przez zamawiającego. Często, o możliwościach w zakresie jakości dzieła, będzie w mniejszym lub większym stopniu decydować jakość materiału dostarczonego przez zamawiającego. (Zgodnie z art. 634 k.c. jeżeli materiał dostarczony przez zamawiającego nie nadaje się do prawidłowego wykonania dzieła albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu, przyjmujący zamówienie powinien niezwłocznie zawiadomić o tym zamawiającego). Statuowany projektowanymi postanowieniami umownymi obowiązek osiągnięcia poziomu recyklingu ma podobny charakter jak obowiązek przyjmującego zamówienie w ramach umowy o dzieło, w przypadku której materiał dostarczany jest przez zamawiającego.

Jak wspomniano wyżej, możliwości w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu zależą w bardzo dużym stopniu od „jakości materiału" – jakim są odbierane odpady. Przede wszystkim, na możliwości recyklingu w ogromnym stopniu wpływa to, jaki jest udział odpadów zmieszanych w całym strumieniu odbieranych odpadów. Im ten udział jest wyższy, tym mniejsze są możliwości w zakresie recyklingu. Obniżenie tego udziału powoduje zwiększenie możliwości w zakresie recyklingu. Okoliczność ta ma tak duże znaczenie, że w ocenie Izby wymagała podkreślenia w sentencji wyroku. O kwestii odpowiedzialności Zamawiającego będzie mowa niżej. Wskazana wyżej zależność jest oczywista i nie wymaga szczegółowych wyjaśnień. Segregacja odpadów prowadzona jest właśnie w tym celu, żeby można było przetworzyć i wykorzystać surowiec wtórny na nowe materiały. Również udział poszczególnych frakcji odpadów w ramach grupy odpadów segregowanych w pewnym stopniu przekłada się na uzyskiwany poziom recyklingu. Oczywiście, o możliwościach w tym zakresie decyduje także skład morfologiczny odpadów. Istotne znaczenie ma stopień zanieczyszczenia odpadów. Im odpady są bardzie zanieczyszczone, tym możliwości recyklingu są mniejsze.

Dla rozstrzygnięcia ww. zarzutów kluczowe znaczenie ma jednak kwestia udziału odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów odbieranych na terenie Wrocławia. W trakcie postępowania odwoławczego Zamawiający przedstawił jako dowód wydruk prezentacji pt. „Surowce wtórne w odpadach zmieszanych – doświadczenia na przykładzie Instalacji ZUOK w Płoszowie Zamawiający powołał się na dane przedstawione na str. 6. Zgodnie z tymi danymi w przypadku instalacji manualnej wartość odzysku wynosiła 4,5% w przypadku odpadów zmieszanych oraz 54%w przypadku selektywnej zbiórki (w tym szkło ok. 80% i tworzywa z papierem 45%). Natomiast po przeprowadzeniu inwestycji, wartości odzysku w instalacji automatycznej wynoszą: 13,5% w przypadku odpadów zmieszanych oraz 75% w przypadku selektywnej zbiórki (w tym szkło ok. 80% oraz tworzywa z papierem 70%). Jak wielokrotnie podkreślali Odwołujący, ww. instalacja w Płoszowie jest instalacją komunalną, przyjmującą odpady wyłącznie z pobliskiego regionu, o zdecydowanie zbyt małej przepustowości na przyjęcie odpadów także z innych regionów, np. gminy Wrocław (czemu Zamawiający nie zaprzeczył). Informacje o możliwościach tej instalacji okazały się natomiast przydatne w celu dokonania obliczeń mających znaczenie dla oceny zarzutów. Jak podkreślali Odwołujący, nie ma w Polsce instalacji, która osiągałaby wyższe parametry w zakresie odzysku odpadów zmieszanych niż instalacja ZUOK w Płoszowie. Fakt ten nie został zakwestionowany przez Zamawiającego, nie przedstawił on informacji, ani tym bardziej dowodów, przeczących tej tezie. (Na marginesie należy dodać, że Izba zdaje sobie sprawę, że pojęcie odzysku nie jest tożsame z pojęciem recyklingu [zakres pojęciowy tego pierwszego terminu jest szerszy, jednakże po pierwsze okoliczność ta nie ma pierwszorzędnego znaczenia dla oceny zarzutów, a po drugie ze stanowiska przedstawionego na rozprawie 27 maja 2025 r. przez Odwołującego FBSerwis wynika, że dane podane na str. 6 ww. prezentacji dotyczącej instalacji w Płoszowie odnoszą się do poziomów recyklingu, a przynajmniej dotyczy to wartości 13,5% w zakresie odzysku/recyklingu odpadów zmieszanych).

Dokonując zatem obliczeń na potrzeby oceny podniesionych zarzutów, należy ww. wartość 13,5% odnieść do danych dotyczących udziału odpadów zmieszanych w całym strumieniu odbieranych odpadów. Obliczenia te pokażą, jakie są teoretycznie największe możliwości w zakresie recyklingu (biorąc pod uwagę infrastrukturę występującą na terenie Polski) w odniesieniu do odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odbieranych z terenu Wrocławia. Oczywiście nie można stwierdzić z całą pewnością jak ten poziom będzie kształtować się w okresie realizacji zamówienia. Jednakże, kierując się danymi za poprzednie lata, można w tym zakresie przyjąć pewną wartość szacunkową, która pozwoli na

przeprowadzenie obliczeń. Jak wynika z dokumentów powszechnie dostępnych (tj. Analiz stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok poszczególne lata):

1. W 2024 r. masa odebranych odpadów niesegregowanych wyniosła ok. 171 603 Mg, co stanowi ok. 58,40 % łącznej masy odebranych odpadów komunalnych (ok. 56,85% uwzględniając także masę odpadów komunalnych zebranych w PSZOK-ach) [Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2024 r.].
2. W 2023 r. masa odebranych odpadów niesegregowanych wyniosła ok. 181 811 Mg, co stanowi ok. 60,98% łącznej masy odebranych odpadów komunalnych (ok. 59,86% uwzględniając także masę odpadów komunalnych zebranych w PSZOK-ach) [Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2023 r.].
3. W 2022 r. masa odebranych odpadów niesegregowanych wyniosła ok. 209 185 Mg, co stanowi ok. 61,70% łącznej masy odebranych odpadów komunalnych (ok. 60,90% uwzględniając także masę odpadów komunalnych zebranych w PSZOK-ach) [Analizastanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2022 r.].
4. Natomiast w Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2021 r. wskazano (str. 28): „Ilości odebranych i zebranych odpadów komunalnych łącznie oraz jako odpady zmieszane przedstawia wykres (rys. 11). Udział odpadów odebranych jako zmieszane wyniósł w 2021 roku 52,2%, czyli był niższy niż w 2020 roku (58,2%) i oznacza utrzymanie trendu zmniejszenia udziału odpadów zmieszanych w ogólnej masie odpadów komunalnych (w 2019 roku wynosił on 62,7%, w 2018 roku - 63,9%, w 2017 roku - 67,9%, w 2016 roku - 73,1%, a w roku 2011 ponad 90%).”.

Wyłączając zatem 2021 r., w którym udział zmieszanych odpadów komunalnych był na wyjątkowo niskim poziomie, należy stwierdzić, że obserwuje się powolny spadek udziału tych odpadów. Za najbardziej miarodajne do obliczeń należy uznać dane za ostatnie lata i w konsekwencji można szacunkowo przyjąć - dla 2025 r. - udział odpadów zmieszanych wynoszący 55%. Uwzględniając poziom recyklingu osiągany przez ZUOK w Płoszowie(przypominając, że przekazanie odpadów z Wrocławia do tej instalacji nie jest możliwe) otrzymujemy wynik 7,42%. Zatem nawet gdyby możliwe było zagospodarowanie w 100% odpadów segregowanych (co również nie jest możliwe, o czym będzie mowa dalej), to i tak nie zostałby uzyskany poziom recyklingu 55% (7,43% + 45% = 52,43%). Nie byłoby to możliwe także wtedy, gdyby udział odpadów zmieszanych wyniósł 53% (7,16% + 47% = 54,16%).

Jak wskazano wyżej, przedstawione wyliczenia zostały oparte o zawyżone, niemożliwe do osiągnięcia (w przypadku Wrocławia) wartości - celem zobrazowania, że skoro przyjmując te dane osiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu nie jest możliwe, to tym bardziej nie jest to możliwe, w przypadku przyjęcia realnych wartości.

W zakresie wartości 13,5% zostało już wcześniej wyjaśnione, że taki poziom recyklingu osiągany jest przez ZUOK w Płoszowie. Jest to instalacja komunalna, przyjmująca odpady wyłącznie z pobliskiego regionu, o zdecydowanie zbyt małej przepustowości na przyjęcie odpadów także z innych regionów, np. gminy Wrocław. W przypadku odpadów z terenu Wrocławia możliwości są zatem mniejsze. Ze stanowisk przedstawianych przez Odwołujących wynika, że w przypadku odpadów niesegregowanych uzyskują oni recykling na poziomie kilku procent (ok. 2%). Treść Analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2024 r. wskazuje, że z niewielkich możliwości w zakresie recyklingu odpadów zmieszanych zdaje sobie sprawę sam Zamawiający. Na str. 31 tego dokumentu stwierdzono: „Analizując powyższy wykres można stwierdzić, że niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne stanowiły największą część całkowitego strumienia odpadów komunalnych zebranych z terenu Wrocławia w 2024 r. Odpady te to ponad połowa, a dokładniej blisko 58% wszystkich odpadów zebranych w 2024 roku. Oznacza to, iż ta część odpadów nie zostanie poddana procesowi recyklingu”.

Ponadto, rzeczywiste wyniki będą niższe również z uwagi na to, że do obliczeń przyjęto założenie, że recykling odpadów segregowanych osiągnie poziom 100%. Osiągnięcie takiej wartości nie jest jednak możliwe. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący Alba oraz Odwołujący Chemeko złożyli liczne dowody w postaci wymagań jakościowych recyklerów względem przyjmowanych odpadów. Z dowodów tych wynika, że wymagania te są restrykcyjne i nie ma takiej możliwości, aby 100% odpadów segregowanych została poddana recyklingowi. Przykładowo, w ww. prezentacji przedstawionej przez Zamawiającego wskazano, że po przeprowadzonej modernizacji instalacja w Płoszowie uzyskuje odzysk z selektywnej zbiórki na poziomie 75% (w tym szkło ok. 80% i tworzywa z papierem 70%). W opracowaniu pt.

„Symulacja: wg aktualnego udziału frakcji Gmina Wrocław i realnych poziomów recyklingu poszczególnych frakcji / Symulacja: wg aktualnego udziału frakcji Gmina Wrocław i poziomu wysortu z odpadów zmieszanych na poziomie 13,50%" Odwołujący Chemeko, na podstawie dokumentów potwierdzających recykling odpadów opakowaniowych (DPR), wskazał następujące poziomy recyklingu odpadów segregowanych: 89,54% (z papieru i tektury), 75,56% (ze szkła), 33,13% (z tworzyw sztucznych i metalu) oraz 98,00% (bioodpady). W raporcie „Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia" wskazano: „Mimo przyjętego założenia, że do roku 2025 poziom selektywnego zbierania wszystkich frakcji wzrośnie o ok. 50% w stosunku do roku 2019, nie jest to wystarczające, aby spełnić wymagany w 2025 roku poziom recyklingu (55% całkowitej masy odpadów komunalnych). Wynika to m.in. z faktu, że nie wszystkie selektywnie zebrane surowce nadają się do recyklingu. Część materiałów zanieczyszczających i takich, dla których nie ma rynku zbytu, zostaje wysortowanych w sortowniach selektywnie zebranych surowców, jako tzw. pozostałość z sortowania." (str. 9) „Rzeczywista masa odpadów poddanych recyklingowi jest znacznie niższa, gdyż zebrane selektywnie odpady surowcowe (zwłaszcza tworzywa sztuczne) zawierają dużo zanieczyszczeń i innych materiałów, które muszą być usunięte z odpadów przed właściwymi procesami ich recyklingu lub ponownego użycia." (str. 17).

Uwzględniając powyższe, a jednocześnie przyjmując bardzo korzystne warianty, należy stwierdzić, że:

- zakładając 55% udział odpadów zmieszanych:
  a) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 5% z odpadów zmieszanych oraz średnio 90% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 43,25%;
  b) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 10% z odpadów zmieszanych oraz średnio 90% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 46%;
  c) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 10% z odpadów zmieszanych oraz średnio 95% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 48,25%;
- zakładając 50% udział odpadów zmieszanych:
  a) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 5% z odpadów zmieszanych oraz średnio 90% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 47,5%;
  b) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 10% z odpadów zmieszanych oraz średnio 90% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 50%;
  c) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 10% z odpadów zmieszanych oraz średnio 95% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 52,5%;
- zakładając 47% udział odpadów zmieszanych:
  a) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 5% z odpadów zmieszanych oraz średnio 90% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 50,05%;
  b) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 10% z odpadów zmieszanych oraz średnio 90% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 52,40%;
  c) w przypadku uwzględnienia poziomu recyklingu 10% z odpadów zmieszanych oraz średnio 95% z odpadów segregowanych, osiąga się poziom recyklingu wynoszący: 55,05%.

Oczywiście, w przypadku odpadów segregowanych znaczenie ma również udział poszczególnych frakcji oraz ich morfologia. Jednakże w ramach ww. wyliczeń przyjęto średnie poziomy recyklingu na bardzo wysokim poziomie. Wyliczenia te pokazują m.in., jak istotne znaczenie dla osiągnięcia wymaganych przez ustawodawcę poziomów recyklingu ma udział odpadów zmieszanych w całym strumieniu odbieranych odpadów. Jeżeli udział ten jest za wysoki, stanowi on przeszkodę do sprostania wymaganiom ustawodawcy nałożonym na gminę. Przy założeniu, że możliwe jest uzyskanie 10% poziomu recyklingu z odpadów zmieszanych i 99% z odpadów segregowanych, konieczne jest aby udział odpadów zmieszanych był niższy niż 50%. W ww. raporcie „Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia" podkreśla się konieczność poprawy selektywnej zbiórki odpadów: „Wymagany wzrost recyklingu odpadów komunalnych do poziomu 55% całej masy odpadów komunalnych już w 2025 roku, a następnie dalszy wzrost do poziomu 65% odpadów komunalnych w 2035 roku wymaga zdecydowanej poprawy skuteczności selektywnego zbierania wszystkich frakcji odpadów, które mogą ze względów technologicznych zostać poddane recyklingowi." (str. 9).

Należy podkreślić, że odpowiedzialność za udział odpadów zmieszanych w strumieniu odbieranych odpadów ponosi przede wszystkim Zamawiający. Zamawiającym jest bowiem Gmina Wrocław. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową. Zgodnie z art. 1 ust. 2 tej ustawy ilekroć w ustawie jest mowa o gminie, należy przez to rozumieć wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium. Wykonawcy umów w sprawie zamówienia publicznego, na które prowadzoną są obecne postępowania, będą obowiązani do osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu z odpadów wytworzonych przez mieszkańców, a zatem przez Zamawiającego. To Zamawiający dostarcza wykonawcy „materiał", który ma służyć do zrealizowania świadczenia w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu. Materiał ten powinien być odpowiedni do wymagań w zakresie poziomów recyklingu. Jeśli nie jest on odpowiedni dla osiągnięcia poziomu określonego przez ustawodawcę w stosunku do gminy (w nie wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego), to poziom recyklingu wymagany na podstawie umowy od wykonawcy powinien zostać dostosowany m.in. do „jakości materiału" dostarczanego przez Zamawiającego.

W odpowiedziach na odwołanie Zamawiający stwierdził, że „to wykonawca jest kluczowym kontrolerem jakości selektywnego zbierania odpadów, a jego kluczowa rola w tym zakresie została ustawowo wyznaczona (art. 6ka ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - „W przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości."). Wykonawcy nie tylko mają najlepszy ogląd faktyczny co do jakości selektywnego zbierania odpadów, ale jednocześnie mają prawny obowiązek reagowania na każdy napotkany przypadek, za sprawą czego mogą inicjować działania sankcyjne ze strony organów gminy. W tym zakresie Zamawiający wskazuje, że na ternie Wrocławia jakoś zawiadomień kierowanych na podstawie art. 6ka ust. 1 wyklucza lub istotnie utrudnia podjęcia działań skutecznie prowadzących do naliczenia opłaty podwyższonej.". Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że po pierwsze w toku postępowania odwoławczego Odwołujący i Zamawiający przedstawili liczne dowody na potwierdzenie – z jednej strony wywiązywania się przez wykonawców z obowiązków kontrolnych w zakresie selektywnego zbierania odpadów (Odwołujący), a z drugiej strony nieprawidłowości w zawiadomieniach kierowanych na podstawie art. 6ka ust. 1 u.c.p.g. Dowody te mają charakter wybiórczy i w związku z tym nie pozwalają na wyciągnięcie generalnych wniosków w tym zakresie. Tym bardziej, że jak wynika ze stanowiska Zamawiającego w przypadku części nieprawidłowych zawiadomień następuje ich poprawienie ze strony wykonawcy, a sprawie nadawany jest dalszy bieg. Po drugie, jak wynika z przytoczonego wyżej przepisu, w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne. Właściwe wypełnianie przez wykonawców obowiązków kontrolnych oczywiście przyczynia się do poprawy selektywnej zbiórki odpadów, jednakże jest to proces długofalowy. Nawet jeśliby uznać, że dotychczas wykonawcy nie wywiązywali się z obowiązków kontrolnym w stopniu mającym istotne znaczenie dla jakości selektywnej zbiórki odpadów (czego Izba nie stwierdza), to i tak nie można by odpowiedzialnością w tym zakresie obciążyć kolejnych wykonawców w następnych latach. Postępowanie w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi trwa pewien czas. W jego wyniku może dojść do podwyższenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, co może mieć walor edukacyjny – ale wcale nie musi.

W Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2022 r. wskazano, że poziom recyklingu wyniósł 29,73% (w 2021 r.: 30,28%). W Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2023 r. wskazano, że poziom recyklingu wyniósł 28,87% (dane te zostały przez Zamawiającego skorygowane, o czym mowa poniżej, jednakże w niewielkim stopniu dotyczyło to strumienia odpadów, za które odpowiedzialny jest wykonawca umowy z gminą). W Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2024 r. wskazano, że poziom recyklingu wyniósł 38,15%. Wymaga dodania, że informacje podane w tych dokumentach dotyczą odpadów wytworzonych na terenie Wrocławia. Skoro w ostatnich latach uzyskano poziomy recyklingu w przedziale od 28,87% do 38,15%, to ciężko przyjąć, że nagle w kolejnych latach wykonawcom udało się osiągnąć poziomy od 55% do 57%. Zamawiający stwierdził, że w przeszłości wykonawcy również wskazywali na brak możliwości osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, a ostatecznie poziomy te zostały osiągnięte. Należy jednak zauważyć, że z roku na rok wymagane poziomy recyklingu rosną. Obecnie są one na bardzo wysokim poziomie. Natomiast w ostatnich dwóch latach wykonawcom umów zawartych z gminą nie udało się wypracować wymaganych poziomów recyklingu.

Zamawiający stwierdził, że z odpadów zmieszanych możliwe jest osiągnięcie poziomu recyklingu wynoszącego 50%, jednakże twierdzenie to nie zostało w żaden sposób udowodnione. Zamawiający wskazywał na możliwość poddania

odpadów recyklingowi za granicą, a ponadto wskazał na kilka gmin (będących również dużymi miastami), w których mimo wysokiego udziału odpadów zmieszanych udało się osiągnąć znacznie wyższe poziomy recyklingu niż w przypadku Gminy Wrocław.

Odnosząc się do pierwszej z ww. kwestii należy w szczególności przywołać stanowisko, które zostało zaprezentowane przez Odwołującego FBSerwis w piśmie procesowym z dnia 26 maja 2025 r.:

„Nieporozumieniem jest również wskazywanie przez Zamawiającego na możliwość transgranicznego przekazywania odpadów do instalacji położonych poza granicami kraju.

W ocenie FBSerwis wywóz zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) poza granice kraju nie jest w praktyce możliwy, a nawet gdyby był teoretycznie możliwy, to nie wpłynąłby na zwiększenie uzyskanych poziomów recyklingu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że stosowanie przepisów o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów nie może stanowić obejścia polskich przepisów prawnych. Jest to o tyle istotne, gdyż przepisy krajowe mając na uwadze charakter zmieszanych odpadów komunalnych, szczegółowo regulują sposób postępowania z taką frakcją odpadów. Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, podmiot odbierający odpady komunalne obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej tj. instalacji znajdującej się na liście prowadzonej przez marszałka województwa w której prowadzony jest proces wydzielania z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku. Tak wydzielone selektywne frakcje są następnie przekazywane do dalszych procesów odzysku, w tym procesu recyklingu. Należy podkreślić, że instalacje komunalne nie są pojęciem wywodzącym się z europejskiego prawa, lecz są wytworem polskiego ustawodawcy. Tym samym, nie jest możliwe przekazywanie zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji komunalnej zagranicą, bo takie po prostu nie istnieją.

Drugim, alternatywnym sposobem zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 01 jest ich przekazanie do termicznego przekształcania, jeżeli gmina, z której są odbierane te odpady, prowadzi selektywne zbieranie odpadów zgodnie z przepisami (patrz art. 158 ust. 4 ustawy o odpadach). Teoretycznie, odpady o kodzie 20 03 01 zebrane na terenie gminy Zamawiającego mogłyby zostać wywiezione za granicę i poddane tam termicznemu przekształceniu. Taki sposób zagospodarowania nie miałby jednak żadnego racjonalnego uzasadnienia, gdyż zarówno przekształcanie termiczne na lądzie w procesie D10, jak również spalanie odpadów w celu odzysku energii w procesie R1 nie stanowią procesu recyklingu, a więc nie są uwzględniane przy obliczeniu poziomów recyklingu. Co więcej, poddanie termicznemu przetwarzaniu zmieszanych odpadów komunalnych bez wcześniejszego wydzielenia frakcji surowcowych, powoduje, że spaleniu uległyby cenne frakcje surowcowe, które mogłyby zostać wydzielone w instalacji komunalnej i przekazane do procesu recyklingu. Tym samym, taki sposób zagospodarowania nie tylko nie wpłynąłby na zwiększenie uzyskanych poziomów recyklingu, ale również mógłby spowodować jego zaniżenie.

Abstrahując od krajowych ograniczeń w zakresie zagospodarowania odpadów 20 03 01 należy zauważyć, że nie tylko ustawodawca polski, ale również unijny w sposób szczególny reguluje kwestie transgranicznego przemieszczania zmieszanych odpadów komunalnych. Zgodnie z art. 3 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 1130/2006 w sprawie przemieszczania odpadów („Rozporządzenie") przemieszczanie zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 zebranych z gospodarstw krajowych podlega tym samym przepisom co przemieszczanie odpadów przeznaczonych do unieszkodliwiania. Konsekwentnie, państwo przeznaczenia takich odpadów może w dość łatwy sposób zgłosić sprzeciw wobec przyjęcia odpadów o kodzie 20 03 01. Uprawnienie do złożenia sprzeciwu wobec przywozu odpadów 20 03 01 wynika wprost z art. 11 ust. 1 lit. i) Rozporządzenia i jest niezależne od wewnętrznych uwarunkowań prawnych Państw Członkowskich. Niezależnie od tego, również krajowe systemy poszczególnych Państw Członkowskich mogą przewidywać ograniczenia w możliwości przywozu zmieszanych odpadów komunalnych na teren kraju. Przykładem takiego ograniczenia jest chociażby art. 11b ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów który wprost zakazuje przywozu zmieszanych odpadów komunalnych do Polski. Oznacza to, że nie jest możliwe wydanie zezwolenia na przywóz odpadów 20 03 01 do Polski. Kwestia ta została zupełnie przemilczana przez Zamawiającego, który nie wskazał do którego Państwa Członkowskiego odpady 20 03 01 miałyby zostać wywiezione.

Przemieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych za granicę wiąże się również z wieloma problemami natury praktycznej, w tym kosztami zagospodarowania i transportu, czy też utrzymaniem parametrów odpadów na niezmienionym poziomie. Jednym z obligatoryjnych elementów wniosku o uzyskanie zezwolenia na wywóz odpadów zagranicę jest analiza chemiczna i morfologiczna przedkładanych odpadów co ma swoje praktyczne konsekwencje. Po pierwsze, oczywiste jest, że skład morfologiczny odpadów 20 03 01 wytwarzanych przez gospodarstwa domowe w Polsce może istotnie różnić się od składu morfologicznego odpadów 20 03 01 wytwarzanych w innych krajach Unii

Europejskiej w których kultura segregacji odpadów jest na wyższym poziomie. To z kolei może mieć przełożenie na znalezienie odbiorcy, który byłby skłonny takie odpady przyjąć. Ogólnie panuje tendencja odmowy przyjęcia odpadów niezdatnych do recyklingu. Zamawiający w ogóle tę kwestię pominął. Po wtóre, przy składaniu wniosku o wspomniane zezwolenie konieczne jest zapewnienie, że określone w dokumentach zgłoszeniowych parametry zmieszanych odpadów komunalnych są dotrzymywane. W praktyce utrzymywanie takich parametrów odpadów na stałym poziomie może być bardzo trudne, jeśli w ogóle możliwe, gdyż są to odpady powstające w gospodarstwach domowych, a więc podmiot odbierający odpady nie ma faktycznej kontroli nad ich składem, a jego weryfikacja następowałaby dopiero w instalacji podmiotu odbierającego znajdującego się w innym Państwie Członkowskim. Z kolei niedotrzymanie parametrów odpadów z parametrami określonymi w zgłoszeniu skutkuje cofnięciem zgody na wywóz odpadów zagranicę (patrz art. 9 ust. 8 lit.a) Rozporządzenia).

Powyższa argumentacja powoduje, że w ocenie FBSerwis uzyskanie zezwolenia na wywóz odpadów 20 03 01 zagranicę nie jest w praktyce możliwe. I to właśnie z tych powodów, od co najmniej 4 lat takie zezwolenia na wywóz odpadów o kodzie 20 03 01 według najlepszej wiedzy FBSerwis nie były przez GIOŚ wydawane."

Należy zauważyć, że do powyższego stanowiska Odwołującego FBSerwis Zamawiający w żaden konkretny sposób się nie odniósł. Mając na uwadze wcześniej przedstawioną argumentację, trzeba podkreślić, że istotne znaczenie miałaby możliwość osiągnięcia za granicą wyższych poziomów recyklingu z odpadów zmieszanych. W ocenie składu orzekającego taką możliwość należy uznać za okoliczność wyjątkową, która powinna zostać udowodniona przez Zamawiającego, co jednak nie miało miejsca.

Odnosząc się natomiast do podanych przez Zamawiającego przykładów kilku gmin (będących również dużymi miastami), w których mimo wysokiego udziału odpadów zmieszanych udało się osiągnąć znacznie wyższe poziomy recyklingu niż w przypadku Gminy Wrocław, należy zauważyć, że przedstawione w tym zakresie dane nie są miarodajne dla oceny możliwości wykonawców w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu w odniesieniu do odpadów objętych poszczególnymi umowami w sprawie zamówienia publicznego. W analizach stanu gospodarki odpadami podaje się bowiem informacje o poziomach recyklingu w odniesieniu do odpadów wytworzonych na terenie danej gminy. Jak wyjaśnił Zamawiający w piśmie z dnia 22 maja 2025 r.:

„Analiza stanu gospodarki odpadami za 2023 rok została opracowana w oparciu o sprawozdanie Prezydenta Wrocławia z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi za 2023 r. złożone w dniu 28.03.2024 r. za pośrednictwem Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami. Obliczony na podstawie danych sprawozdawczych poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej poziom recyklingu) wynosił 28,87 %.

Przy obliczaniu poziomu uwzględniono odpady poddane recyklingowi pochodzące ze strumienia odpadów odebranych przez przedsiębiorców odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na podstawie umowy z gminą oraz na podstawie umów z właścicielami nieruchomości, a także pochodzące ze strumienia odpadów zebranych w PSZOK-ach oraz przez innych przedsiębiorców zbierających odpady komunalne. Łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi na podstawie sprawozdań ww. przedsiębiorców wyniosła 89 135,3967 Mg. Uwzględniono także odpady poddane recyklingowi organicznemu u źródła w przydomowych kompostownikach. Liczbę użytkowanych kompostowników pozyskano ze złożonych deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Masa bioodpadów poddanych recyklingowi u źródła w przydomowych kompostownikach wyniosła 130,6437 Mg. Łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi przyjęta do obliczeń poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu wyniosła 89 135,3967 +130,6437 = 89 266,0404 Mg. (…)

Korekta danych sprawozdawczych wpłynęła na obliczony poziom recyklingu. Zgodnie ze złożoną w dniu 18.11.2024 r. korektą sprawozdania gminnego, poziom recyklingu wyniósł 35 %.

Łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi na podstawie sprawozdań przedsiębiorców odbierających i zbierających odpady komunalne, po korektach wyniosła 89 409,3267 Mg.

Masa bioodpadów poddanych recyklingowi u źródła w przydomowych kompostownikach została skorygowana, ponieważ masę odpadów obliczono na podstawie liczby osób korzystających z kompostowników, a nie na podstawie liczby kompostowników. Skorygowana masa bioodpadów poddanych recyklingowi u źródła w przydomowych kompostownikach wyniosła 324,7612 Mg.

Pozyskano również dane o bioodpadach posegregowanych i poddanych recyklingowi u źródła na terenie rodzinnych ogrodów działkowych (dalej ROD) we Wrocławiu. W tym celu skierowano do Okręgowego Zarządu Polskiego Związku Działkowców prośbę o wypełnienie ankiet dotyczących kompostowania bioodpadów w 2023 roku na terenie wszystkich

istniejących 156 ROD. Uzyskano ankiety wypełnione przez 96 ROD obejmujących 21126 użytkowanych działek ogrodowych. Obliczenia wykonano zgodnie z przepisami Decyzji Wykonawczej Komisji (UE) 2019/1004. Masa bioodpadów poddanych kompostowaniu u źródła na terenie ROD wyniosła 27 433,8564 Mg.

Łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi przyjęta do obliczenia poziomu recyklingu odpadów komunalnych wyniosła w związku z powyższym 89 409,3267 + 324,7612 + 27 433,8564 = 117 167,9443 Mg."

Należy zatem zauważyć, że poziom recyklingu osiągany przez gminę obliczany jest nie tylko w odniesieniu do odpadów, które zobowiązany jest zagospodarować wykonawca na podstawie umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także w odniesieniu do innych odpadów poddanych recyklingowi, a wytworzonych na terenie gminy. Przykład 2023 r. pokazuje, że wymagany poziom recyklingu został ostatecznie osiągnięty, jednakże 23,4% odpadów poddanych recyklingowi, które zostały uwzględnione do obliczenia tego poziomu, to bioodpady poddane recyklingowi u źródła na terenie rodzinnych ogrodów działkowych. Bez tej pozycji osiągnięcie wymaganego poziomu nie byłoby możliwe, a za recykling tych odpadów wykonawca umowy w sprawie zamówienia publicznego nie odpowiadał. Podając przykłady kilku gmin (będących również dużymi miastami), w których mimo wysokiego udziału odpadów zmieszanych udało się osiągnąć znacznie wyższe poziomy recyklingu niż w przypadku Gminy Wrocław – Zamawiający nie przedstawił informacji w jaki sposób te poziomy zostały obliczone, a w szczególności jakie poziomy zostały uzyskane przez wykonawców realizujących umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

1) 20% wagowo - za rok 2021;

2) 25% wagowo - za rok 2022;

3) 35% wagowo - za rok 2023;

4) 45% wagowo - za rok 2024;

5) 55% wagowo - za rok 2025;

6) 56% wagowo - za rok 2026;

7) 57% wagowo - za rok 2027;

8) 58% wagowo - za rok 2028;

9) 59% wagowo - za rok 2029;

10) 60% wagowo - za rok 2030;

11) 61% wagowo - za rok 2031;

12) 62% wagowo - za rok 2032;

13) 63% wagowo - za rok 2033;

14) 64% wagowo - za rok 2034;

15) 65% wagowo - za rok 2035 i za każdy kolejny rok.

Zgodnie z art. 3b ust. 1a u.c.p.g. poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

Ww. obowiązki w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu zostały przez ustawodawcę nałożone na gminę, a nie wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. poziomy odnoszą się do masy odpadów wytworzonych na terenie gminy. Wykonawca zamówienia publicznego nie odpowiada za zagospodarowanie całej masy odpadów wytwarzanych na terenie gminy (a przynajmniej taka sytuacja występuje w przypadku Wrocławia). Słusznie zatem Zamawiający ograniczył odpowiedzialność wykonawcy wyłącznie do strumienia odpadów, za który odpowiada on na mocy zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże również obowiązek w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu powinien być ograniczony do realnych możliwości poddania odpadów procesowi recyklingu z tego strumienia. Nie ma oczywiście przeszkód, aby nałożyć na wykonawcę obowiązek na tym samym poziomie co obowiązujący gminę zgodnie z ww. przepisami u.c.p.g., a nawet na wyższym poziomie – o ile takie świadczenie jest możliwe do zrealizowania przez wykonawcę. W związku z tym należy zatem podkreślić, że skład orzekający nie

kwestionuje dotychczasowego orzecznictwa Izby w tym zakresie.

Należy dodać, że zgodnie z przepisem art. 9g u.c.p.g. podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomów:

1) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu określonych w art. 3aa albo art. 3b ust. 1;

2) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3c ust. 2 pkt 1;

3) nieprzekraczających poziomów składowania określonych w art. 3b ust. 2a.

Ww. regulacja dotyczy wyłącznie podmiotu odbierającego odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, a nie wykonawcy zawartej z gminą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyby wolą ustawodawcy było rozciągnięcie ww. obowiązku także na drugą kategorie podmiotów, o których mowa powyżej, to znalazłoby to jednoznaczne odzwierciedlenie w przepisach u.c.p.g. Takiego przepisu ustawa ta jednak nie zawiera.

Mając na uwadze powyższe, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego Alba oraz w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego Chemeko, że „twierdzenia Odwołującego brać należałoby w istocie za polemikę z ustawodawcą, nie zaś z Zamawiającym".

Podsumowując powyższą argumentację należy stwierdzić, że z przedstawionych przez strony stanowisk, w tym w szczególności złożonych przez nich dowodów, wynika, że osiągnięcie przez wykonawców wymaganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu nie będzie możliwe w zaplanowanym okresie realizacji umów.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. „Niemożliwość, o której mowa w art. 387 KC, odnosi się do świadczenia. W konsekwencji o tym, czy art. 387 KC ma zastosowanie do konkretnej umowy, przesądza abstrakcyjna ocena faktycznej i prawnej możliwości wykonania wynikającego z niej zobowiązania zgodnie z jego treścią. Nieważność umowy o świadczenie niemożliwe zachodzi wtedy, gdy niemożliwość jest faktyczna lub prawna. Ocena możliwości świadczenia sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy ktokolwiek na miejscu strony zobowiązanej do spełnienia określonego świadczenia, mógłby je spełnić (por. I. Rosenblüth, w: Korzonek, Rosenblüth, Komentarz KZ, t. I, 1934, s. 124-125). Z faktyczną niemożliwością świadczenia mamy do czynienia wtedy, gdy z uwagi na jego właściwości oraz techniczne możliwości jego spełnienia, nikt nie jest w stanie spełnić takiego świadczenia zgodnie z treścią zobowiązania nawet wtedy, gdyby poniósł koszty znacznie przekraczające korzyści, których osiągnięcie było społeczno-gospodarczym celem danego zobowiązania." (W. Borysiak (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 33, 2024).

Oceny możliwości wykonania świadczenia, w tym przypadku osiągnięcia określonego poziomu recyklingu, należy dokonywać w odniesieniu do konkretnych warunków wynikających z umowy. Okoliczność, że w innych warunkach, w innych kraju, czy nawet w innej gminie w Polsce, możliwe jest osiągnięcie określonych poziomów recyklingu nie oznacza, że to samo należy przyjąć w odniesieniu do świadczenia wykonawcy wymaganego na podstawie umowy z Gminą Wrocław, w zakresie strumienia odpadów, które ten podmiot ma zagospodarować.

„O świadczeniu niemożliwym w rozumieniu komentowanego przepisu można mówić tylko wówczas, gdy niemożliwość ta ma charakter trwały - według rozsądnych ludzkich przewidywań świadczenie nie stanie się możliwe w niedalekiej przyszłości (jak daleki horyzont czasowy należy brać pod uwagę, to zależy od rodzaju świadczenia i celu zobowiązania)." (E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 11, 2023). W ocenie składu orzekającego, z materiału dowodowego wynika, że w okresie realizacji umów „według rozsądnych ludzkich przewidywań" osiągnięcie poziomów recyklingu wynoszących odpowiednio 55%, 56% oraz 57%, nie stanie się możliwe.

Jednakże, nawet jeśli brak jest podstaw do powoływania się na przepis art. 387 § 1 k.c., to i tak nałożenie na wykonawcę niemożliwego do zrealizowania obowiązku w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu, sankcjonowanego wysoką karą umowną – należy z pewnością uznać za sprzeczne z art. 353(1) k.c. Zgodnie z tym przepisem strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z art. 58 § 2 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. W odniesieniu do pojęcia „zasad współżycia społecznego" w nauce prawa wskazuje się na kryterium tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej: „Drugą ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku." (E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 11, 2023).

W związku z powyższym, uwzględniając ww. zarzuty Izba nakazała Zamawiającemu zmianę wymagania w zakresie obowiązku wykonawcy osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz sposobu ustalenia kary umownej za nieosiągnięcie tego poziomu – przez dostosowanie tego wymagania oraz kary do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności zamawiającego za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów.

Sposób wykonania wyroku należy do Zamawiającego, pod warunkiem wypełnienia wytycznych w zakresie nakazanej modyfikacji. Mając na uwadze przedstawioną wyżej argumentację, zasadne wydaje się rozważenia uzależnienia nałożonego na wykonawcę obowiązku i powiązanej z nim kary od rzeczywistego poziomu udziału odpadów zmieszanych w strumieniu odbieranych odpadów.

Na zakończenie trzeba zauważyć, że konstrukcja zarzutów podniesionych w poszczególnych odwołaniach była różna. W szczególności, Odwołujący Chemeko i Odwołujący FBSerwis podnieśli zarzuty w odniesieniu do kar za nieosiągnięcie poziomu recyklingu, natomiast Odwołujący Alba podniósł zarzuty również względem samego obowiązku osiągnięcia ww. poziomu, co należy uznać za prawidłowe. Jednakże, mając na uwadze, że sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania, w wyniku czego został wydany wyrok łączny, w przypadku zarzutów zawartych w odwołaniach złożonych przez Odwołującego Chemeko oraz Odwołującego FBSerwis Izba uwzględniła fakt, że orzekając o zarzutach podniesionych w odwołaniach Odwołującego Alba nakazała Zamawiającemu zmianę również wymagania w zakresie obowiązku wykonawcy osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. W przypadku zarzutów zawartych w odwołaniach Odwołującego FBSerwis (jak i wszystkich pozostałych zarzutów we wszystkich rozpatrzonych odwołaniach) Izba kierowała się nie tylko treścią zarzutu sformułowanego w petitum odwołania, lecz także treścią zarzutu wynikającą z przedstawionego uzasadnienia. Ponadto, konieczne było, aby zakres nakazanych Zamawiającemu modyfikacji był spójny.

Mając na uwadze przedstawioną wyżej argumentację Izba oddaliła:

- wnioski Odwołującego Alba oraz Odwołującego Chemeko o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego;
- wniosek Odwołującego Chemeko o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, tj. wniosek sformułowany w piśmie Odwołującego z 11 kwietnia 2025 r.

O oddalenie ww. wniosków wnosił Zamawiający. Dokonując oceny stanowisk stron i złożonego przez nich materiału dowodowego, Izba uznała, że przeprowadzenie tych dowodów nie jest konieczne do rozpoznania zarzutów odwołania. W tej sytuacji uwzględnienie ww. wniosków prowadziłoby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba oddaliła wniosek Odwołującego Chemeko przedstawiony na rozprawie 29 kwietnia 2025 r. dotyczący dokumentów wykonanych na podstawie umowy z 7 marca 2022 r. nr 19/7/2022/G. Raport końcowy pt. „Badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenu gminy Wrocław" sporządzony na podstawie ww. umowy z 7 marca 2022 r. został złożony do akt sprawy przez Odwołującego Alba.

Zarzuty nr 4 w odwołaniach w sprawach KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25

Zarzuty nr 13 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25

Zarzuty nr 5 w odwołaniach w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Ww. zarzuty, podniesione przez Odwołującego FBSerwis, Odwołującego Alba oraz Odwołującego Chemeko, dotyczyły przewidzianej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej. Mając na uwadze, że zarówno uzasadnienia tych zarzutów, jak i projektowane postanowienia umowne w tym zakresie, są obszerne, Izba odsyła w tym miejscu do wcześniejszej części uzasadnienia, w ramach której została przedstawiona treść odwołań. Istota tych zarzutów sprowadza się do tego, że przewidziana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna ma iluzoryczny charakter, tj. istnieje bardzo małe prawdopodobieństwo, że znajdzie ona zastosowanie w trakcie realizacji umowy.

Odwołujący wskazali, że uruchomienie procedury waloryzacyjnej może mieć miejsce jedynie w sytuacjach nadzwyczajnych. Okoliczność, tę potwierdza wykaz zagregowanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za ostatnie 6 miesięcy (gdzie poprzedni miesiąc = 100) na przestrzeni ostatnich ponad 20 lat wraz z wykazem miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) na przestrzeni ostatnich ponad 20 lat (przygotowany przez Odwołującego FBSerwis i stanowiący załącznik do pisma procesowego z 22 maja 2025 r.):

Z ww. zestawienia zagregowanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za ostatnie 6

miesięcy (poprzedni miesiąc = 100) wynika, że sytuacje, w których w świetle projektowanych postanowień umowy stronom przysługiwałaby waloryzacja wynagrodzenia wystąpiły jedynie wtedy, gdy miała miejsce kumulacja pandemii COVID-19 i wojny na Ukrainie. W projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający przewidział bowiem warunek, aby suma wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc - 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy wynosiła ≥ 6% - w przypadku usług wykonanych po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (pierwsza waloryzacja), oraz ≥ 4,5% po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku (kolejne waloryzacje).

Należy również wskazać, że niezależnie od powyższego warunku, Zamawiający wprowadził dodatkowy warunek, zgodnie z którym konieczne jest udokumentowanie przez wykonawcę, że zmiana: 1) kosztów paliwa wykorzystywanego w realizacji przedmiotu umowy, 2) kosztów zatrudnienia osób realizujących zamówienie, oraz 3) stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej, wyniosła ≥ 6% - za cały okres od momentu zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) do dnia złożenia wniosku o waloryzację (pierwsza waloryzacja), oraz ≥ 4,5% za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację (kolejne waloryzacje).

Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego takie ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej należy uznać za uzasadnione, gdyż postanowienia umowne przewidujące waloryzacje wynagrodzenia wykonawcy winny mieć zastosowanie jedynie w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków, niemożliwej do przewidzenia na moment złożenia oferty i zawarcia umowy.

Należy zauważyć, że sytuacji nadzwyczajnej zmiany stosunków dotyczy przepis art. 357(1) k.c., zgodnie z którym, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

Zgodnie z przepisem art. 439 ustawy Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

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

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

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

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

Należy zatem zauważyć, że w przepis art. 439 ustawy Pzp – w przeciwieństwie do ww. art. 357(1) k.c. – nie zawiera przesłanki dotyczącej nadzwyczajnej zmiany stosunków, ani nie uzależnia zmiany wynagrodzenia wykonawcy od wystąpienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy. Zarówno w orzecznictwie, jak i nauce prawa, wskazuje się, że celem tej regulacji jest przywrócenie ekwiwalentności stron, równomierne rozłożenie ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia publicznego. Jak na przykład wskazano w jednym z komentarzy do ustawy Pzp: „Celem art. 439 PrZamPubl jest zachowanie ekwiwalentności świadczeń stron w odniesieniu do dwóch typów długoterminowych umów w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten (w odróżnieniu od art. 357(1) KC, art. 632 § 2 KC, a także art. 455 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl) nie został oparty na przesłance nadzwyczajnej (nieprzewidywalnej) zmiany okoliczności. Służy on przywróceniu ekwiwalentności świadczeń w przypadku zmian cen materiałów i kosztów, które były dla stron przewidywalne w chwili złożenia oferty, przy jednoczesnym określeniu zasad ustalania i maksymalnej wartości dopuszczalnej w tym trybie zmiany wynagrodzenia (zob. art. 439 ust. 2 pkt 4 PrZamPubl).” (P. Machnikowski (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz [w:] Zobowiązania. Tom V. Przepisy pozakodeksowe. Komentarz, wyd. 1, 2025).

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że przewidzenie przez zamawiającego postanowień umownych dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z których wynika, że dokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jest wysoce mało prawdopodobne, tj. że może to nastąpić jedynie w przypadku zaistnienia nadzwyczajnych i niespodziewanych okoliczności – narusza przepis art. 439 ustawy Pzp. Z powodów wskazanych powyżej, taka sytuacja miała miejsce w tym przypadku.

Należy dodać, że przewidzenie w umowie postanowień w zakresie klauzuli waloryzacyjnej, które nie mają charakteru iluzorycznego, lecz mają szansę zostać zastosowane w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, w większym stopniu służy interesom zamawiającego (a w tym przypadku Gminie Wrocław, a w konsekwencji mieszkańcom Wrocławia), niż samym wykonawcom. W przypadku bowiem zawarcia w umowie zbyt rygorystycznych zasad dokonania waloryzacji wynagrodzenia, ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia zostanie uwzględnione w cenie ofertowej, co będzie skutkować znaczącym jej zwiększeniem. W takiej sytuacji ryzyko zostanie od razu przeniesione na zamawiającego, bez względu na to, w jakim stopniu ulegną zmianie ceny materiałów oraz koszty związane z realizacją zamówienia. Może mieć miejsce również sytuacja odwrotna, tj. że ww. ryzyko nie zostanie uwzględnione w ramach ceny ofertowej. W takim przypadku może zaistnieć niebezpieczeństwo nienależytego wykonania lub w ogóle niewykonania zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty podniesione w ww. zakresie zostały przez Izbę uwzględnione w części. Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację sposobu ustalania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - przez obniżenie wartości sumy miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy: w przypadku wartości 6% do poziomu co najmniej 4,5%, natomiast w przypadku wartości 4,5% do poziomu co najmniej 3%. W ocenie składu orzekającego dokonanie ww. modyfikacji klauzuli waloryzacyjnej stanowi konieczne minimum, aby przewidziane przez Zamawiającego w tym zakresie postanowienia umowne nie podlegały ocenie jako uniemożliwiające zrealizowanie celu regulacji art. 439 ustawy Pzp. Poszczególni Odwołujący przedstawiali w tym zakresie zróżnicowane żądania, natomiast Izba musiała zdecydować się na jednolite rozwiązanie. Jednocześnie, rozwiązanie to w niewielkim zakresie ingeruje w koncepcję waloryzacji przyjętą przez Zamawiającego. Ponadto, nie można stwierdzić, że ww. wskaźniki zostały obniżone do zbyt niskiego poziomu. Należy bowiem zauważyć, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy może zostać ustalona w odniesieniu do okresu realizacji zamówienia obejmującego przede wszystkim lata 2026 i 2027. Natomiast zgodnie z ostatnią projekcją inflacji opublikowaną przez Narodowy Bank Polski inflacja CPI r/r (%) prognozowana jest na ok. 3% (3,4% w 2026 r. oraz 2,5% w 2027 r.).

Odnosząc się do dodatkowych okoliczności podnoszonych przez Odwołujących, należy wskazać, co następuje: Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego Alby, że wyłącznie wzrost kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej uzasadnia waloryzację, należy zauważyć, że wykazanie zaistnienia podstaw do dokonania waloryzacji możliwe jest również w odniesieniu do innych przesłanek, pod warunkiem wykazania ich istotności. Zamawiający postawił warunek, że zawsze muszą to być trzy przesłanki, jednakże wykonawca może powołać się: tylko na te wskazane przez Zamawiającego, tylko na inne przesłanki, pod warunkiem wykazania ich istotności, a także częściowo na te pierwsze, a częściowo na drugie. Jak bowiem wskazano w projekcie umowy (§ 18 ust. 4 pkt 1) lit. e) projektu umowy):

„Powyższy sposób udokumentowania trzech wyżej wskazanych przesłanek stanowić będzie dostateczne uzasadnienia żądania zmiany wynagrodzenia na podstawie zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia. Brak wykazania wskazanych przesłanek nie wyklucza możliwości udokumentowania przez Wykonawcę lub Zamawiającego wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek ewentualnej zmiany innych (trzech) kluczowych składowych kosztów świadczonej usługi, pod warunkiem wykazania ich istotności dla łącznego kosztu realizacji zamówienia. Możliwe jest też skorzystanie z jednej lub dwóch wskazanych wyżej przesłanek wraz inną, z zachowanie progu istotności, przy założenia, że zawsze należy się odwołać do trzech przesłanek.

Przez poziom istotności należy rozumieć co najmniej 10% udział w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia, wykazywany na podstawie pomiarowego wzoru: (…)"

Powyższe stanowisko dotyczy również pozostałej argumentacji przedstawionej przez Odwołującego Alba w zakresie nieuwzględnienia także innych elementów kosztotwórczych. Całkowite pominięcie cechy istotności tych elementów kosztotwórczych, tak jak wnioskował o to wykonawca Alba, nie jest jednak zasadne przy takiej konstrukcji klauzuli jak wskazana w projekcie umowy. Uwzględnienie tego wniosku wymagałoby gruntownej modyfikacji koncepcji, na której zostały oparte projektowane postanowienia umowne w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, co jednak nie znalazło odzwierciedlenia w treści żądań postawionych przez Odwołującego Alba.

Odnosząc się natomiast do zarzutu Chemeko, że postanowienia umowne dotyczące waloryzacji stawiają w mniej korzystnej sytuacji wykonawców, którzy dysponują własnymi instalacjami zagospodarowania odpadów, należy zauważyć, że ci wykonawcy, tak samo jak pozostali, mają prawo ubiegania się o zmianę wysokości należnego im wynagrodzenia. Różnica dotyczy sposobu dokumentowania, ale wynika ona z obiektywnych okoliczności dotyczących możliwości udokumentowania kosztów związanych z funkcjonowaniem instalacji. Ponadto, Odwołujący Chemeko nie przedstawił w odwołaniu konkretnej argumentacji na potwierdzenie zasadności przyjęcia kwartalnych (zamiast półrocznych) przedziałów czasowych, po których będzie przeprowadzana waloryzacja. W związku z tym, odniesienie się do tej kwestii nie jest możliwe.

<u>Zarzuty nr 12 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25</u>

Odwołujący Alba wskazał, że Zamawiający w SWU opisał szczegółowo, w jaki sposób ma odbywać się ważenie wszystkich odebranych przez wykonawcę odpadów komunalnych na bazie magazynowo-transportowej wykonawcy. Baza obowiązkowo musi być wyposażona w legalizowaną wagę najazdową oraz „kamery (min. 2 szt.) rejestrujące obraz w rozdzielczości co najmniej 1080p, które mają być zamontowane w miejscach umożliwiających monitorowanie najazdowej wagi samochodowej (wjazd i wyjazd). Ponadto, Odwołujący Alba powołał się na postanowienie zawarte w Rozdziale XVII SWU pkt 2 ppkt 2aOdwołujący Alba stwierdził, że postanowienia określające procedury ważenia odpadów, pomimo swej pozornej szczegółowości, nie wskazują jednoznacznie, czy wykonawca po wjeździe na wagę znajdującą się na bazie magazynowo - transportowej i zważeniu pojazdu z odpadami (na pełno), może wyjechać poza teren bazy do innego punktu wyładunku, a następnie wrócić na bazę magazynowo-transportową i zważyć się na pusto. Uwzględniając, że jest możliwy wyładunek odpadów poza terenem bazy magazynowo-transportowej, Zamawiający nie ma wpływu na odległość, jaką pokona pojazd z odpadami, przez co waga pojazdu po powrocie na bazę magazynowo – transportową (na pusto) może różnić co najmniej o ilość spalonego paliwa, co w skali zamówienia oraz w odniesieniu do spalania paliwa przez pojazdy ciężarowe stanowi niebagatelną wartość i może prowadzić do znaczących rozbieżności. Ponadto wykonawca nie ma pewności co do wymagań Zamawiającego, więc nie jest w stanie właściwie i najbardziej optymalnie zaplanować sposobu i miejsca wyładunku odpadów, co przekłada się wprost proporcjonalnie na koszty wykonania usługi, a co za tym idzie na jego pozycję w rankingu cenowym. W związku z tym Odwołujący Alba stwierdził, że postanowienia OPZ są nieprecyzyjne. Brak doprecyzowania tych postanowień SWU może skutkować powstaniem wątpliwości na etapie realizacji zamówienia oraz prowadzić do powstania sytuacji spornych pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Brak doprecyzowania tego obowiązku prowadzić może do kwestionowania dokonanych pomiarów, dlatego też wykonawca wnosi o wprowadzenie jednoznacznych zapisów, które pozwolą na usunięcie wszelkich potencjalnych rozbieżności interpretacyjnych pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą na etapie realizacji umowy.

Uwzględniając ww. stanowisko Odwołującego Alba, stanowisko Zamawiającego oraz stanowiska uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Eneris, Izba uznała, że zarzuty nr 12 podniesione przez Odwołującego Alba są zasadne. Postanowienia SWZ nie przesądzają jednoznacznie kwestii, na która wskazał Odwołujący Alba w ramach tych zarzutów. Potwierdza to również stanowisko uczestnika Eneris przedstawione na rozprawie. Zamawiający obowiązany jest do jednoznacznego opisania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Należało zatem uznać, że

postanowienia SWZ w ww. zakresie naruszają przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie jest dla Izby zrozumiałe, dlaczego Zamawiający, zamiast jednoznacznie określić ww. kwestię, wnosił o oddalanie ww. zarzutu, powołując się na stanowisko prezentowane przez Odwołującego Alba w ramach realizacji wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zatem podkreślić, że dla oceny zarzutów nie ma żadnego znaczenia interpretacja przyjmowana przez odwołującego w ramach wcześniej umowy, jak i w ogóle to, czy wcześniej miał on wątpliwości w odniesieniu do sposobu opisania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Okoliczność, że wykonawca kiedyś nie miał wątpliwości co do rozumienia postanowień SWZ nie oznacza, że nie może mieć ich później, w ramach kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia, przewidującego analogiczne lub podobne postanowienia. Istotne jest jedynie to, czy postanowienia SWZ, w tym w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, są obiektywnie niejednoznaczne.

Taka sytuacja wystąpiła w tym przypadku. W związku z tym zarzuty nr 12 podlegały uwzględnieniu. Izba za zasadne uznała jednak dokonanie modyfikacji żądania sformułowanego w odwołaniu. Odwołujący Alba wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez uzupełnienie projektowanego postanowienia umownego o:

- jednoznaczne wskazanie, że odpady mają zostać w celu zważenia wyładowane na terenie bazy magazynowo – transportowej wykonawcy bez wyjazdu pojazdu z odpadami poza teren tejże bazy;
- wskazanie maksymalnego czasu pomiędzy I ważeniem i II ważeniem nieprzekraczającego jednej godziny.

Natomiast Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu, aby jednoznacznie sprecyzował, czy odpady mają zostać w celu zważenia wyładowane na terenie bazy magazynowej – transportowej wykonawcy bez wyjazdu pojazdu z odpadami poza teren bazy (t. czy odpady mają zostać w celu zważenia wyładowane na terenie bazy magazynowej – transportowej wykonawcy bez wyjazdu pojazdu z odpadami poza teren bazy czy wykonawca po wjeździe na wagę znajdującą się na bazie magazynowo- transportowej i zważeniu pojazdu z odpadami (na pełno) może wyjechać poza teren bazy do innego punktu wyładunku, a następnie wrócić na bazę magazynowo-transportową i zważyć się na pusto). W związku z tym Izba w propozycji stanowiącej żądanie zastąpiła wyraz „że" wyrazem „czy" – w ramach pierwszego członu przedstawionego wniosku.

Izba wzięła pod uwagę, że w przy takiej treści żądania, jak to zostało sformułowane w odwołaniu, Zamawiający nie miał możliwości uwzględnienia zarzutu i w związku z tym zobowiązania się do modyfikacji SWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego Alba. Jednakże, po pierwsze, ze stanowiska Zamawiającego wynika, że w ogóle nie widział on potrzeby jednoznacznego rozstrzygnięcia ww. kwestii, z czym nie można się zgodzić. Po drugie, Zamawiający mógł dokonać modyfikacji SWZ i złożyć wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów nr 12 – tak jak to uczynił w przypadku innych zarzutów.

Oczywiście, wyjaśnienie tego rodzaju niejednoznaczności może się odbywać w drodze wniosków o wyjaśnienie treści SWZ (art. 135 ustawy Pzp). Taka możliwość nie wyłącza jednak korzystania ze środków ochrony prawnej. Wykonawca nigdy nie ma pewności czy Zamawiający udzieli mu jednoznacznej odpowiedzi na skierowanego przez niego pytanie, natomiast odwołanie musi zostać wniesione w terminie określonych w ustawie Pzp. Zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje m.in. na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem m.in. na czynność sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia niezgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

O ww. zarzutach w sprawach:

- KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25;
- KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25;
- KIO 1081/25, KIO 1083;
- KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Izba orzekła na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i c) ustawy Pzp.

III. Zarzuty, które zostały przez Izbę oddalone.

1.Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu

a)w zakresie zdolności zawodowej

Zamawiający przewidział w SWZ następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

1.2.2.1 wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta; każde wykonane zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców), gdzie odebrał łącznie co najmniej 30 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych,

1.2.2.2. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jedno zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę na terenie gminy zamieszkałej przez co najmniej 50 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie Zamawiającym wskazanego zamówienia był podmiot publiczny, nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

Zarzuty nr 1 w odwołaniach w sprawach KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25

Uzasadniając ww. zarzuty Odwołujący Eneris wskazał na problemy z ustaleniem, co należy rozumieć pod pojęciem obsługiwanego obszaru, którym Zamawiający posłużył się w pkt 1.2.2.1 SWZ, w szczególności jeśli nie odpowiada on jednostkom dla których GUS podaje statystyki odnoszące się do liczby zamieszkującej go ludności. Odwołujący wniósł o zastąpienie pojęcia „obszar" pojęciem „gmina". W ocenie Izby użycie przez Zamawiającego pojęcia „obszar" nie można uznać za nieprawidłowe. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN (wydanie internetowe) pod pojęciem „obszar" należy rozumieć m.in. „ograniczoną część przestrzeni, zwykle dużych rozmiarów". W związku z tym, na gruncie ww. postanowienia SWZ, jako „obszar" należy rozumieć ograniczoną część przestrzeni spełniającą wymaganie w zakresie zamieszkania przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta). Należy zgodzić się z Odwołującym Eneris, że odesłanie do danych Głównego Urzędu Statystycznego ogranicza możliwości wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jednakże, spełnienie wymogu zamieszkania przez 50 000 mieszkańców musi być możliwe do ustalenia. Odwołujący nie zaproponował lepszego sposobu dokonywania weryfikacji w tym zakresie. Odwołujący Eneris wniósł o zastąpienie pojęcia „obszar" pojęciem „gmina". W ocenie składu orzekającego Izby dokonanie takiej modyfikacji w większym stopniu ograniczałoby konkurencję.

Odnosząc się do wątpliwości Odwołującego związanych z posłużeniem się przez Zamawiającego zwrotem „gdzie odebrał" (tj. czy za wystarczające należy uznać odebranie łącznie 30 000 Mg odpadów z obszaru zamieszkałego przez 50 000 mieszkańców) należy zauważyć, że ten zwrot został przez Zamawiającego użyty w drugiej części opisu warunku udziału w postępowaniu. Natomiast wcześniej Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga, aby w ramach zamówienia lub zamówień wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców. Zostało to również powtórzone dalej: „każde wykonane zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców". Nie jest to najlepszy (pod względem językowym) sposób sformułowania opisu warunku udziału w postępowaniu, jednakże wynika z niego jednoznacznie, że chodzi o obsługiwanie obszaru zamieszkałego przez 50 000 mieszkańców.

Odwołujący Eneris stwierdził również, że nie jest jednoznaczne, czy wykazanie spełniania warunku przez przedstawienie więcej niż jednego zamówienia powinno obejmować okres tych samych 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, czy też może to być dowolne 12 następujących po sobie miesięcy w okresie ostatnich 6 lat. Odpowiedź na te wątpliwości Odwołującego można wyczytać z opisu warunku udziału w postępowaniu. Jest w nim mowa o maksymalnie 12 kolejnych miesiącach kalendarzowych, a wymóg ten został dodany na samym końcu postanowienia SWZ, po przecinku. Oznacza to, że niezależnie od tego, czy wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku przedstawia jedno czy więcej zamówień, wymogi postawione w ramach tego warunku muszą być spełnione w ciągu maksymalnie 12 miesięcy kalendarzowych. Inaczej rzecz ujmując: ich spełnienie musi się zawierać w maksymalnie 12 miesiącach kalendarzowych. Nie zostało natomiast wskazane, że każde z takich zamówień musiało być realizowane dokładnie w tym samym czasie.

Podsumowując, należy stwierdzić, że odpowiedzi na większość wątpliwości Odwołującego Eneris co do sposobu rozumienia warunku znajdują się w samej treści postanowienia SWZ (pkt 1.2.2.1). W pozostałym zakresie, argumentację

przedstawioną przez Odwołującego należy uznać za częściowo trafną, jednakże nie w stopniu uzasadniającym nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ zgodnie z postawionym żądaniem.

Zarzuty nr 6 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KiO 1083/25

Z kolei Odwołujący Alba stwierdził, że Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie sprecyzował, jakiego rodzaju czynności ma realizować wykonawca legitymujący się doświadczeniem wymaganym odpowiednio na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.2.1 oraz w pkt 1.2.2.2 SWZ. Zdaniem Odwołującego, w przypadku zamówienia kompleksowego na odbiór i zagospodarowanie odpadów nie da się rozdzielić czynności odbioru odpadów od czynności odbioru i zagospodarowania odpadów. W ocenie Odwołującego każdy z wykonawców realizujących zamówienie powinien legitymować się doświadczeniem zarówno w zakresie odbioru jak i zagospodarowania odpadów. Jednakże dalej Odwołujący stwierdził, że skoro na chwilę obecną w opisie warunku z punktu 1.2.2.1 jest mowa wyłącznie o doświadczeniu w zakresie odbioru odpadów, to należałoby ustalić czy wykonawca spełniający ten warunek ma być odpowiedzialny za wszystkie czynności związane z samym odbiorem odpadów i nie jest wymagane, aby posiadał jakiekolwiek doświadczenie w zakresie zagospodarowania odpadów, czy musi legitymować się także doświadczeniem w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów z uwagi na postawienie przez Zamawiającego warunku, o którym mowa w pkt 1.2.2.2 SWZ. Dla Odwołującego nie jest jasne, za które czynności ma być odpowiedzialny wykonawca na etapie realizacji zamówienia, który wykazuje spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 1.2.2.2 SWZ. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Alba należy odwołać się do treści art. 117 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Postanowienie zawarte w rozdziale IV pkt 4 lit. d) i e) SWZ („w przypadku, gdy Wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa: d) w pkt 1.2.2.1. musi spełnić każdy Wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których te zdolności są wymagane, e) w pkt 1.2.2.2. musi spełnić każdy Wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których te zdolności są wymagane") stanowi powielenie regulacji art. 117 ust. 3 ustawy Pzp. Przedstawione przez Odwołującego Alba zagadnienie należy zatem rozstrzygnąć kierując się ww. przepisem ustawy Pzp, tj. przez udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie: do realizacji których usług w ramach przedmiotu zamówienia wymagane jest posiadanie doświadczenia, które weryfikuje warunek opisany w pkt 1.2.2.1 SWZ, a do realizacji których usług wymagane jest posiadanie doświadczenia, które weryfikuje warunek opisany w pkt 1.2.2.1 SWZ? Należy podkreślić, że ww. zagadnienie – jak wskazano powyżej - regulowane jest przepisami ustawy Pzp (przytoczony powyżej art. 117 ust. 3), natomiast wątpliwości Odwołującego co do stosowania tej regulacji w odniesieniu do ww. warunków udziału w postępowaniu nie stanowią wystarczającego argumentu przemawiającego za tym, że warunki te zostały sformułowane w sposób nieprawidłowy.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w odniesieniu do warunku, o którym mowa w pkt 1.2.2.2 SWZ, Odwołujący Alba dokonuje nieprawidłowej interpretacji, że dotyczy on odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości tzw. podmiotów publicznych. Jednakże w opisie tego warunku (pkt 1.2.2.2 SWZ) wskazano podmiot publiczny jako zamawiającego, a nie właściciela nieruchomości. Z kolei w dalszej części uzasadnienia zarzutu Odwołujący wskazał, że nie jest jasne, czy zgodnie z tym warunkiem wymagane jest doświadczenie w realizacji usługi i zagospodarowania odpadów komunalnych na rzecz podmiotu publicznego reprezentującego obszar zamieszkały przez min. 50 000 mieszkańców czy też na rzecz właściciela nieruchomości niezamieszkałej podlegającego przepisom ustawy Pzp zlecającego realizację usługi odbioru i zagospodarowania na terenie gminy zamieszkałej przez min. 50 000 mieszkańców takiego jak np. uniwersytet, szpital, muzeum, szkoła, cmentarz komunalny. Natomiast z opisu tego warunku wynika, że mowa jest w nim o usłudze zrealizowanej na rzecz zamawiającego – podmiotu publicznego na terenie gminy zamieszkałej przez co najmniej 50 000 osób. Odbiorcą usługi miał być zatem zamawiający – podmiot publiczny, a usługa miała zostać zrealizowana na terenie gminy. Nie ma w tym opisie warunku mowy ani o podmiocie reprezentującym wskazany obszar, ani o właścicielu nieruchomości niezamieszkałej.

Odwołujący Alba wskazał również na wątpliwości, które budzi pojęcie „podmiot publiczny". Odwołujący stwierdził, że w ustawodawstwie polskim można znaleźć kilka definicji „podmiotu publicznego". Odnosząc się do tego twierdzenia należy zauważyć, że w sytuacji, w której Zamawiający chce ograniczyć rozumienie pojęcia „podmiot publiczny" do konkretnej definicji legalnej, to powinien uregulować tę kwestię w SWZ. W przeciwnym wypadku opis warunku udziału w postępowaniu podlega interpretacji rozszerzającej. Wskazując na ww. okoliczność Odwołujący Alba nie wnosił jednak o doprecyzowanie pojęcia „podmiot publiczny".

Ponadto, Odwołujący Alba zarzucił, że w ramach opisu warunku z pkt 1.2.2.2 SWZ Zamawiający nie określił jakiegokolwiek minimalnego zakresu zrealizowanej usługi. W związku z tym Odwołujący wniósł o usunięcie tego warunku

lub jego modyfikację przez dookreślenie zakresu ilościowego lub wartościowego usługi wymaganej na potwierdzenie spełniania tego warunku. Odnosząc się do ww. stanowiska Odwołującego należy zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 57 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z przepisu tego wynika, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia i decyduje o warunkach udziału w postępowaniu stawianych wykonawcom. Oczywiście, warunki udziały w postępowaniu powinny zostać określone zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Dokonując interpretacji tego przepisu w nawiązaniu do przytoczonego powyżej art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, należy stwierdzić, że kontrola przez Izbę warunków udziału w postępowaniu powinna dotyczyć tego, czy nie zostały one postawione na zbyt wysokim poziomie - w kontekście wytycznych w tym przepisie wskazanych. Ocena przez Izbę sposobu określenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu winna być dokonywana wyłącznie pod względem kryterium legalności, a nie celowości czy gospodarności. Jednocześnie, uwzględnienie żądania Odwołującego Alba prowadziłoby do modyfikacji warunku w sposób ograniczający konkurencję w postępowaniu. Z powyższych względów stanowisko Odwołującego Alba Izba uznała za niezasadne.

Zdaniem Odwołującego Alba wątpliwości budzi także okres 6 lat, w którym wykonawca ma legitymować się wymaganym doświadczeniem. Odwołujący powołał się na przepis § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z przepisem § 9 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata. Wyznaczenie dłuższego niż 3 lata okresu, w którym wykonawca obowiązany jest wykazać zdobycie wymaganego doświadczenia w zakresie dostaw lub usług, należy zatem uznać za dopuszczalne. Odwołujący wskazał, że na przestrzeni okresu 6 lat zmieniła się ustawowa definicja odpadów komunalnych. Na skutek dokonanej modyfikacji odpady budowlane i rozbiórkowe przestały być klasyfikowane jako odpady komunalne. W związku z tym, zdaniem Odwołującego Alba, zakres usług przedstawionych przez wykonawców do oceny w ramach warunku może być całkowicie nieporównywalny. Odnosząc się do tego należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał żadnych różnic pomiędzy odbiorem odpadów budowlanych i rozbiórkowych a pozostałych odpadów (obecnie zaliczanych do odpadów komunalnych), które mogłyby mieć znaczenie w kontekście postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Podsumowując, należy stwierdzić, że odpowiedzi na niektóre wątpliwości Odwołującego Alba co do sposobu rozumienia ww. warunków udziału w postępowaniu znajdują się w samej treści postanowień SWZ. W pozostałym zakresie, argumentacja przedstawiona przez Odwołującego Alba nie uzasadnia uwzględnienia zarzutów odwołania, w szczególności że dokonanie modyfikacji postanowień SWZ, zgodnie z postawionymi żądaniami, skutkowałoby ograniczeniem konkurencji w postępowaniu.

Zarzuty nr 13 w odwołaniach w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KI
1090/25

Natomiast Odwołujący Chemeko stwierdził, że wobec tak nieprecyzyjnych określeń, składających się na warunek postawiony w pkt 1.2.2.1 SWZ, jakimi są „obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców” oraz „zamówienie ma dotyczyć obszaru, w którym Wykonawca obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców”, wykonawca będzie mógł wskazać praktycznie każdą usługę, np. odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych z „obszaru” wielu gmin. Odwołujący stwierdził, że ta niejasność budzi tym większe wątpliwości w kontekście warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1.2.2.2 SWZ, w którym Zamawiający posługuje się sformułowaniem „gdzie Zamawiającym wskazanego zamówienia był podmiot publiczny”, tymczasem zamawiającym wskazanego zamówienia powinna być gmina.

Odnosząc się do powyższego należy odwołać się do stanowiska Izby uprzednio przedstawionego w zakresie zarzutów nr 1 w odwołaniach w sprawach KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25 (
odniesieniu do sformułowania „obszar zamieszkały”) oraz w zakresie zarzutów nr 6 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25. Odpowiadając na zarzut, że na potwierdzenie warunku z pkt 1.2.2.1 SWZ będzie można wskazać praktycznie każdą usługę, np. odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych z „obszaru” wielu gmin, należy przypomnieć, że w ww. postanowieniu SWZ mowa jest o obsługiwaniu obszaru zamieszkałego przez co najmniej 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego).

Odwołujący Chemeko nie wniósł o doprecyzowanie ww. pojęć, lecz:

- w przypadku warunku z pkt 1.2.2.1 wniósł o zmianę sformułowania „obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 50 000 mieszkańców" na sformułowanie „odebrał i zagospodarował odpady komunalne bezpośrednio od mieszkańców z obszaru gminy zamieszkałego przez co najmniej 50 000 mieszkańców"
- w przypadku warunku z pkt 1.2.2.2 wniósł o zmianę pojęcia „podmiot publiczny" na pojęcie „gmina",

Należy zatem zauważyć, że żądanie zmiany sformułowania „obsługiwał obszar" na sformułowanie „odebrał i zagospodarował" wykracza poza zakres ww. zarzutu. Jeżeli zaś chodzi o zastąpienie pojęcia „podmiot publiczny" pojęciem „gmina", to, po pierwsze, w tym zakresie Odwołujący Chemeko również nie przedstawił konkretnej argumentacji. Stwierdził jedynie, że Zamawiający posłużył się pojęciem „podmiot publiczny" zamiast prawidłowo pojęciem „gmina". Po drugie, uwzględnienie tego żądania prowadziłoby do ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że ww. zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

1.Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu

b)w zakresie zdolności technicznej:

Zamawiający przewidział w SWZ następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej:

1.2.3.1.bazą magazynowo-transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i jest wyposażona i usytuowana zgodnie z tym rozporządzeniem w miejscu właściwym dla odbierania odpadów z terenu gminy Wrocław,

1.2.3.2.pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, tj.:

1)samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO Vlub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 8 sztuk,

2)samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 3,5 Mg i nie większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 3 sztuki,

3)samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 3,5 Mg i nie większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym o szerokości pojazdu (bez lusterek) do 210 cm i długości całkowitej z zabudową do 643 cm – minimum 1 sztuka,

4)samochodem ciężarowym przystosowanym do opróżniania pojemników, załadunku i transportu odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki z zamontowanym urządzeniem dźwigowym (HDS), spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO Vlub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 1 sztuka,

5)samochodem dostawczym o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5 Mg, przystosowanym do transportu selektywnie zebranych odpadów spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO Vlub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem

napędzanym gazem ziemnym – minimum 3 sztuki,

6)samochodem ciężarowym hakowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m^3 spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lubbędącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 1 sztuka,

7)samochodem ciężarowym bramowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m^3 spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VIlub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 1 sztuka,

8)maszyną budowlaną umożliwiającą załadunek odpadów (np. ładowarką, koparko-ładowarką) – minimum 1 sztuka,

9)samochodem osobowym przeznaczonym do przeprowadzania kontroli wykonywanych prac związanych z realizacją przedmiotu zamówienia – minimum 1 sztuka,

10)specjalistycznym samochodem „myjka", przeznaczonym do mycia pojemników bez konieczności ich transportowania, pozwalającym na wysokociśnieniowe mycie pojemnika wraz z odpowiednim dozowaniem środka dezynfekującego –spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale VI pkt 5.2) SWZ:

Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

„Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, potwierdzający spełnianie warunków udziału określonych w pkt 1.2.3.1 i 1.2.3.2. rozdz. IV, według załącznika nr VI wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Zarzuty nr 9 (9a i 9b) w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25

Odwołujący Alba zarzucił Zamawiającemu zaniechanie sformułowania warunków udziału w postępowaniu polegających na wymogu dysponowania przez wykonawcę pojazdem specjalistycznym PRESKO, tj. pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów z pojemników naziemnych PRESKO (zarzut nr 9a) oraz na wymogu dysponowania przez wykonawcę co najmniej dwoma pojazdami bezpylnymi odbierającymi odpady z pojemników o pojemności 60l – 1100l lub z worków, wyposażonymi w wagę statyczną posiadającą legalizację Głównego Urzędu Miar w Polsce (GUM) lub innej jednostki notyfikowanej, podczas gdy w Rozdziale XIII SWU został sformułowany obowiązek posiadania takich pojazdów oraz wykorzystywania ich do realizacji usługi odbioru odpadów już od pierwszego dnia realizacji usługi.

Odnosząc się do tych zarzutów należy ponownie wskazać, że zgodnie z przepisem art. 57 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z przepisu tego wynika, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. W konsekwencji, nieokreślenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie może zostać uznane za naruszenie przepisów ustawy Pzp. Izba nie dokonuje oceny czynności i zaniechań zamawiających pod kątem kryterium celowości czy gospodarności, a jedynie kryterium legalności. Mając na uwadze powyższe, ww. zarzuty Izba uznała za niezasadne.

Zarzuty nr 11 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25

Odwołujący Alba zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz k.c. przez określenie informacji o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz sformułowanie projektowanych postanowień w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny, niepozwalający na jednoznaczne ustalenie sposobu realizacji uprawnień Zamawiającego oraz wzbudzający wątpliwości co do terminu, w jakim Zamawiający będzie weryfikował czy baza magazynowo-transportowa oraz pojazdy spełniają wymagania podane w SWZ, umowie oraz SWU.

Zarzuty te odnoszą się m.in. do warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 1.2.3 SWZ, w związku z tym zostały omówiony w tej części uzasadnienia. Ponadto, zarzuty te dotyczą postanowienia zawartego w rozdziale XVI ust. 3 SWZ, zgodnie z którym wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przed zawarciem

umowy zobowiązany jest do dostarczenia:

1)kompletu dokumentów potwierdzających ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy (zgodnie z zapisami projektu umowy), potwierdzonego przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem",

2)umowy regulującej współpracę podmiotów występujących wspólnie (w przypadku składania oferty wspólnej), potwierdzonej przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem",

3)dokumentu potwierdzającego tytuł prawny do bazy magazynowo-transportowej, potwierdzającego, że Wykonawca posiada prawo do niezakłóconego korzystania z terenu bazy oraz do eksploatowania go na cele będące przedmiotem zamówienia, nie krócej niż na cały okres trwania umowy na zamówienie podstawowe i opcjonalne, potwierdzonego przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem",

4)dowodów rejestracyjnych dla pojazdów podanych w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych", potwierdzonych przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem",

5)dokumentów potwierdzających spełnianie europejskiego wymogu standardu emisji spalin minimum EURO VI (wyciąg ze świadectwa homologacji lub odpowiadający mu dokument wystawiony przez producenta bądź upoważnionego przedstawiciela producenta, potwierdzający homologację pojazdu czy też silnika pojazdu w zakresie emisji zanieczyszczeń zawartych w spalinach) dla pojazdów podanych w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych", jeżeli w dowodzie rejestracyjnym danego pojazdu nie ma informacji o spełnianiu europejskiego wymogu standardu emisji spalin minimum EURO VI, potwierdzonych przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem", w języku polskim lub wraz z tłumaczeniem na język polski,

6)dokumentów potwierdzających dysponowanie pojazdami dla pojazdów podanych w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych", jeżeli dany pojazd nie jest własnością Wykonawcy (dzierżawa, najem, leasing, wypożyczenie), zawierających numery rejestracyjne, VIN lub inne, zgodne z podanymi w wykazie, umożliwiające identyfikację pojazdu, potwierdzonych przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „za zgodność z oryginałem",

7)dokumentu potwierdzającego wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący Alba wskazał, że zgodnie z § 5 ust. 2 projektu umowy Zamawiający składa oświadczenie, że potwierdził zgodność ze stanem rzeczywistym oświadczenia złożonego przez wykonawcę w ofercie w zakresie dysponowania:

1)bazą magazynowo – transportową, spełniającą wymogi podane w SWZ, umowie oraz SWU,

2)narzędziami, wyposażeniem zakładu oraz urządzeniami technicznymi w ilości i w rodzaju wskazanym w załączniku nr VI do oferty.

Odwołujący powołał się również na postanowienie zawarte w § 7 ust. 2 projektu umowy przewidującym przeprowadzenie przez Zamawiającego kontroli bazy magazynowo – transportowej w terminie do 20 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia realizacji usługi przez wykonawcę, oraz na postanowienie zawarte w § 7 ust. 3 projektu umowy przewidującym przeprowadzenie przez Zamawiającego kontroli pojazdów, o których mowa w umowie oraz SWU, w terminie do 20 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi przez wykonawcę.

Odwołujący Alba stwierdził, że ww. postanowienia są wewnętrznie sprzeczne, gdyż w umowie Zamawiający złoży oświadczenie o potwierdzeniu zgodności ze stanem rzeczywistym oświadczenia wykonawcy co do dysponowania określonymi zasobami technicznymi, podczas gdy do ich rzeczywistej weryfikacji dojdzie dopiero podczas kontroli, która będzie miała miejsce w terminie do 50 dni od dnia zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego zasadne jest, aby Zamawiający jeszcze przed zawarciem umowy zweryfikował, czy oświadczenia wykonawcy odpowiadają rzeczywistości, nie tylko w oparciu o przedkładane przez wykonawcę dokumenty, ale w toku fizycznej kontroli. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień dotyczących obowiązku kontroli w ten sposób, aby Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić kontrolę spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i dysponowania specjalistycznymi pojazdami niezbędnymi do realizacji usługi wskazanymi w SWU, jeszcze przed wyborem oferty lub zawarciem umowy, co umożliwi złożenie przy podpisywaniu umowy odpowiadającego prawdzie oświadczenia, o którym mowa w § 5 ust. 2 projektu umowy.

Na dzień wniesienia odwołania § 5 ust. 2 projektu umowy miał następujące brzmienie:

§ 5

Warunki zawarcia umowy

1.Wykonawca, w dniu zawarcia niniejszej umowy, przekazał Zamawiającemu, dokumenty i oświadczenia, dotyczące spełniania wymagań określonych w niniejszej umowie i SWU, o których mowa w rozdziale XVI pkt 3 SWZ.

2.Zamawiający potwierdził zgodność ze stanem rzeczywistym oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w ofercie w zakresie dysponowania:

a)bazą magazynowo - transportową, spełniającą wymogi podane w SWZ, umowie oraz SWU,

b)narzędziami, wyposażeniem zakładu oraz urządzeniami technicznymi w ilości i w rodzaju wskazanym w załączniku nr VI do oferty.

W związku z zarzutami podniesionymi w odwołaniach Zamawiający, pismem z dnia 10 kwietnia 2025 r., dokonał modyfikacji § 5 projektu umowy nadając mu następującą treść:

1.Wykonawca, w dniu zawarcia niniejszej umowy, przekazał Zamawiającemu, dokumenty i oświadczenia, dotyczące spełnienia wymagań, o których mowa w rozdziale XVI pkt 3 SWZ.

2.Zamawiający potwierdził zgodność ze stanem rzeczywistym oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w ofercie w zakresie dysponowania:

a)bazą magazynowo - transportową, spełniającą wymogi podane w SWZ,

b)narzędziami, wyposażeniem zakładu oraz urządzeniami technicznymi w ilości i w rodzaju wskazanym w załączniku nr VI do oferty.

Natomiast § 7 ust. 2 i 3 mają następującą treść:

§ 7

Obowiązki Zamawiającego

2.Zamawiający przeprowadzi kontrolę bazy magazynowo – transportowej w terminie do 20 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia realizacji usługi przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest umożliwić Zamawiającemu przeprowadzenie kontroli oraz zapewnić udział osoby upoważnionej ze strony Wykonawcy przez cały czas kontroli. Celem kontroli będzie ocena przez Zamawiającego stanu bazy magazynowo-transportowej pod względem spełniania przez bazę i wyposażenie znajdujące się na terenie bazy wymogów określonych niniejszą umową i SWU.

3.Zamawiający przeprowadzi kontrolę pojazdów, o których mowa w umowie oraz SWU, w terminie do 20 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest umożliwić Zamawiającemu przeprowadzenie kontroli oraz zapewnić udział osoby upoważnionej ze strony Wykonawcy przez cały czas kontroli. Celem kontroli będzie ocena przez Zamawiającego pojazdów pod względem spełniania wymogów określonych niniejszą umową i SWU.

Izba uznała, że dokonana przez Zamawiającego modyfikacja § 5 nie ma istotnego znaczenia w kontekście podniesionych przez Odwołującego Alba zarzutów nr 11. W związku z tym, Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o umorzenie w tym zakresie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Istota zarzutu sprowadza się do tego, że zdaniem Odwołującego Alba kontrola spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i dysponowania specjalistycznymi pojazdami niezbędnymi do realizacji usługi wskazanymi w SWU powinna mieć miejsce jeszcze przed wyborem oferty lub zawarciem umowy – a zatem w ramach badania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub formalności, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że podmiotowe środki dowodowe, których zamawiający może żądać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zostały uregulowane przez ustawodawcę w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zostały wskazane w § 9 ww. rozporządzenia. W tym przepisie zostały – z jednym wyjątkiem – wymienione wyłącznie dokumenty. Wynika to z przyjętej przez ustawodawcę koncepcji, że badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu opiera się o weryfikację dokumentów. Także w § 10 ww. rozporządzenia mowa jest o dokumentach. Zgodnie z tym przepisem w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zamawiający może, zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 6-9, żądać

oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Analiza ww. przepisów prowadzi do wniosku, że badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie tylko opiera się na dokumentach, ale także, wiele z tych dokumentów to oświadczenia wykonawcy. Takim oświadczeniem jest na przykład wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, wskazany w § 9 ust. 1 pkt 10 ww. rozporządzenia. Jedyny wyjątek od tej zasady został przewidziany w § 9 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowania zamawiający może żądać od wykonawcy próbek. Jak wynika z tej regulacji żądanie próbek (które należy odróżnić od próbek stanowiących przedmiotowe środki dowodowe) możliwe jest jedynie „w przypadku dostarczania produktów". Chodzi zatem o badanie zdolności technicznej wykonawcy zajmującego się dostarczaniem produktów, stanowiących przedmiot zamówienia. Natomiast przeprowadzenie przez zamawiającego wizji lokalnej wyposażenia zakładu wykonawcy nie zostało w ww. przepisach wskazane. Wizja lokalna została przewidziana w ustawie Pzp w art. 131 ust. 2, art. 134 ust. 2 pkt 9, art. 226 ust. 1 pkt 18 oraz art. 281 ust. 2 pkt 12. Przepisy te dotyczą możliwości albo obowiązku odbycia przez wykonawcę wizji lokalnej przed złożeniem oferty. Brak jest natomiast katalogu obowiązków wykonawcy, które mogą zostać wskazane w SWZ jako „formalności, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego". W tym zakresie zamawiający posiadają większą swobodę, jednakże te „formalności" nie powinny dotyczyć oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy, gdyż stanowiłoby to obejście przepisów o badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, co powinno mieć miejsce przez wyborem oferty najkorzystniejszej. Należy dodać, że Izba nie dokonywała pod tym kątem oceny postanowienia zawartego w rozdziale XVI ust. 3 SWZ, gdyż istota podniesionego przez Odwołującego Alba zarzutu jest inna – Odwołujący upatruje naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w braku postanowień przewidujących przeprowadzenie kontroli spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu jeszcze przed wyborem oferty lub zawarciem umowy.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację ww. zarzuty zostały przez Izbę uznane z niezasadne.

Zarzuty nr 6 w odwołaniach w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Podobne zarzuty zostały podniesione w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale VI pkt 5.2 SWZ dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale IV pkt 1.2.3.1 oraz 1.2.3.2 SWZ, będzie „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, potwierdzający spełnianie warunków udziału określonych w pkt 1.2.3.1 i 1.2.3.2. rozdz. IV, według załącznika nr VI wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Odwołujący powołał się na treść § 2 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i stwierdził, że wobec tak wielu koniecznych do spełnienia przesłanek jedynie weryfikacja złożonego przez wykonawcę oświadczenia w zakresie dysponowania bazą magazynowo – transportową przez odbycie wizji lokalnej w miejscu dla niej przeznaczonym i potwierdzenie spełnienia wymogów określonych w Rozporządzeniu, zagwarantuje, że odpady będą trafiały w miejsce do tego przeznaczone, zgodnie z przepisami prawa. Zdaniem Odwołującego, to samo należy stwierdzić w odniesieniu do warunku dysponowania pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi ww. Rozporządzenia Ministra Środowiska. Odwołujący wniósł o dodanie w SWZ wymogu złożenia przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie Zamawiającego, przedmiotowych środków dowodowych w postaci kserokopii dowodów rejestracyjnych pojazdów i urządzeń określonych w rozdziale VI pkt 1.2.3.2 SWZ oraz doprecyzowanie w Części IV pkt 1.2.3.1 SWZ, że spełnienie warunku przez wykonawcę zostanie ostatecznie zweryfikowane przez Zamawiającego po odbyciu wizji lokalnej na terenie bazy magazynowo – transportowej.

Po pierwsze, należy odwołać się do stanowiska Izby przedstawionego powyżej w odniesieniu do podobnych zarzutów w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25, które pozostaje aktualne także w zakresie zarzutów nr 6 podniesionych przez Odwołującego Chemeko. Po drugie, należy zauważyć, że Odwołujący Chemeko wnosi o wprowadzenie do SWZ rozwiązania, zgodnie z którym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany byłby złożyć przedmiotowe środki dowodowe. Natomiast na potwierdzenie spełniania warunków udziału zamawiający może żądać złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zostały przez ustawodawcę uregulowane w

Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Pojęcie przedmiotowych środków dowodowych zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem przedmiotowych środków dowodowych należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Zamawiający nie są zobligowani do żądania od wykonawców przedmiotowych środków dowodowych. Natomiast w przypadku przewidzenia przez zamawiającego wymogu złożenie przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 ustawy Pzp).

Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że kserokopie dowodów rejestracyjnych pojazdów i urządzeń nie zostały wymienione jako podmiotowe środki dowodowe potwierdzające warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w ww. rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Izba nie dokonywała oceny postanowienia zawartego w rozdziale XVI ust. 3 SWZ, gdyż nie tego dotyczy istota zarzutów postawionych przez Odwołującego Chemeko.

W odniesieniu do wniosku Odwołującego o doprecyzowanie w Części IV pkt 1.2.3.1 SWZ, w ten sposób, że spełnienie warunku przez wykonawcę zostanie ostatecznie zweryfikowane przez Zamawiającego po odbyciu wizji lokalnej na terenie bazy magazynowo – transportowej, należy w całości odwołać się do stanowiska przedstawionego w odniesieniu do podobnych zarzutów w sprawach o sygn. akt KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25 (powyżej). Przeprowadzenie przez zamawiającego wizji lokalnej wyposażenia zakładu wykonawcy nie zostało wskazane w przepisach ww. rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Uwzględniając ww. argumentację, w tym przedstawioną w odniesieniu do zarzutów nr 11 w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25, zarzuty nr 6, podniesione przez Odwołującego Chemeko, zostały przez Izbę uznane za niezasadne.

Zarzuty nr 14 w odwołaniach w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Odwołujący Chemeko podniósł również odrębne zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IV pkt 1.2.3.2 ppkt 3) SWZ(dla sektora 1 i 2), dotyczącego dysponowania samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 3,5 Mg i nie większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym o szerokości pojazdu (bez lusterek) do 210 cm i długości całkowitej z zabudową do 643 cm – minimum 1 sztuka. Odwołujący stwierdził, że określenie warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu pojazdem o specyficznych wymiarach, o bardzo małej zabudowie, posiadającym znikomą objętość skrzyni ładunkowej, co finalnie umożliwi odbiór bardzo małej ilości odpadów z miejsca ich gromadzenia i pojazd będzie zmuszony do zjazdu na bazę, w celu rozładunku, nie jest uzasadnione specyfiką zamówienia ani specjalnymi potrzebami Zamawiającego, a może ograniczyć konkurencję w ubieganiu się o zamówienie. Odwołujący Chemeko zauważył, że aktualnie świadczona usługa odbioru odpadów na osiedlach mieszczących się w obszarze sektorów 1 – 2 jest realizowana przez większe pojazdy i nie występują jakiekolwiek problemy z dojazdem do MGO. Odwołujący zwrócił również uwagę na postanowienie § 15 uchwały Rady Miejskiej Wrocławia nr XXV/672/20 z dnia 23 lipca 2020 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, zgodnie z którym „Właściciel nieruchomości zobowiązany jest do ustawienia pojemników lub worków z odpadami przeznaczonymi do odebrania w sposób zapewniający podmiotowi odbierającemu odpady komunalne bezpośredni do nich dojazd za pomocą wyspecjalizowanego pojazdu o dopuszczalnej masie całkowitej co najmniej 26 t oraz łatwy odbiór odpadów.”.

Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając jej jako minimalne poziomy zdolności. Zdaniem Odwołującego ww. warunek udziału w postępowaniu należy uznać za nieproporcjonalny i nadmiarowy, gdyż usługa może być świadczona pojazdem o standardowych wymiarach. Natomiast ze stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego, w tym w złożonych przez niego dowodów (dokumentacja z systemu wizyjnego, sporządzony na podstawie raportów dotyczących Sektora 1 wykaz nieruchomości, w przypadku których wystąpiła sytuacja braku możliwości dojazdu oraz wiadomość email skierowana przez Odwołującego do Zamawiającego w sprawie braku możliwości dojazdu do osłon śmietnikowych)

wynika, że w przeszłości wystąpiły problemy z dojazdem do nieruchomości w celu odebrania odpadów. Należy zauważyć, że zgodnie z postanowieniem zawartym w Rozdziale IV pkt 1.2.3.2 ppkt 3) SWZ Zamawiający wymaga tylko 1 sztuki pojazdu o wskazanych w tym postanowieniu parametrach. Wskazane powyżej postanowienie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia w żaden sposób nie stoi na przeszkodzie postawieniu warunku dotyczącego dysponowania pojazdem o mniejszych rozmiarach – przeznaczonym do wyjątkowych sytuacji, w których pojazd o standardowych wymiarach nie jest w stanie dojechać do MGO (np. z uwagi na zastawienie dojazdu samochodami). Ponadto, Odwołujący nie wykazał, aby pozyskanie takiego pojazdu na potrzeby realizacji zamówienia wiązało się z jakimiś szczególnymi trudnościami. Mając na uwadze wszystkie te okoliczności, nie można zgodzić się z Odwołującym Chemeko, że ww. warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny i nadmiarowy.

2.Zarzuty dotyczące kryterium oceny oferty

Zarzuty nr 4 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25

Zarzuty nr 3 w odwołaniach w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KI 1090/25

Odwołujący Alba powołał się na przepisy art. 3b ust. 2a i 2b u.c.p.g. Stwierdził, że osiągnięcie niższych poziomów składowania odpadów niż oczekiwane na obecnym etapie przygotowania krajowej infrastruktury oraz rozwiązań legislacyjnych nie jest możliwe. Zdaniem Odwołującego Alba, w aktualnym stanie prawnym oraz w realiach rynku gospodarowania odpadami, oczekiwania Zamawiającego co do zaoferowania przez wykonawców 20% poziomu ograniczenia składowania 20% jest całkowicie nieproporcjonalne. Odwołujący Alba wskazał na brak rozporządzenia wykonawczego do przepisów nakładających obowiązek ograniczenia poziomu składowania, co przy aktualnym brzmieniu przepisu art. 3b ust. 2b u.c.p.g. powoduje szereg wątpliwości po stronie wykonawców co do możliwości faktycznego ograniczenia poziomów składowania do poziomów oczekiwanych przez Zamawiającego. W jego ocenie, istotnym problemem utrudniającym osiągnięcie poziomów składowania jest klasyfikowanie odpadów stosowanych w procesach odzysku na składowiskach jako odpadów składowanych. Zauważył, że alternatywą dla zagospodarowania odpadów przeznaczonych do składowania jest ich spalanie, co przy ograniczonej liczbie i mocy przerobowych spalarni w Polsce jest znacząco utrudnione. W konsekwencji, postanowienia SWZ w zakresie kryterium oceny ofert oraz kar umownych za przekroczenie poziomów składowania faworyzują wykonawców posiadających własne spalarnie i jako takie nie powinny się ostać, gdyż naruszają zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Zamawiający zaczerpnął wskazany w SWZ wzór na obliczanie poziomów składowania z projektu rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 28 lipca 2022 r., dotyczącego sposobu obliczania poziomu składowania odpadów komunalnych, który został udostępniony w Rządowym Centrum Legislacji w dniu 18 sierpnia 2022 r., a więc dwa i pół roku temu. Nie wiadomo w jaki sposób rzeczywiście będzie się liczyło poziomy składowania. Zdaniem Odwołującego Alba zadeklarowanie w ofercie „premiowanego" kryterium, tj. ograniczenia poziomu składowania odpadów do 20%, w sytuacji gdy udział frakcji odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów kształtuje się na poziomie 55%, będzie jedynie środkiem do uzyskania zamówienia przez wykonawcę, niemożliwym jednak do zrealizowania na etapie świadczenia usługi.

Odwołujący Chemeko stwierdził, że Zamawiający premiuje wykonawców, którzy zadeklarują niższy – niż obowiązujący zgodnie z przepisem art. 3b ust. 2a pkt 1 u.c.p.g. – odsetek odpadów przekazanych do składowania, aż do 20%. Wydaje się to uzasadnione korzyściami dla środowiska, ale pogłębiona analiza pokazuje, że wobec tak wysokiego udziału odpadów zmieszanych (na poziomie 60%) osiągnięcie poziomu składowania do 20% jest niemożliwe. Odwołujący Chemeko zauważył, że żaden wykonawca nie może zrealizować zamówienia w inny sposób niż przez przekazanie zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji komunalnej, która wysortuje odpady nadające się do innego sposobu zagospodarowania, ale w każdym wypadku powstanie stabilizat i będzie on musiał zostać zeskładowany albo termicznie przekształcony. Średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP musi trafić ostatecznie do składowania lub termicznego przekształcenia. Prosta matematyka wskazuje, że skoro we Wrocławiu strumień odpadów zmieszanych wynosi ok. 60%, a ok. 50% odpadów musi trafić po procesach w instalacji MBP do składowania lub termicznego unieszkodliwienia – osiągnięty zostanie ok. 30% poziom składowania wytworzonych odpadów. Zdaniem Odwołującego Chemeko nie jest możliwe przekazywanie tych odpadów do termicznego przekształcenia, ponieważ taki proces prowadzą albo cementownie (do których nie są przyjmowane odpady ze zmieszanych odpadów komunalnych) albo instalacje termicznego przekształcania (ponieważ obecnie funkcjonuje ich zbyt mało oraz przetwarzają tylko odpady pochodzące z gmin, które jej wybudowały). Odwołujący Chemeko stwierdził również, że przekazanie tych problemowych odpadów do instalacji termicznego przekształcania odpadów (spalarni) jest wręcz niemożliwe także z uwagi na wysokie koszty transportu i zagospodarowania odpadów. Wyraził opinię, że składowanie tzw. odpadów resztkowych na spełniającym wymogi prawa składowisku nie jest niebezpieczne dla środowiska, a wręcz pożądane z uwagi na fakt, że

składowane odpady przechodzą wcześniej procesy w instalacji MBP i są ustabilizowane i bezpieczne dla środowiska. Natomiast odpady przekazane do spalarni odpadów nie „znikają", ale powstają zanieczyszczenia i zagrożenia związane z ich ostatecznym zagospodarowaniem. Zdaniem Odwołującego Chemeko zaskarżone kryterium oceny ofert nie daje faktycznych korzyści środowiskowych oraz nie daje się powiązać z przedmiotem zamówienia, a przez to jest niereprezentatywne. Jest niemożliwe do spełnienia na poziomie, który dalej wykonawcy punkty (tj. poziom składowania 20%), a ponadto w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) projektu umowy Zamawiający wprowadził wadliwa karę umowną za niespełnienie tego niemożliwego obowiązku. Odwołujący stwierdził, że kara umowna jest niemożliwa do ustalenia czy oszacowania na etapie składania ofert.

Zgodnie z postanowieniem SWZ (XV.5):

1.Kryterium „nieprzekraczanie poziomów składowania" (S) punktowane będzie w następujący sposób:

1)oferta, w której zadeklarowano nieprzekraczanie poziomów składowania odebranych odpadów wynoszących 20% lub mniej, otrzyma 10 punktów,

2)pozostałe oferty, w przypadku zadeklarowania nieprzekraczania poziomów składowania odebranych odpadów z przedziału powyżej 20% i poniżej 30%, otrzymają punkty wyliczone na podstawie wzoru:

$$P_{S(i)} = (0,3 – S_{(i)}) \times 100$$

gdzie:

i – numer ocenianej oferty,

$P_{S(i)}$ –liczba punktów przyznanych w kryterium „Nieprzekraczanie poziomów składowania" ofercie „i", obliczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,

$S_{(i)}$ –zadeklarowane w ofercie „i" procentowe nieprzekraczalne poziomy składowania odebranych odpadów zapisane w postaci dziesiętnej,

3)w przypadku, gdy Wykonawca nie zadeklaruje nieprzekraczalnych poziomów składowania odebranych odpadów poniżej 30%, otrzyma 0 punktów,

4)deklarowane nieprzekraczalne poziomy składowania odebranych odpadów Wykonawca zobowiązany jest podać w pkt 4 Formularza oferty.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 3b ust. 2a, 2b oraz 4 u.c.p.g.:

2a. Gminy są obowiązane nie przekraczać poziomu składowania w wysokości:

1) 30% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029;

2) 20% wagowo - za każdy rok w latach 2030-2034;

3) 10% wagowo - w 2035 r. i za każdy kolejny rok w latach następnych.

2b. Poziom składowania oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych przekazanych do składowania do masy wytworzonych odpadów komunalnych. Dla potrzeb obliczania poziomu składowania do odpadów przekazanych do składowania zalicza się również odpady poddane odzyskowi na składowisku odpadów.

4. Minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomu składowania oraz warunki zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych poddanych składowaniu, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania osiągnięcia tych poziomów przez każdą gminę oraz przepisami Unii Europejskiej określającymi sposób obliczania poziomu składowania oraz warunki zaliczania masy składowanych odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych.

Odnosząc się do ww. zarzutów należy zauważyć, że kryteria oceny ofert służą weryfikacji złożonych w postępowaniu ofert pod kątem wymagań, które w kontekście celu udzielanego zamówienia zamawiający uznaje za pożądane - a nie za konieczne. Jeżeli określone wymagania zamawiający uznaje za niezbędne, to powinien postawić je jako warunki udziału w postępowaniu. Ustanawianie pozacenowych kryteriów oceny ofert służy dokonaniu wyboru oferty zapewniającej najkorzystniejszy bilans ceny i jakości. Domaganie się wyrównania szans wykonawców w ramach kryterium oceny ofert stoi w sprzeczności z istotą i celem tej instytucji prawa zamówień publicznych.

Zdaniem, zarówno Odwołującego Alba, jak i Odwołującego Chemeko, ograniczenie poziomu składowania do 20% jest

niemożliwe. Należy jednak zauważyć, że w ramach zaskarżonego kryterium oceny ofert zamawiający przyznaje punkty także za poziomy składowania pomiędzy 20% a 30%. Odwołujący Chemeko stwierdził, że: skoro we Wrocławiu strumień odpadów zmieszanych wynosi ok. 60%, a ok. 50% odpadów musi trafić po procesach w instalacji MBP do składowania lub termicznego unieszkodliwienia – osiągnięty zostanie ok. 30% poziom składowania wytworzonych odpadów. Po pierwsze, już samo to stwierdzenie dopuszcza możliwość osiągnięcia poziomu niższego niż 30% (Odwołujący Chemeko wskazał na „ok. 30% poziom składowania" – czyli może to być np. 29% lub 28%. Ponadto, obliczenia przedstawione przez Odwołującego Chemeko wymagają pewnej korekty. Po pierwsze, Odwołujący Chemeko uwzględnił udział odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów na poziomie 60%. Zgodnie Analizą stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2024 r. udział odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów wyniósł ok. 58%. Mając na uwadze występującą w tym zakresie tendencję, można się spodziewać dalszego, powolnego spadku wartości tego udziału w kolejnych latach. Ponadto, Odwołujący Chemeko powołał się na informacje zawarte w raporcie pt. Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia" (Emilia den Boer, Ryszard Spadt, Politechnika Wrocławska, Wrocław 2021). Na str. 60 tego raportu wskazano: „Z przeglądu 20 instalacji MBP w Polsce wynika, że średnia ilość odpadów składowanych po procesie mechaniczno – biologicznego przetwarzania wynosi 45,9 % początkowej masy odpadów. Uwzględniając ww. dane (przyjmując udział odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów na poziomie 58%) uzyskujemy wynik pomiędzy 26% a 27%. Ponadto, istnieje również możliwość przekazania odpadów do termicznego przekształcania. W nawiązaniu do tego, Odwołujący Alba stwierdził, że zaskarżone kryterium faworyzuje wykonawców posiadających własne spalarnie i jako takie nie powinno się ostać, gdyż narusza zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. W odniesieniu do tego stwierdzenia, należy odwołać się do stanowiska zaprezentowanego na wstępie i jeszcze raz podkreślić, że domaganie się wyrównania szans wykonawców w ramach kryterium oceny ofert stoi w sprzeczności z istotą i celem tej instytucji prawa zamówień publicznych. Gdyby zamawiający obowiązani byli do stwarzania wykonawcom równych szans w ramach kryteriów oceny ofert, to ich ustanawianie pozbawione byłoby jakiekolwiek sensu. Przewidziane przez Zamawiającego kryterium nie uniemożliwia wykonawcy złożenia oferty w postępowaniu. Wykonawca, który ma mniejsze możliwości zdobycia punktów w tym kryterium, może konkurować z innymi wykonawcami oferując lepsze dla Zamawiającego warunki w ramach innych kryteriów, a w szczególności kryterium ceny. Oczywiście, jest całkowicie zrozumiałe, że taka sytuacja nie jest dla wykonawcy korzystna, jednakże nie może być traktowana jako naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący Chemeko zarzucił również, że zaskarżone kryterium oceny ofert nie daje faktycznych korzyści środowiskowych oraz nie daje się powiązać z przedmiotem zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby związek tego kryterium z przedmiotem zamówienia jest oczywisty – przedmiotem zamówienia jest odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, natomiast ustanowione kryterium oceny ofert dotyczy ograniczenia poziomu ich składowania. Wymagania w zakresie nieprzekraczania poziomów składowania zostały uregulowane w u.c.p.g. – jednym z aktów prawnych mającym podstawowe znaczenie dla tego przedmiotu zamówienia. Ponadto, skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego Chemeko, że ww. kryterium oceny ofert nie daje faktycznych korzyści środowiskowych. Na podstawie stanowisk stron postępowania oraz złożonych w postępowaniu dowodów należy opowiedzieć się za przeciwnym poglądem. Przykładowo, w ww. raporcie „Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia" (dowodzie złożonym przez Odwołującego Chemeko") wielokrotnie wskazano, że składowanie stoi najniżej w hierarchii sposób postępowania z odpadami:

- na str. 4 ww. raportu stwierdzono: „W gospodarce odpadami obowiązuje hierarchia postępowania z odpadami, której priorytetami są zapobieganie wytwarzaniu odpadów, przygotowanie do ponownego użycia oraz recykling. Inne formy odzysku, w tym odzysk energii, umieszczone zostały dopiero na czwartym poziomie hierarchii. Najniżej w hierarchii stoi składowanie, które jest ostatecznością w postępowaniu z odpadami.";
- na str. 6 ww. raportu stwierdzono: „Procesy termiczne przetwarzania odpadów komunalnych z odzyskiem energii stanowią domknięcie całego cyklu przetwarzania tych odpadów w gospodarce o obiegu zamkniętym i umożliwiają ograniczenie składowania odpadów, stojącego najniżej w hierarchii postępowania z odpadami.";
- na str. 10 ww. raportu stwierdzono: „Jednakże, biorąc pod uwagę hierarchię postępowania z odpadami, składowanie jest najgorszym rozwiązaniem, możliwym do stosowania wówczas, gdy wszystkie możliwości odzysku, w tym recyklingu, zostaną wyczerpane."

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Chemeko, że kara umowna za przekroczenie przez wykonawcę zadeklarowanego w ofercie poziomu ograniczenia składowania odpadów jest niemożliwa do ustalenia czy oszacowania na etapie składania ofert, należy zauważyć, że przeczą temu szacunkowe obliczenia przedstawione w postępowaniu odwoławczym przez Odwołującego Eneris oraz Odwołującego Alba. Trzeba również podkreślić, że

zamawiający nie jest obowiązany niwelować wszystkie ryzyka, jakie może ponosić wykonawca. Złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zawsze wiąże się z występowaniem pewnego ryzyka po stronie wykonawcy. Ryzyko to nie powinno być nadmierne, jednakże nie jest tak, że w ogóle ma ono nie występować.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Izba oddaliła:

–wniosek Odwołującego Alba o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego;

–wniosek Odwołującego Chemeko o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, tj. wniosek sformułowany w piśmie Odwołującego z 11 kwietnia 2025 r.

O oddalenie ww. wniosków wnosił Zamawiający. Dokonując oceny stanowisk stron i złożonego przez nich materiału dowodowego, Izba uznała, że przeprowadzenie tych dowodów nie jest konieczne do rozpoznania zarzutów odwołania. W tej sytuacji uwzględnienie ww. wniosków prowadziłoby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego.

3.Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

Zarzuty nr 4c w sprawach KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25

Zarzuty nr 11 w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Odwołujący Eneris powołał się na postanowienie zawarte w Rozdziale II pkt 10 lit. d) SWUi wskazał, że Zamawiający dysponuje pojemnikami naziemnymi służącymi do gromadzenia odpadów komunalnych. Umowa na dostawę pojemników została podpisana z HEWEA Sp. z o.o. z siedzibą w Bykowie. Z instrukcji obsługi zakupionych przez Zamawiającego pojemników, a w szczególności z Instrukcji mycia pojemników naziemnych stanowiącej Załącznik nr 43 do SWZ, wynika, że urządzenie nazwane w instrukcji „Myjka do pojemników" jest wyprodukowane przez Nord Engineering Srl, którego wyłącznym dystrybutorem na rynek polski pod marką PRESKO jest HEWEA Sp. z o.o. z siedzibą w Bykowie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający mógł nieintencjonalnie wskazać na konkretnego dostawcę urządzenia do mycia pojemników naziemnych, czym wymusza na Wykonawcy zakup lub wynajem myjki do pojemników od dostawcy zakupionych przez Zamawiającego pojemników.

Odwołujący Chemeko podniósł, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp przez objęcie zakresem zamówienia obsługi pojemników typu naziemnego (mycie pojemników), których specyfikacja sprawia, że na rynku właściwym istnieje tylko jeden podmiot zdolny do wykonania tych czynności. Odwołujący wskazał, że w tej sytuacji wykonawca jest zmuszony uzyskać pojazd od podmiotu trzeciego (monopolisty) i zdać się na jego chęć współpracy i warunki, możliwości techniczne, a to wykonawca realizujący zamówienie ponosi odpowiedzialność za wykonanie umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia wiążących wszystkich wykonawców zasad współpracy z ww. podmiotem, co będzie prowadzić do stanu nieporównywalności ofert.

Odwołujący Eneris wniósł o uzupełnienie postanowienia zawartego w Rozdziale II pkt 10 lit. d) SWU o następującą treść:

„Wykonawca zobowiązany jest do naprawienia pojemnika lub odszkodowania jeśli podczas wykonywania odbioru odpadów przez wykonawcę dojdzie z jego winy do uszkodzenia pojemnika, w pozostałych przypadkach w razie stwierdzenia uszkodzenia niezwłocznie zgłosić uszkodzenie Zamawiającemu; Wykonawca zwolniony jest z odpowiedzialności za brak utrzymania należytej czystości pojemnika w sytuacji, gdy mimo dochowania należytej staranności nie mógł pozyskać narzędzia, które zgodnie z instrukcją mycia pojemnika może zostać użyte."

Natomiast Odwołujący Chemeko wniósł o wyłączenie z zakresu zamówienia czynności związanych z obsługą pojemników typu naziemnego.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w Rozdziale II pkt 10 lit. d) SWU, na które powołał się Odwołujący Eneris:

„d) Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania pojemników w należytej czystości oraz w pełnej sprawności technicznej, zgodnie z Rozdziałem II, pkt 8, ppkt 1), 2), 3), 4), 8) oraz zgodnie z załącznikiem nr 41 – Instrukcja korzystania z pojemników, załącznikiem nr 42 – Karta katalogowa pojemników naziemnych i załącznikiem nr 43 – Instrukcja mycia pojemników naziemnych".

Odnosząc się do ww. zarzutów oraz związanych z nimi żądań należy wskazać na dowody złożone przez ww. Odwołujących na potwierdzenie postawionych zarzutów. Odwołujący Eneris złożył następujące dowody:

–ofertę HEWEA na zakup pojazdu z zabudową czyszcząco-dezynfekującą LC 2500 (system Presko) na okoliczność wykazania, że czas oczekiwania na dostawę pojazdu uniemożliwia zaoferowanie wykonania usługi utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojemników od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi,

–ofertę HEWEA na wynajem pojazdu czyszcząco-dezynfekującego LC 2500 wraz z kierowcą wraz z korespondencją

e-mailową na okoliczność wykazania, że HEWEA, która jako jedyna wynajmuje urządzenie do mycia pojemników i udostępnia urządzenie w kolejności zgłoszeń, już na dzień zapytania tj. 21 marca 2025 r. niektóre terminy ma niedostępne.

Natomiast Odwołujący Chemeko przedstawił następujące dowody:

- wydruk ze strony internetowej https://hewea.com/presko-system/,
- wydruk ze strony internetowej https://presko.com.pl/o-systemie/,
- korespondencję z HEWEA Sp. z o.o. w sprawie usługi mycia pojemników na potwierdzenie kosztów tej usługi oraz faktu, że jest to jedyny podmiot zdolny do wykonania tej usługi.

Z przedstawionych przez Odwołujących dowodów nie wynika, aby wykonawcy realizujący usługę odbioru i zagospodarowania odpadów mieli napotkać trudności z realizacją świadczenia w zakresie mycia pojemników naziemnych. Z oferty HEWEA z dnia 21 marca 2025 r. na wynajem pojazdu czyszcząco-dezynfekującego LC 2500 wraz z kierowcą wraz z korespondencją emailową, przedstawionej przez Odwołującego Eneris, wynika, że większość terminów jest dostępna. Jako zajęte wskazano: 12 – 18, przy czym nie wiadomo czy chodzi o 12 – 18 kwietnia, czy 12 – 18 maja (choć na podstawie treści oferty przedstawionej przez Odwołującego Chemeko należy wnosić, że chodzi o 12 – 18 maja). Należy zauważyć, że wykonawcy zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów mają możliwość zarówno najęcia jak i zakupu pojazdu do mycia pojemników naziemnych PRESKO. Możliwe jest również rozwiązanie mieszane polegające na najmie takiego pojazdu wyłącznie w początkowym okresie realizacji zamówienia, a następnie zakup takiego pojazdu. Podsumowując: Odwołujący nie wykazali, aby realizacja tego świadczenia miała napotkać trudności w trakcie wykonywania przedmiotu umowy, w szczególności w odniesieniu do wymaganej przez Zamawiającego częstotliwość mycia pojemników naziemnych.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego Eneris dotyczącego obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością za właściwy stan techniczny i sanitarny udostępnionych pojemników naziemnych, nawet w okolicznościach, gdy uszkodzenia lub zabrudzenia są zupełnie niezależne od wykonawcy, oraz sformułowanego w tym zakresie wniosku o uzupełnienie postanowienia zawartego w Rozdziale II pkt 10 lit. d) SWU o następującą treść:

„Wykonawca zobowiązany jest do naprawienia pojemnika lub odszkodowania jeśli podczas wykonywania odbioru odpadów przez wykonawcę dojdzie z jego winy do uszkodzenia pojemnika, w pozostałych przypadkach w razie stwierdzenia uszkodzenia niezwłocznie zgłosić uszkodzenie Zamawiającemu”

- należy wskazać, że w odniesieniu do powyższego Odwołujący Eneris nie przedstawił w odwołaniu żadnego uzasadnienia, co uniemożliwia Izbie rozpatrzenie, a w konsekwencji również ewentualne uwzględnienie zarzutu w tym zakresie.

<u>Zarzuty nr 4f i 4g w odwołaniach w sprawach KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25</u>

Odwołujący Eneris powołał się na postanowienie zawarte w rozdziale XIV pkt 1 ppkt 5) lit. a) SWU dotyczące wyposażenia dwóch pojazdów bezpylnych w statyczne, legalizowane systemy wagowe pod zabudowę o rozdzielczości pomiarowej 10 kg. Odwołujący stwierdził, że zarówno rozdzielczość pomiarowa 10 kg, a zwłaszcza minimum pomiarowe od 200 kg powodują, że waga wskazanego typu i o parametrach określonych przez Zamawiającego nie ma zastosowania w przypadku pomiarów masy z pojemników od 60 do 1100 L. Odwołujący zauważył, że waga zainstalowana pod zabudową nie pozwoli wykonawcy na wyznaczanie masy odpadów dla każdego pojemnika odrębnie, w sytuacji dokonywania odbioru wielu pojemników jednocześnie. Ponadto, Odwołujący wskazał, że waga statyczna pod zabudowę (nieautomatyczna): 1) dla wyznaczenia masy odpadu podczas każdego załadunku wymaga wyzerowania wskazań na komputerze przed każdym uruchomieniem wrzutnika (co stanowi czynność manualną załogi w kabinie, narażoną na błędy obsługi i powoduje spadek koncentracji podczas realizacji usługi); 2) wymaga czasu na stabilizację pojazdu dla wyznaczenia jednoznacznego, końcowego wyniku pomiaru (co skutkuje wydłużonym czasem realizacji usług i może mieć negatywny wpływ na płynność w ruchu drogowym w rejonie odbioru odpadów z MGO).

Odwołujący Eneris wniósł o wykreślenie sposobu raportowania przez wykonawcę ważeń i przeciążań pojemników: „Wzór raportu wagi odebranych odpadów” oraz „Raportu przeciążeń pojemników” – Rozdział XIV SWU pkt 4 ppkt 18 oraz 19 oraz wykreślenie pkt 12 w Rozdziale XIV SWU.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale XIV pkt 1 ppkt 5) lit. a) SWU, na który powołał się Odwołujący Eneris w ramach uzasadnienia tego zarzutu:

„1. Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia pojazdów służących do prawidłowej obsługi Sektora, w terminie

najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi, w zakresie odbioru/zbierania odpadów oraz mycia pojemników zgodnie z poniższymi warunkami:

5) co najmniej dwa pojazdy bezpylne odbierające odpady z pojemników 60l-1100l lub worków muszą być dodatkowo wyposażone w wagę statyczną posiadającą legalizację Głównego Urzędu Miar w Polsce (GUM) lub innej jednostki notyfikowanej oraz posiadać możliwość przedłużenia jej na lata następne. Wymagania dotyczące wag statycznych:

a) dokładność pomiaru - 10kg na całej zabudowie. System powinien rejestrować każdą zmianę wagi zabudowy podczas realizacji usługi".

Natomiast postanowienia, o usunięcie których wnosi Odwołujący, mają następującą treść:

rozdział XIV pkt 4 ppkt 18 oraz 19 SWU:

4. W ramach dostępu do portalu internetowego, o którym mowa w pkt 2, Wykonawca zagwarantuje Zamawiającemu dostęp do następujących funkcjonalności: (…)

18) generowanie raportu (raport za dzień, tydzień, miesiąc lub wskazany okres) w formie tabelarycznej (z możliwością eksportu do MS Excel) i graficznej na mapie zawierającego dane dotyczące wagi odebranych odpadów i przypisanie tej wagi do Miejsca Gromadzenia Odpadów (MGO), zgodnie z załącznikiem nr 39 – Wzór raportu wagi odebranych odpadów,

19) generowanie raportu (raport za dzień, tydzień, miesiąc lub wskazany okres) w formie tabelarycznej (z możliwością eksportu do MS Excel) i graficznej na mapie przeciążeń pojemników, czyli takich których waga jest większa niż zdefiniowana w systemie."

rozdział XIV pkt 12 SWU:

„12. Wykonawca w terminie najpóźniej 7 dni roboczych przed rozpoczęciem realizacji usługi odbioru odpadów przeprowadzi wraz z Zamawiającym ważenie zapełnionych w 90% poszczególnych typów pojemników w podziale na frakcje potwierdzone protokołem. Wykonawca w terminie 3 dni roboczych ale nie później niż w dniu rozpoczęcia realizacji usługi wprowadzi do systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników dane ważeń pojemników."

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do podniesionej przez Odwołującego kwestii minimum pomiarowego od 200 kg. W tym zakresie Odwołujący Eneris stwierdził w odwołaniu, że legalizowana waga statyczna (nieautomatyczna), umieszczona pod zabudową pojazdu bezpylnego, dla wskazanej działki legalizacyjnej e=10 kg posiada dla wartości minimalnej zakresu pomiarowego wymóg, by wynik na wskaźniku komputera wagowego był nie mniejszy niż 20 x działka legalizacyjna (20 x e), co daje wartość 200 kg. Zdaniem Odwołującego Eneris oznacza to, że wskazania mniejsze niż 200 kg mogą charakteryzować się odczytami z błędem większym niż wskazany przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że minimum pomiarowe od 200 kg powoduje, że wymagana przez Zamawiającego waga nie ma zastosowania w przypadku pomiarów masy pojemników od 60 do 1100 L, gdyż statystyczna masa odpadów dla wszystkich frakcji, a szczególnie frakcji lekkich, głównie w pojemnikach dwukołowych jest niższa od samej rozdzielczości 10 kg, a skrajnie niższa od wymaganego legalizacją minimum 200 kg. Należy zauważyć, że stanowiska Odwołującego i Zamawiającego były w tym zakresie całkowicie różne. Odwołujący twierdził, że waga posiada funkcję tarowania, a Zamawiający że nie – przy ważeniu uwzględniana jest również waga skrzyni znajdującej się na pojeździe, która waży więcej niż 200 kg. Żadna z tych okoliczności nie została udowodniona – ani przez Odwołującego, ani przez Zamawiającego. Jednakże to Odwołującego – jako stawiającego zarzut – w pierwszej kolejności obciążał ciężar dowodu.

Kolejna kwestia, do której należy się odnieść, to wymagana przez Zamawiającego rozdzielczość pomiarowa 10 kg. Odwołujący stwierdził, że również rozdzielczość pomiarowa 10 kg powoduje, że wymagana przez Zamawiającego waga nie ma zastosowania w przypadku pomiarów masy pojemników od 60 do 1100 L, gdyż statystyczna masa odpadów dla wszystkich frakcji, a szczególnie frakcji lekkich, głównie w pojemnikach dwukołowych jest niższa od samej rozdzielczości 10 kg. Odwołujący wyjaśnił, że waga wskazuje pomiary z dokładnością do 10 kg, czyli odpowiednio 10 kg, 20 kg itd. Taka podziałka jest zupełnie niedostosowana do ważenia pojemników lekkich np. z odpadami z papieru. Pojemniki takie mogą ważyć mniej niż 10 kg, co oznacza, że waga może wskazać 0 kg, w przypadku pojemnika o wadze 15 kg. Zdaniem Odwołującego pomiary będą formalnie prawidłowe, jednak niezdatne do raportowania według wskazanego wzoru.

Natomiast Zamawiający wyjaśnił, że przewidziane rozwiązanie w zakresie ważenia, do którego odnosi się zarzut Odwołującego Eneris, nie stanowi podstawy do rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, a okoliczność ta została potwierdzona przez Odwołującego Eneris (protokół elektroniczny z rozprawy z 27 maja 2025 r., czas: ok. 1:00:00). Zamawiający wyjaśnił, że dokonywaniu rozliczeń mają służyć wagi na bazie, natomiast ważenie za pomocą

ww. wag na pojazdach ma spełniać inne cele: 1) w zakresie kontroli mieszkańców; 2) w zakresie kontroli wykonawców. Jak wyjaśnił Zamawiający, w zakresie tego drugiego celu chodzi o zapobieganie nielegalnych odbiorom. Należy zatem zauważyć, że w tym kontekście istotne znaczenie mogą mieć jedynie nadmiarowe masy odpadów względem wyników ważenia przeprowadzonego w inny sposób. Natomiast Odwołujący obawia się, że na skutek przewidzianej przez Zamawiającego rozdzielczości pomiarowej wyniki ważenia za pomocą wagi na pojeździe będą pokazywały niższe wartości niż wyniki ważenia do rozliczeń. Należy jednak zauważyć, że skoro Zamawiający przewidział system wagowy o takiej rozdzielczości, to musi sobie zdawać sprawę, że w przypadku jego zastosowania pewne różnice w zakresie ważeń mogą mieć miejsce. Jak wynika ze stanowiska przedstawionego na rozprawie 27 maja 2025 r. Zamawiający zdaje sobie sprawę z tej okoliczności. Jak podsumował Zamawiający, strony spierają się o tony, a nie o kilogramy.

W odniesieniu do pozostałych kwestii podniesionych przez Odwołującego Eneris w ramach uzasadnienia tego zarzutu (tj. braku możliwości wyznaczenia masy odpadów dla każdego pojemnika odrębnie w sytuacji odbioru wielu pojemników jednocześnie, konieczność wyzerowania wskazań na komputerze przed każdym uruchomieniem wyrzutnika oraz dodatkowy czas na stabilizację pojazdu dla wyznaczenia jednoznacznego, końcowego wyniku pomiaru) należy zauważyć, że są to okoliczności, które mogą co najwyżej stanowić pewne utrudnienie w realizacji zamówienia przez wykonawcę. Nie stanowią one jednak o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy, a przynajmniej nie zostało to przez wykonawcę wykazane.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący wniósł o wykreślenie w całości postanowień dotyczących procedury raportowania o ważeniu (co nie jest uzasadnione), nie wskazując żadnych alternatywnych żądań w tym zakresie.

Zarzuty nr 3 w odwołaniach w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25

Odwołujący Alba powołał się na przepis art. 3 ust. 2 pkt 5 u.c.p.g., zgodnie z którym obowiązkiem gminy jest zapewnienie czystości i porządku na swoim terenie i tworzenie warunków niezbędnych do ich utrzymania, a w szczególności zapewnienie selektywnego zbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady. Odwołujący Alba wskazał, że obowiązkiem wykonawcy w ramach realizacji zamówienia jest odbiór odpadów z terenu wskazanych w OPZ nieruchomości niezamieszkałych zgodnie z częstotliwością określoną w załączniku nr 21 do SWU – Wykaz MGO i pojemników Dane zawarte w wykazie pokazują, że dla szeregu nieruchomości niezamieszkałych nie jest zachowany warunek selektywnego zbierania odpadów przez właścicieli tych nieruchomości – udział odpadów zmieszanych przekracza dopuszczalny poziom 45% w ogólnym strumieniu wszystkich odbieranych z nieruchomości odpadów komunalnych. Odwołujący Alba powołał się na § 5 pkt 3) Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, zgodnie z którym uznaje się, że odpady komunalne, o których mowa w § 2, nie są zbierane selektywnie, jeżeli obliczony przy uwzględnieniu pojemności worków i pojemników z odbieranymi odpadami komunalnymi udział niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości w łącznej objętości wszystkich odpadów odebranych z nieruchomości przekracza 45%. Zdaniem Odwołującego, skoro na podstawie dokumentów zamówienia można ustalić, że dla nieruchomości niezamieszkałych na terenie gminy nie jest realizowany obowiązek selektywnego zbierania odpadów, to obowiązkiem Zamawiającego jest dostosowanie OPZ i stanu rzeczywistego do stanu zgodnego z prawem. W ocenie Odwołującego ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że dla wielu (powyżej 20%) nieruchomości niezamieszkałych nie jest zapewniona selektywna zbiórka odpadów, stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego obowiązku, o którym mowa w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący Alba wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści załącznika nr 21 do SWU przez wskazanie danych o liczbie i pojemnościach pojemników w MGO, które będą pozwalały na uznanie, że zbiórka odpadów na terenie nieruchomości niezamieszkałych jest prowadzona w sposób selektywny.

Odnosząc się do tych zarzutów należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast zgodnie z przepisem art. 99 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

W przepisie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp wskazano między innymi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób wyczerpujący, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oznacza to, że

zamawiający obowiązany jest podać wykonawcy wszystkie niezbędne informacje, które są istotne dla realizacji przedmiotu zamówienia, jak i dla sporządzenia oferty. Oczywiste jest, że chodzi o informacje zgodne z rzeczywistością, bo tylko takie mogą mieć znaczenie dla sporządzenia oferty i wykonania zamówienia. Takie właśnie informacje zostały podane przez Zamawiającego w załączniku nr 21 do SWU – Wykaz MGO i pojemników. Zamawiający nie może podać innych danych, tj. niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, gdyż nie tylko nie byłyby one pomocne do sporządzenia oferty, lecz przedstawiając fałszywy obraz rzeczywistości, prowadziłyby do wprowadzenia wykonawcy w błąd. Okoliczność, że informacje podane w opisie przedmiotu zamówienia pozostają w sprzeczności z § 5 pkt 3) Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, nie ma znaczenia dla oceny wypełnienia przez Zamawiającego obowiązku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzuty nr 9 w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Odwołujący Chemeko wskazał, że w rozdziale XIV SWU Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno – wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników (pkt 1 ppkt 4) lit. f), str. 35) Zamawiający zawarł wymaganie wyposażenia wszystkich pojazdów w system wizyjnego monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu, umożliwiający rejestrację materiału video w rozdzielczości co najmniej FullHD 10kl/s. Odwołujący Chemeko stwierdził, że wymóg rozdzielczości co najmniej FullHD 10kl/s jest nadmierny, gdyż założony przez Zamawiającego cel może zostać osiągnięty co najmniej w takim samym stopniu przez sformułowanie mniej restrykcyjnego wymagania jakościowego – tj. na dotychczasowym poziomie (rozdzielczość 704x480 kodowanie NTSC 25 kl/s). Odwołujący zauważył również, że wprowadzenie kwestionowanego wymogu niesie za sobą istotne ryzyko niezapewnienia rejestracji obrazu oraz jego bezpośredniego przekazywania w czasie rzeczywistym do Zamawiającego. Dane w jakości FullHD 10kl/s cechują się dużo większym rozmiarem niż dane dotychczas generowane przez system monitoringu pojazdów, co przy niejednolitym standardzie pokrycia sieci Internet na terenie Miasta Wrocławia może znacząco utrudniać zapewnienie płynnej transmisji danych, a wręcz transmisję tę uniemożliwić.

Odnosząc się do tego zarzutu należy na wstępie zauważyć, że zamawiający mają prawo stawiać wykonawcom wysokie wymagania w zakresie zamawianego świadczenia, o ile są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Zgodnie bowiem z przepisem art. 99 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego podwyższenie wymagania w zakresie rozdzielczości (co najmniej FullHD 10kl/s) ma na celu zwiększenie możliwości w zakresie kontroli takich elementów usługi jak: uszkodzenia pojemników, przepełnienia, zamykanie klap, blokada kół (pojemniki z blokadą), prawidłowość i stan oznakowania pojemników. Na potwierdzenie tego stanowiska Zamawiający przedstawił dowody w postaci „zrzutów" z kamer potwierdzające poprawę jakości nagrań – w stopniu mającym znaczenie w kontekście celu postawionego przez Zamawiającego wymagania. W związku z tym podwyższenie ww. wymagania w zakresie rozdzielczości nie można uznać za nieuzasadnione. Jednocześnie, Odwołujący Chemeko nie wykazał, aby sprostanie temu wymogowi miało być dla wykonawcy utrudnione. Nie można zatem stwierdzić, że wprowadzone przez Zamawiającego rozwiązanie jest nieproporcjonalne do wartości i celów przedmiotu zamówienia (w przeciwieństwie do rozwiązania postulowanego przez Odwołującego). Odwołujący Chemeko nie udowodnił również postawionej przez siebie tezy, że wprowadzenie kwestionowanego wymogu niesie za sobą istotne ryzyko niezapewnienia rejestracji obrazu oraz jego bezpośredniego przekazywania w czasie rzeczywistym do Zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, że – jak wynika ze stanowiska Zamawiającego - wymaganie w zakresie systemu monitoringu satelitarno – wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników zostało jednocześnie zmniejszone, w stosunku do poprzednich postępowań, w zakresie liczby klatek wideo na sekundę. Jak wskazał Zamawiający, takie rozwiązanie ma na celu zapewnienie proporcjonalności pomiędzy jakością nagrań a ich rozmiarem.

Zarzuty nr 10 w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Odwołujący Chemeko wskazał, że w rozdziale XIV SWU Wymogi w zakresie systemu monitoringu satelitarno – wizyjnego pojazdów i identyfikacji pojemników (pkt 1 ppkt 1) SWU, str. 33 - 34) Zamawiający przewidział wymóg, aby GPS i kamery, zamontowane w pojazdach, którymi wykonywane będzie zamówienie, stanowiły jeden system. Zdaniem Odwołującego, z praktycznego punktu widzenia nie ma znaczenia, czy GPS i kamery stanowią jeden system, czy stanowią komponenty wyprodukowane/nabyte od różnych podmiotów, tak długo, jak zapewniona jest właściwa ich integracja i kompatybilność. W ocenie Odwołującego osiągnięcie celu zamierzonego przez Zamawiającego przy stawianiu tego wymagania możliwe jest przez zastosowanie mniej restrykcyjnego środka, tj. sformułowanie wymagania pełnej kompatybilności GPS i kamer zamontowanych w pojazdach. Odwołujący Chemeko zauważył, że kwestionowane

przez niego wymaganie ogranicza konkurencję w postępowaniu. Stwierdził, że stawiając to wymaganie Zamawiający ogranicza krąg dostawców GPS i kamer zaledwie do dwóch podmiotów. Odwołujący Chemeko wniósł o usunięcie wymagania, aby GPS i kamery, zamontowane w pojazdach, którymi wykonywane będzie zamówienie, stanowiły jeden system.

Jak wskazano powyżej, zamawiający mają prawo stawiać wykonawcom wysokie wymagania w zakresie zamawianego świadczenia, o ile są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Zgodnie bowiem z przepisem art. 99 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie wynika, że wprowadzone rozwiązanie ma na celu przyspieszenie kontroli odbierania odpadów oraz zwiększenie możliwości kontroli wykonawcy w zakresie realizacji przez niego tego świadczenia (przez uniemożliwienie wyłączenia jednego z tych elementów, w sytuacji ich rozdzielnego działania). Odwołujący Chemeko nie udowodnił, aby spełnienie zaskarżonego wymagania wiązało się z jakimiś trudnościami. Odwołujący nie udowodnił również przedstawionego twierdzenia, że kwestionowane wymaganie ogranicza krąg dostawców GPS i kamer zaledwie do dwóch podmiotów. Nie można zatem stwierdzić, aby wprowadzone przez Zamawiającego rozwiązanie było nieproporcjonalne do wartości i celów przedmiotu zamówienia (w przeciwieństwie do rozwiązania postulowanego przez Odwołującego).

W odwołaniu Odwołujący Chemeko wskazał, że za wystarczające należy uznać postawienie wymogu pełnej kompatybilności GPS i kamer zamontowanych w pojazdach. Należy jednak zauważyć, że Odwołujący nie sprecyzował na czym ta kompatybilność miałaby polegać, tak aby Izba mogła w ogóle rozważyć wprowadzenie takiego rozwiązania. Ponadto, takie rozwiązanie nie zostało określone w ramach sformułowanego przez Odwołującego żądania - Odwołujący Chemeko wniósł o usunięcie wymagania, aby GPS i kamery, zamontowane w pojazdach, którymi wykonywane będzie zamówienie, stanowiły jeden system.

4.Zarzuty dotyczące postanowień umowych (kar umowych)

Zarzuty nr 3i w odwołaniach w sprawach KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25

Odwołujący FBSerwis postawił zarzuty dotyczące ustanowienia przez Zamawiającego rażąco wygórowanej kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 1 pkt 11 lit. k) projektu umowy, tj. przewidzianej w wysokości 500 zł za każdorazowe stwierdzone przez Zamawiającego niewykonania przez wykonawcę obowiązku kontroli zawartości pojemników i worków przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Odwołujący FBSerwis wniósł o wykreślenie § 15 ust. 1 pkt 11 lit. k) projektu umowy.

Należy zauważyć, że Odwołujący FBSerwis nie przedstawił żadnego uzasadnienia na potwierdzenie zasadności tych zarzutów. W związku z tym, zarzuty te nie mogły zostać przez Izbę uwzględnione.

Zarzuty nr 3j w odwołaniach w sprawach KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25

Odwołujący FBSerwis postawił zarzuty dotyczące ustanowienia przez Zamawiającego rażąco wygórowanej kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. h) projektu umowy, tj. w wysokości 10 000 zł za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego magazynowania na terenie bazy magazynowo – transportowej selektywnie odebranych odpadów dłużej niż 3 miesiące, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez Wykonawcę decyzji jest krótszy, to Wykonawca zobowiązany jest dostosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji, za każdy dzień, za każdą frakcję. Odwołujący wniósł o zmniejszenie wysokości ww. kary do 1000 zł za każdy dzień oraz usunięcie zwrotu „za każdą frakcję”.

Uzasadniając ww. zarzuty Odwołujący FBSerwis wskazał, że każdy wykonawca w wydanej decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów może mieć inny okres magazynowania na terenie bazy magazynowo – transportowej selektywnie zbieranych odpadów. W związku z tym przekroczenie terminu określonego w karze umownej z jednej strony nie musi wcale naruszać zezwolenia na zbieranie odpadów i w związku z tym może być zgodne z prawem, a z drugiej strony nie powoduje jakiejkolwiek szkody po stronie Zamawiającego. Odpowiadając na te zarzuty Zamawiający przedstawił argumenty odnoszące się do kwestii środowiskowych oraz finansowych. W ramach tych pierwszych, Zamawiający

podkreślił okoliczność o charakterze lokalnym, tj. problem ogromnej populacji szczurów. W zakresie tych drugich, Zamawiający wskazał, że przy braku rozliczenia magazynowanych odpadów Zamawiający nie ma możliwości zwolnienia z umów wskazanych w Wieloletnim Planie Finansowym środków finansowych, co skutkuje niemożnością dalszego planowania.

Odnosząc się do ww. zarzutów należy zauważyć, że pojęcie „szkody", w kontekście instytucji kary umownej, w nauce prawa rozumie się szeroko. Za szkodę uważa się wszelkie negatywne reperkusje dla interesów majątkowych i niemajątkowych (J. Jastrzębski, Kara umowna, Warszawa 2006, s. 152 i n., s. 250-261, tenże, Kara umowna a ochrona interesów niemajątkowych w reżimie kontraktowym, KPP 2006 nr 4, s. 954, W. Borysiak [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu) Kodeks cywilny. Komentarz, edycja 30, Legalis 2022, komentarz do art. 483 k.c., pkt 20 i 21). Utożsamianie jej jedynie z uszczerbkiem majątkowym należy uznać za nieprawidłowe.

Mając na uwadze powyższe, nie można podzielić poglądu Odwołującego FBSerwis, że przekroczenie 3 – miesięcznego terminu magazynowania odpadów nie będzie powodować żadnej szkody po stronie Zamawiającego. Z przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji wynika, że taka sytuacja może wywołać negatywne reperkusje dla interesów Zamawiającego – zarówno w aspekcie finansowym, jak i środowiskowym. Jeżeli chodzi o aspekt środowiskowy, to wprawdzie w tym przypadku chodzi o odpady segregowane, a nie zmieszane, to należy jednak mieć na uwadze również zanieczyszczenia towarzyszące odpadom segregowanym.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że ww. zarzuty podlegają oddaleniu.

Zarzuty nr 3l w odwołaniach w sprawach KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25

Odwołujący FBSerwis zarzucił Zamawiającemu naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp oraz k.c. przez ustanowienie rażąco wygórowanej kary, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) projektu umowy.

Kara, o której mowa w ww. postanowieniu projektu umowy, to kara za przekroczenie przez wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX, pkt 1, ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.) i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7, ppkt 3).

Zgodnie z rozdziałem XIX pkt 1 ppkt 3 SWU wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane na terenie Sektora odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych oraz usługi SZOP i SZOT, w sposób zapewniający spełnienie, w odniesieniu do masy odpadów, do których zagospodarowania obowiązany jest wykonawca, wymagań co do rocznych poziomów w zakresie:

nieprzekraczania poziomu składowania odpadów, o którym mowa w art. 3b ust. 2a-2b u.c.p.g., obliczanego na podstawie przepisów powołanej ustawy oraz odpowiednich aktów wykonawczych do niej.

Zgodnie z art. 3b ust. 2a u.c.p.g. gminy są obowiązane nie przekraczać poziomu składowania w wysokości:

1) 30% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029;

2) 20% wagowo - za każdy rok w latach 2030-2034;

3) 10% wagowo - w 2035 r. i za każdy kolejny rok w latach następnych.

Zgodnie z art. 3b ust. 2b u.c.p.g. poziom składowania oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych przekazanych do składowania do masy wytworzonych odpadów komunalnych. Dla potrzeb obliczania poziomu składowania do odpadów przekazanych do składowania zalicza się również odpady poddane odzyskowi na składowisku odpadów.

Odnosząc się do zarzutów 3l postawionych przez Odwołującego FBSerwis, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odwołaniu zostało przedstawione wspólne uzasadnienie do tych zarzutów oraz zarzutów nr 3 k (dotyczących kary, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy). W ocenie składu orzekającego Izby przedstawione uzasadnienie odnosi się jednak głównie do kary, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) projektu umowy. W ocenie składu orzekającego Izby, w zakresie kary, o której mowa w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) projektu umowy, nie przedstawiono żadnych konkretnych argumentów (poza jednym, o czym będzie mowa poniżej), które pozwalałaby na uwzględnienie ww. zarzutów nr 3l. Po drugie, ze stanowisk przedstawionych przez innych Odwołujących w ramach wniesionych przez nich odwołań (Odwołującego Alba do zarzutów nr 4 oraz Odwołującego Chemeko do zarzutów nr 3, a w szczególności

stanowiska drugiego z wymienionych Odwołujących) wynika, że osiągniecie poziomu składowania, o którym mowa w art. 3b ust. 2a pkt 1 u.c.p.g. (30% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029) jest możliwe. Izba odsyła w tym miejscu do uzasadnienia przedstawionego w zakresie tych zarzutów. Ww. Odwołujący wskazywali w szczególności na brak możliwości osiągnięcia 20% poziomu składowania, za które można uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert „nieprzekraczanie poziomów składowania".

Ponadto, w ramach przedstawionego uzasadnienia ww. zarzutów Odwołujący FBSerwis wskazał, że postanowienia ustanawiające kary umowne w zakresie nieosiągnięcia m.in. wymaganych poziomów składowania odpadów komunalnych pomijają fakt, że w przypadku nieosiągnięcia tych poziomów, w świetle obowiązujących przepisów, Zamawiający nie zostanie obciążony karą w całości, a jedynie w 50%. Zgodnie z art. 12b ust. 2 u.c.p.g. kary pieniężne, o których mowa w art. 9x ust. 2 pkt 3, art. 9y ust. 2 pkt 3 oraz art. 9z ust. 2a pkt 3, oblicza się za 2025 r. jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania wyrażonej w Mg. W trakcie posiedzenia przed Izbą w dniu 14 kwietnia 2025 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym poinformował on, że zmieni treść SWZ w ten sposób, że postanowienie, o którym mowa w§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) projektu umowy, otrzyma następujące brzmienie:

„p) za przekroczenie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX pkt 1 ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.) i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 3) a za 2025 r. w wysokości obliczonej jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania odpadów, wyrażonej w Mg, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 7 ppkt 3),"

Wprawdzie ww. pismo dotyczyło odwołań Odwołującego Eneris, jednakże pismo Zamawiającego zostało skierowane również do wykonawcy FBSerwis Zielony Wrocław Sp. z o.o. w Bielanach Wrocławskich jako uczestnika postępowania po stronie odwołującego. Odwołujący FBSerwis nie dokonał częściowej modyfikacji żądania postawionego w zakresie zarzutów nr 3l - tak jak to miało miejsce w przypadku Odwołującego Eneris w odniesieniu do zarzutów nr 5 („w zakresie kar za nieosiągnięcie poziomów"), co uniemożliwiło Zamawiającemu formalne uwzględnienie zarzutów. Wobec uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniach w sprawach KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIC 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25 (nr 5 „w zakresie kar za nieosiągnięcie poziomów") postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu. Wobec uwzględnienia ww. zarzutów Odwołującego Eneris, Zamawiający zobowiązany jest do wprowadzenia zmiany § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) projektu umowy (a w przypadku zaniechania dokonania tej czynności Odwołującemu oraz wykonawcy FBserwis przysługują środki ochrony prawnej). Okoliczność tę Izba musiała wziąć pod uwagę wydając wyrok we wszystkich sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, w tym także w sprawach KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25. Mając na uwadz powyższe, w tym zaniechanie procesowe ze strony Odwołującego FBSerwis, Izba uznała, że ww. zarzuty 3l podlegają oddaleniu w całości.

O oddaleniu ww. zarzutów w sprawach:

- KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25;
- KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, KIO 1082/25;
- KIO 1081/25, KIO 1083;
- KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25

Izba orzekła na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 a contrario ustawy Pzp.

W zakresie wszystkich rozpoznanych zarzutów:

Należy dodać, że rozstrzygając zarzuty przedstawione w odwołaniach Izba kierowała się nie tylko treścią zarzutu sformułowanego w petitum odwołania, lecz także treścią zarzutu wynikającą z przedstawionego uzasadnienia.

Ponadto, w odniesieniu stanowiska Zamawiającego kwestionującego podstawę prawną niektórych zarzutów, należy dodać, ze zgodnie z stanowiskiem wielokrotnie wyrażanym w orzecznictwie i nauce prawa dla oceny zarzutów istotne znaczenia ma przede wszystkim przedstawione przez odwołującego uzasadnienie faktyczne. „Jak trafnie podnosi się

w orzecznictwie sądów powszechnych zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (wyr. SO w Łodzi z 29.6.2018 r., XIII Ga 546/18; wyr. SO w Rzeszowie z 18.4.2012 r., I Ca 117/12, wyr. SO w Gliwicach z 29.6.2009 r., X Ga 110/09). Argumentacja ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, gdzie zaznacza się, iż za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów PrZamPubl. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów (wyr. KIO z 30.5.2017 r., KIO 993/17, wyr. KIO z 2.8.2017 r., KIO 1488/17, wyr. KIO z 10.8.2018 r., KIO 1370/18, wyr. KIO z 26.6.2018 r., KIO 1075/18, wyr KIO z 27.3.2019 r., KIO 420/19).” (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 1, 2022).

IV. Koszty postępowania odwoławczego:

Koszty postępowania odwoławczego w sprawach KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25, KIO 1059/25, KIO 1060/25 KIO 1061/25:

Mając na uwadze zakres zarzutów uwzględnionych oraz oddalonych kosztami postepowania Izba obciąża Odwołującego w części 2/3 oraz Zamawiającego w części 1/3.

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła:

- kwotę 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań,
- kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 814 zł 80 gr (słownie: osiemset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Łączna kwota kosztów wynosi: 134 014 zł 80 gr. Odwołujący Eneris został obciążony kosztami w części 2/3 (89 343 zł 20 gr). Odwołujący Eneris dotychczas poniósł koszty postępowania w kwocie: 111 600 zł 00 gr. W związku z tym Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 22 257 zł 00 gr (111 600 zł 00 gr – 89 343 zł 20 gr = 22 256 zł 80 gr tj. po zaokrągleniu zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania: 22 257 zł 00 gr).

Koszty postępowania odwoławczego w sprawach: KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25 KIO 1082/25

Mając na uwadze zakres zarzutów uwzględnionych oraz oddalonych kosztami postępowania Izba obciążyła Odwołującego w części 2/5 oraz Zamawiającego w części 3/5.

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła:

- kwotę 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań,
- kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- oraz kwotę 814 zł 80 gr (słownie: osiemset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Łączna kwota kosztów wynosi: 134 014 zł 80 gr. Odwołujący FBSerwis został obciążony kosztami w części 2/5 (53 605 zł 92 gr). Odwołujący FBSerwis dotychczas poniósł koszty postępowania w kwocie: 111 600 zł 00 gr. W związku z tym Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 57 995 zł 00 gr (111 600 zł 00 gr - 53 605 zł 92 gr = 57 994 08 gr tj. po zaokrągleniu zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania: 57 995 zł 00 gr).

Koszty postępowania odwoławczego w sprawach KIO 1081/25 oraz KIO 1083/25

Mając na uwadze zakres zarzutów uwzględnionych oraz oddalonych kosztami postępowania Izba obciążyła Odwołującego w części 7/10 oraz Zamawiającego w części 3/10.

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła:

- kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań,
- kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 6 247 zł 08 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście czterdzieści siedem złotych osiem groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę,
- kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 271 zł 60 gr (słownie: dwieście siedemdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Łączna kwota kosztów wynosi: 50 918 zł 68 gr. Odwołujący Alba został obciążony kosztami w części 7/10 (35 643 zł 09 gr). Odwołujący Alba dotychczas poniósł koszty postępowania w kwocie: 43 447 zł 08 gr. W związku z tym Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 804 zł 00 gr (43 447 zł 08 gr – 35 643 zł 09 gr = 7 803 zł 99 gr tj. po zaokrągleniu zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania: 7 804 zł 00 gr).

Koszty postępowania odwoławczego w sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/2 oraz KIO 1090/25:

Mając na uwadze zakres zarzutów uwzględnionych oraz oddalonych kosztami postępowania Izba obciążyła Odwołującego w części 7/9 oraz Zamawiającego w części 2/9.

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań,
- kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 7 892 zł 22 gr (siedem tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia dwa grosze) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę,
- kwotę 21 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 814 zł 80 gr (słownie: osiemset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Łączna kwota kosztów wynosi: 141 907 zł 02 gr. Odwołujący Chemeko został obciążony kosztami w części 7/9 (110 372 zł 15 gr). Odwołujący Chemeko dotychczas poniósł koszty postępowania w kwocie: 119 492 zł 22 gr. W związku z tym Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 121 zł 00 gr (119 492 zł 22 gr - 110 372 zł 15 gr = 9 120 zł 07 gr tj. po zaokrągleniu zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania: 9 121 zł 00 gr).

Dodatkowe uzasadnienie w zakresie kosztów postępowania:

1. We wszystkich sprawach:

a. Zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania: w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę: uwzględnione w części - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się

odpowiednio § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3, 5 i 6.

b. Przepis § 9 ust. 3 ww. rozporządzenia dotyczy sytuacji, w której nastąpiło częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego i w związku z tym postępowanie odwoławcze podlegało w tej części umorzeniu. W ocenie składu orzekającego Izby przepis ten znajduje odpowiednie zastosowanie także w pozostałych przypadkach, gdy następuje umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

c. Zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania: koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych;

d. Na potwierdzenie kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę Zamawiający złożył fakturę VAT, w której wskazana została kwota 2 716 zł tytułem usługi noclegowej oraz kwota 225 zł tytułem usługi parkingowej. Na dokumencie faktury Zamawiający dopisał: „Wniosek o zwrot ¼ kosztów noclegu dwóch pełnomocników Zamawiającego w związku z terminami rozpraw przed KIO, w kwocie 679 zł". 679 zł x 4 = 2 716 zł. Wnioskiem Zamawiającego nie została objęta kwota poniesiona tytułem usługi parkingowej. W związku z tym kwota ta nie została zaliczona do kosztów postępowania. Natomiast kwota 2716 zł została podzielona na 20, co daje kwotę 135,80 zł. Kwota ta została przyporządkowana do każdej ze spraw (6 x 135,80 zł = 814,8 zł; 2 x 135,80 zł = 271,6 zł).

2. W sprawach KIO 1081/25, KIO 1083/25:

Izba nie zaliczyła do kosztów postępowania wskazanej przez Odwołującego Alba kwoty kosztów podróży. W piśmie z dnia 27 maja 2025 r. zatytułowanym „Wniosek o zwrot kosztów" Odwołujący Alba wniósł o zasądzenie na jego rzecz „kosztów podróży pełnomocników na posiedzenie i rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą w wysokości 3 404,00 zł

370 km (Wrocław-Warszawa) x 8 x 1,15 zł/km = 3 404,00 zł".

Należy zauważyć, że po pierwsze Odwołujący Alba nie wskazał, na jakiej podstawie prawnej dokonano ww. obliczeń. Po drugie, Odwołujący Alba nie wskazał, kosztów podróży których pełnomocników dotyczy ww. wniosek – tj. pełnomocników zawodowych czy pozostałych pełnomocników. Natomiast jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w postanowieniu z 27 listopada 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 153/24: „Sąd podziela stanowisko skarżącego co do zasady, iż podstawy prawne określone w §5 ust.2 lit a i b są samodzielne i pełnomocnikowi przysługuje zarówno wynagrodzenie w kwocie 3600 zł jak i zwrot kosztów związanych z dojazdem na rozprawę. Niemniej jednak Izba zasadnie uznała, iż skarżący nie wykazał wysokości poniesionych kosztów. Skarżący powoływał się na wysokość stawki określonej w §2 pkt1) lit b ww rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Odnośnie wykazywania wysokości kosztów przejazdu zawodowego pełnomocnika wypowiedział się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 czerwca 2016r III CZP 26/16 i wskazał, iż kosztami przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym - jeżeli ich poniesienie było niezbędne i celowe w rozumieniu art. 98 § 1 KPC - są koszty rzeczywiście poniesione. Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone w tym orzeczeniu i uznaje, iż ma zastosowanie również w postępowaniu z zakresu zamówień publicznych. W uzasadnieniu w/w uchwały Sąd Najwyższy podniósł, iż nie może się powieść próba wykazania, że ustalenie kosztów przejazdu zawodowego pełnomocnika następuje na podstawie rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej w związku z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U. Nr 27, poz. 271 ze zm.). Niezależnie od tego, że rozporządzenia te wprowadzają pewien automatyzm ustalania kosztów przejazdu, niejednokrotnie oderwany od kosztów poniesionych w rzeczywistości, należy pamiętać, iż dotyczą kosztów podróży osób mających status pracownika, w związku z odbyciem podróży służbowej na podstawie wystawionej przez pracodawcę tzw. delegacji, czyli polecenia wykonania zadań służbowych poza miejscowością, w której znajduje się siedziba pracodawcy lub poza stałym miejscem pracy. Rozporządzenie z dnia z dnia 29 stycznia 2013 r. zostało wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art . 77 KP, a rozporządzenie z dnia 25 marca 2002 r. na podstawie art. 34a ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. Nr 125, poz. 1371 ze zm.), w związku z odesłaniem zawartym w § 4 ust. 4 rozporządzenia z dnia z dnia 29 stycznia 2013 r. Obydwa rozporządzenia pozostają więc na obszarze prawa pracy i dotyczą wyłącznie stron stosunku pracy, a - co oczywiste - niedopuszczalne jest stosowanie bez wyraźnej podstawy prawnej przepisów dotyczących pracowników do osób niemających takiego statusu. Poza tym, w związku z unormowaniem zawartym w art. 85 ust. 1 oraz art. 88, 90 i 91 KSCU), stosowanie tych

przepisów do radców prawnych i adwokatów prowadziłoby do ich uprzywilejowania w stosunku do innych uczestników postępowania, w tym także do stron. Koszty te powinny być wyszczególnione przez pełnomocnika w spisie kosztów (art. 109 § 1 KPC), który podlega kontroli sądu na podstawie art. 233 KPC . Pełnomocnik nie przedstawił rachunku za zakup paliwa, nie wykazał rzeczywistych kosztów podróży. W związku z powyższym skarga na podstawie art.588 ust.1 ustawy PZP podlegała oddaleniu."

Zasądzenie przez Izbę na rzecz strony kosztów postępowania wymaga złożenia przez stronę poprawnego wniosku. Izba nie może zastępować strony w tym zakresie, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania stron postępowania odwoławczego.

W sprawach KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25 oraz KIO 1090/25:

Izba nie zaliczyła do kosztów postępowania kosztów wynikających z faktur VAT wystawionych tytułem usługi noclegowej na kwoty: 2 343,50 złotych oraz 2 012,40 zł, w treści których jako datę wykonania usługi wskazano 17 kwietnia 2025 r. Natomiast tego dnia nie odbyło się posiedzenie ani rozprawa w ww. sprawach. Nie był to również dzień poprzedzający posiedzenie lub rozprawę. W związku z tym, niezależnie od przyczyny wskazania takiej daty na ww. fakturach, koszty wynikające z tych rachunków nie mogły zostać zaliczone do kosztów postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……

…….

…….