Sygn. akt: KIO 2929/25

WYROK

Warszawa, dnia 1 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu14 lipca 2025 r. przez wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew postępowaniu prowadzonym przez Gminę Skarżysko-Kamienna

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 2929/25

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Skarżysko-Kamienna (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z tereny Gminy Skarżysko – Kamienna od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 lipca 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2025/S 124-425993.

I. W dniu 14 lipca 2025 r. wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołaniewobec treści dokumentów zamówienia, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ"), Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ") oraz projektowanych postanowień umowy.

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

1.art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 433 pkt 2 i 3 w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny („Kc"), w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez nałożenie na wykonawcę w OPZ ust. 12i projektowanych postanowień umowy obowiązku osiągnięcia wskazanego w dokumentach zamówienia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych" (dalej: „Poziom Recyklingu"),a za rok 2026 dodatkowo na poziomie wyższym niż wskazany w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

-bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w tym bez uwzględnienia przeważającego udziału frakcji odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów objętych

przedmiotem zamówienia, słabej jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła", wprowadzenia systemu kaucyjnego, sposobu obliczania poziomów recyklingu, dominującej roli Zamawiającego w gminnym systemie gospodarki odpadami, uwarunkowań rynkowych w zakresie recyklingu odpadów, rygorystycznych wymogów jakościowych stawianych przez recyklerów),

-bez wskazania realnych metod, w jaki sposób Wykonawca ma ten obowiązek zrealizować,

-bez zapewnienia Wykonawcy odpowiednich narzędzi pozwalających na realizację tego obowiązku,

-bez realnego i efektywnego współdziałania Zamawiającego w zakresie zapewnienia osiągnięcia wymaganego Poziomu Recyklingu,

-przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku, który mogą zrealizować jedynie podmioty trzecie, za których działanie Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, tj. mieszkańcy Gminy Skarżysko- Kamienna,

-przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku obiektywnie niemożliwego do zrealizowania w Gminie Skarżysko-Kamienna,

-przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku wewnętrznie sprzecznego, tj. z jednej strony obowiązku odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a więc takich, jakie wytworzą ci mieszkańcy i przekażą Wykonawcy do odbioru i zagospodarowania, które to odpady nie odpowiadają Poziomom Recyklingu, a z drugiej wymaganie od Wykonawcy osiągnięcia Poziomów Recyklingu,

-przez nałożenie obowiązku osiągnięcia Poziomu Recyklingu na rok 2026 na wyższym poziomie niż wskazany w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, pomimo braku obiektywnej możliwości osiągnięcia Poziomu Recyklingu wskazanego w ww. ustawie,

-stanowi to naruszenie zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczeniem prawa do ustalania warunków realizacji zamówienia przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku, podczas gdy oczywiste jest, że Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie Poziomu Recyklingu, a nadto obowiązek ten stanowi świadczenie obiektywnie niemożliwe do zrealizowania z uwagi na przeważający strumień odpadów zmieszanych w przedmiocie zamówienia i zbyt niski strumień odpadów selektywnie żebranych jakie mogą zostać przekazane do recyklingu,

-stanowi to naruszenie zasad współżycia społecznego, równowagę stron umowy oraz zasady uczciwej konkurencji, jako że zakłada nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia Poziomu 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 ustaw Pzp, gdyż obowiązek nałożony na wykonawcę pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako taki narusza zasadę uczciwej konkurencji;

2.art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 471 i art. 472 Kc przez zastrzeżenie w § 17 ust. 1 pkt e) projektowanych postanowień umowy od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego kary umownej za niewywiązanie się z wymaganego przepisami poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych: za nieosiągnięcie wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Poziom Recyklingu) w wysokości obliczonej 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 (poziom Recyklingu), które to zastrzeżenie:

-stanowi przypisanie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (jako władze Gminy i mieszkańcy Gminy), w szczególności w zakresie osiągnięcia Poziomu Recyklingu,

-stanowi to ustalenie kary umownej za zachowanie Wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem umowy, bowiem Wykonawca może zrealizować umowę z dochowaniem najwyższej staranności, a mimo tego nie osiągnąć wymaganego Poziomu Recyklingu, stanowi zatem rozszerzenie odpowiedzialności o charakterze gwarancyjnym,

-stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczeniem prawa do ustalania warunków realizacji zamówienia przez nałożenie na Wykonawcę obowiązków i kar, podczas gdy oczywiste jest, że Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie Poziomu Recyklingu oraz nałożenie ww. kar jest niezgodne z ich przeznaczeniem wskazanym w art. 471 Kc oraz z innymi przepisami Kodeksu cywilnego wskazanymi w odwołaniu,

-nie uwzględnia faktu, że na osiągnięcie Poziomu Recyklingu mają wpływ przede wszystkim okoliczności od Wykonawcy niezależne 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),

-niezależnie od powyższego, nakłada odpowiedzialność w oderwaniu o jakiejkolwiek szkody Gminy i bez uwzględnienia tego czy i w jakim zakresie Gmina została obciążona karą za nieosiągnięcie Poziomu Recyklingu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący zażądał usunięcia z SWZ obowiązku osiągnięcia przez Wykonawcę Poziomu Recyklingu Gminy lub też wskazania w SWZ lub też takie sformułowanie postanowień OPZ i umowy, z których wynikać będzie, że Wykonawca ma obowiązek dążyć do osiągnięcia jak najwyższego Poziomu Recyklingu przez obowiązek przekazywania odpadów komunalnych do podmiotów uprawnionych celem zagospodarowania odpadów do procesów recyklingu co najmniej 70% opakowań ze szkła, 70% opakowań z papieru i tektury, 70% zmieszanych odpadów opakowaniowych do procesów rozsortowania celem wysortowania odpadów nadających się do recyklingu, 80% odpadów ulegających biodegradacji przekazać podmiotowi, który podda odpad procesom biologicznego przetwarzania odpadów.
2. W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący zażądał usunięcia § 17 ust. 1 lit e) Wzoru umowy lub ewentualnie nałożenia na Wykonawcę odpowiedzialności w postaci kary umownej, gdy Wykonawca nie będzie w sposób zawiniony dążyć do osiągnięcia jak najwyższego Poziomu Recyklingu i w sposób zawiniony nie będzie przekazywać odpadów komunalnych do podmiotów uprawnionych celem zagospodarowania odpadów do procesów recyklingu co najmniej 70% opakowań ze szkła, 70% opakowań z papieru i tektury, 70% zmieszanych odpadów opakowaniowych do procesów rozsortowania celem wysortowania odpadów nadających się do recykling, 80% odpadów bio do biologicznego przetwarzania odpadów przy czym wysokość kary umownej naliczona zostanie w wysokości iloczyn masy nieprzekazanej do odpowiedniego podmiotu (różnica między masą która powinna być przekazana i rzeczywista przekazana masa) i 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.

Na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 26 sierpnia br. Odwołujący oświadczył, że modyfikuje żądanie w zakresie zarzutu nr 1, tj. zastępuje sformułowanie "70% zmieszanych odpadów opakowaniowych" sformułowaniem "50% zmieszanych odpadów opakowaniowych", a ponadto dokonuje analogicznej modyfikacji w zakresie żądania dotyczącego zarzutu nr 2 (str. 12 oraz 16 odwołania).

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie podniesionych zarzutów:

W OPZ Zamawiający wymaga od wykonawcy spełnienia poniższego wymagania w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich odebranych w ramach całej umowy odpadów:

12. Poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami

a) Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w odniesieniu do wszystkich odebranych w ramach całej umowy odpadów w wysokości co najmniej:

- 55% wagowo – za rok 2025

- 60% wagowo – za rok 2026

b) Sposób obliczenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

Poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021r. (poz. 1530) tj. zgodnie ze wzorem:

$$P = \frac{Mr}{Mw} \times 100\%$$

gdzie:

P – oznacza poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, wyrażony w %,

Mr – oznacza łączną masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażoną w Mg,

Mw – oznacza łączną masę wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażoną w Mg

c) Druk, na którym należy obliczyć poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych stanowi załącznik Nr 3.7 do umowy. Do druku należy dołączyć dokumenty potwierdzające poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jednoznacznie wskazujące, jaki podmiot przeprowadził jaki proces.

d) Do dnia 31 stycznia 2026 r., 31 stycznia 2027 r. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć:

- Prawidłowo wypełniony Druk - poziom recyklingu. Niedostarczenie druku – poziom recyklingu, dostarczenie go nieprawidłowo wypełnionego, niedostarczenie dokumentów potwierdzających przygotowanie do ponownego użycia i recykling odpadów komunalnych wstrzymuje płatność w/w faktur VAT, do momentu dostarczenia prawidłowych dokumentów.

- Dokumenty potwierdzające przygotowanie do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Dokumentem potwierdzającym spełnienie obowiązku wymaganego w zdaniu poprzednim może być oświadczenie przedsiębiorstwa o osiągniętym poziomie recyklingu oraz o sposobie i masie zagospodarowanych odpadów w poszczególnych instalacjach.

Druk – poziom recyklingu składany jest za dany rok kalendarzowy w trakcie trwania umowy w terminach określonych powyżej.

e) Niewywiązanie się z wymaganego przepisami poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych obwarowane jest sankcją w postaci kary w wysokości i na warunkach określonych § 17 ust. 1 lit e) umowy.

W OPZ i w projektowanych postanowieniach umowy przewidziano sposób realizacji tego obowiązku przez Wykonawcę (w tym w zakresie obliczania i raportowania Poziomów Recyklingu).

Zgodnie § 17 ust. 1 lit e) projektowanych postanowień umowy Zamawiający przewidział też karę umowną za niewywiązanie się z wymaganego przepisami poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz za niedopełnienie obowiązku ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania: za nieosiągnięcie wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości obliczonej 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.

Zarzut 1

Wprowadzony w dokumentach zamówienia obowiązek osiągnięcia przez wykonawcę Poziomu recyklingu jest

niemożliwy do osiągnięcia, a jako taki jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2025 r. poz. 733), dalej: „ucpg" gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 55% wagowo – za rok 2026 i 56% wagowo – za rok 2026. Zamawiający za rok 2026 wskazał 60%. Przy czym Poziom Recyklingu oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych (art. 3b ust. 1a ucpg).

Oznacza to, że obowiązek osiągania Poziomu Recyklingu odpadów komunalnych w określonych wysokościach nałożony został bezpośrednio na gminę i stanowi jej zadanie i to gmina ponosi odpowiedzialność za jego nieosiągnięcie.

Poziom ten nie dotyczy także jedynie odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkanych przez mieszkańców (jak niniejsze zamówienie), ale całego strumienia odpadów komunalnych gminy. Przy czym należy tu przypomnieć, że pojęcie „gmina" nie odnosi się jedynie do jej wójta/burmistrza/prezydenta miasta, rady gminy/miasta, pracowników urzędów miejskich i innych podmiotów tworzonych przez gminę, lecz – co zostało wyraźnie wskazane w art. 1 i art. 2 z dnia 8 marca 1990 r. ustawy o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2023 r. poz. 40 z późn. zm.) – to „mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową", a „ilekroć w ustawie jest mowa o gminie, należy przez to rozumieć wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium" (art. 1). Gmina wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność (art. 2 ust. 1). Tym samym nie jest tak, że obowiązki nałożone ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dotyczą tylko władz i pracowników gminy, a nie obejmują jej mieszkańców.

Wynika to zresztą wprost z ust. 1 pkt 1 upcg: „Ustawa określa: 1) zadania gminy oraz obowiązki: a) właścicieli nieruchomości, b) właścicieli lokali w budynku wielolokalowym, w którym ustanowiono odrębną własność lokali, osób, którym służy tytuł prawny do lokalu w budynkach wielolokalowych, osób faktycznie zamieszkujących lub użytkujących te lokale lub osób faktycznie zamieszkujących lub użytkujących lokal należący do spółdzielni mieszkaniowej – dotyczące utrzymania czystości i porządku."

Zatem nierealizowanie tych obowiązków przez mieszkańców gminy, jest de facto brakiem realizacji tych obowiązków przez gminę. Co jest faktem powszechnie wiadomym, osiągnięcie Poziomu Recyklingu uzależnione jest od jakości odpadów i rodzajów (kodów) odpadów przekazywanych do odbioru i zagospodarowania przez mieszkańców Gminy oraz sposobu prowadzonej przez nich segregacji, na co Wykonawca nie ma wpływu – zarówno na samą jakość tych odpadów (która zależy od mieszkańców), jak i sposób oznaczania ich kodem oraz dalsze z nimi postępowanie (które wynika z przepisów prawa).

Zgodnie z planowaną umową oraz przepisami prawa przedmiotem zamówienia jest odebranie i zagospodarowanie przez Wykonawcę odpadów dokładnie takiego rodzaju i jakości, jakie przekażą Wykonawcy mieszkańcy Gminy. Wykonawca zaś nie jest w stanie ingerować w odpady, które zostaną mu przekazane albo może to zrobić jedynie w znikomym stopniu, który nie wpływa znacząco na osiągnięty Poziom Recyklingu. Jedyne bowiem, co realnie może zrobić Wykonawca, to dołożyć należytej staranności w celu przekazania odebranych przez siebie odpadów, w stosunku do których możliwy jest recykling lub przygotowanie do ponownego użycia, do odpowiednich podmiotów przetwarzających odpady. W zakresie selektywnej zbiórki może jedynie kontrolować jej jakość przez mieszkańców, zgłaszając Zamawiającemu nieprawidłowości, jednak ma obowiązek odebrać odpady niezależnie od ich jakości. Nie ma możliwości administracyjnych ani jakichkolwiek innych, aby skutecznie wpływać na mieszkańców. Nie ma także żadnych możliwości, aby wpływać na rodzaj odpadów przekazywanych do zagospodarowania, ani na ilość poszczególnych frakcji. Nie ma wpływu też na to aby w strumieniu odebranych odpadów zwiększyła się ilość odpadów, które mogą zostać przekazane do recyklingu, a zmniejszyła tych, które nie mają takiego potencjału. Przy czym należy podkreślić, że w największej ilościowo masie odpadów, tj. odpadach zmieszanych, zgodnie z prawem nie powinno być odpadów nadających się do recyklingu lub ponownego użycia. Inne odpady, jak np. popioły już z samego swojego charakteru nie nadają się ani do recyklingu, ani ponownego użycia.

Również przepisy prawa w znacznym stopniu ograniczają lub wręcz uniemożliwiają Wykonawcy możliwość prowadzenia przez siebie segregacji odpadów odebranych od mieszkańców, nawet jeśli technicznie byłby w stanie tego dokonać, np. art. 6ka ucpg, zgodnie z którym w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane).

Co do zasady Wykonawca odbierający odpady nie może ich sam posegregować. Zresztą nawet w przypadku możliwości przeprowadzenia takiej segregacji instalacje są w stanie wysegregować jakieś 2-3% masy z odpadów

zmieszanych. Także sposób obliczania Poziomów Recyklingu ujemnie wpływa na możliwe do osiągnięcia wysokości. Pomimo że z roku na rok przepisy (przywołany art. 3b ucpg) nakładają na Gminę coraz bardziej restrykcyjne Poziomy Recyklingu (wagowo 20% za rok 2021, 25% za rok 2022, 35% za rok 2023, 45% za rok 2024, 55% za rok 2025, 56% za rok 2025) struktura segregacji wśród mieszkańców nie zmienia się znacząco w ostatnich latach, a w Gminie Skarżysko-Kamienna w żadnym wypadku nie osiąga ona 55% czy 56% masy, tym bardziej 60%.

Odwołujący powołał się na dane wynikające z SWZ (tabela z danymi w odwołaniu).

Taka struktura odpadów nie pozwala na wniosek, że możliwe będzie osiągnięcie poziomu recyklingu w wymaganym wymiarze. W każdym bowiem przypadku wielkość strumienia odpadów zmieszanych wynosi około 60% i będzie się zwiększać. Natomiast fakcje, które można przekazać do podmiotów, które mogą poddać odpady recyklingowi, i to też nie w całości, ponieważ każda frakcja zawiera w sobie zanieczyszczenia oraz frakcje nienadające się do recyklingu, to maksymalnie 30%. Tymczasem poziom do osiągniecia za 2025 r. to 55%, za 2026 r. 56% - wartość wskazana w przepisach, 60% według Zamawiającego w OPZ. Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku gdy około 60% strumienia odpadów w Gminie to odpady zmieszane, jest niemożliwe do zrealizowania. Dla odpadów zmieszanych możliwy do osiągnięcia poziom recyklingu wynosi zaledwie kilka procent. Jak wskazano powyżej. 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 (Zamawiający omyłkowo w pkt 10 wskazał kod frakcji 20 01 99, zamiast 20 02 01, Odwołujący uwzględnił odpady ulegające biodegradacji w strumieniu odpadów, który posiada potencjał w zakresie osiągania poziomów recyklingu), lecz ich udział w całym strumieniu odpadów jest zbyt mały, aby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie 55 i 56% lub większym (60% jak określił Zamawiający w SWZ). Nawet przy niezgodnym z realiami założeniu, że wszystkie odpady zbierane selektywnie zostaną poddane recyklingowi w 100% brak jest możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu na wymaganym w dokumentach zamówienia poziomie, ponieważ odpady, które taką zdolność posiadają z uwagi na ich rodzaj stanowią ok. 30%. Nie jest natomiast realne, aby cały strumień tych odpadów był przeznaczony do recyklingu. 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 Pzp. 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. W rzeczywistości w całym łańcuchu zdarzeń prowadzących do recyklingu, udział podmiotu odbierającego i zagospodarowującego odpady jest relatywnie niewielki. Odwołujący nie ma bowiem wpływu na to, jakie frakcje odpadów wytwarzają mieszkańcy ani nie dysponuje administracyjnymi narzędziami, aby polepszyć selektywną zbiórkę. W ocenie Odwołującego nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia wskazanych Poziomów Recyklingu w wysokości określonej w dokumentacji postępowania jest żądaniem świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 Kc. Zdaniem Odwołującego niemożność ta ma charakter pierwotny i obiektywny – żaden wykonawca nie jest w stanie osiągnąć tak wysokich poziomów, 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.

Tym samym nakładanie na Wykonawcę obowiązku osiągnięcia Poziomu Recyklingu jest żądaniem świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 Kc – o czym wiedzą obie strony planowanej umowy. Zgodnie z tym przepisem umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. 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. Ponieważ Zamawiający doskonale zdaje sobie z tego sprawę, takie działanie stanowi z jego strony naruszenie zasad współżycia społecznego oraz nadużycie prawa podmiotowego pozwalającego mu na formułowanie warunków realizacji zamówienia i warunków realizacji przyszłej umowy.

Powyższe znajduje potwierdzenie w tym, że za rok 2023 i 2024 Gmina nie osiągnęła poziomu recyklingu – wyniósł on odpowiednio 30,43% i 30,67% (co potwierdzają dane zawarte w Rocznej analizie stanu gospodarki odpadami w Gminie Skarżysko-Kamienna za 2023 i 2024 r.). Jest to poziom znacznie niższy niż ten, który powinien zostać osiągnięty w 2025 i 2026 r. W międzyczasie nie doszło zaś do żadnej zmiany faktycznej ani prawnej, która dawałaby podstawy przypuszczać, że poziomy recyklingu w roku 2025 i 2026 będą mogły zostać osiągnięte. W szczególności nadal nie wdrożono systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta ani przepisów o ekoprojektowaniu opakowań czy o ekomodulacji.

Dowody: Roczna analiza stanu gospodarki odpadami w Gminie Skarżysko Kamienna za 2023 r. Roczna analiza stanu gospodarki odpadami w Gminie Skarżysko Kamienna za 2024 r.

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.

Jak było już wskazane powyżej, 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 Gminy 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. Od 1 października 2025 roku wraz z wejściem w życie systemu kaucyjnego nastąpi znacząca zmiana struktury odpadów. Z punktu widzenia obowiązku osiągnięcia Poziomu Recyklingu, jest to zmiana negatywna, ponieważ oznacza, że ze strumienia odpadów znikną odpady w najwyższym stopniu poddawane recyklingowi, a tym samym statystycznie zwiększy się masa odpadów odebranych niepodlegających recyklingowi czy ponownemu wykorzystaniu. Oczywiste jest bowiem, że znaczna część mieszkańców zdecyduje się na zwrot opakowań w celu odzyskania kaucji, a dodatkowo opakowania wyrzucone będą zabierane z pojemników przez tzw. zbieraczy. Zatem tym bardziej niemożliwe będzie osiągnięcie przez Wykonawcę poziomu 55% i 56% czy 60% Poziomu Recyklingu.

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 fizyko-chemiczne, 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. Wymagania w zakresie jakości odpadów stawiane przez recyklerów są bardzo wysokie, co także jest faktem notoryjnym i co dyskwalifikuje znaczą część strumienia odpadów komunalnych odbieranych od mieszkańców.

Zgodnie z art. 431 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. Przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie Poziomu Recyklingu w sytuacji, gdy oczywistym jest, że Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie tego poziomu, jest niezgodne z obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 431 Pzp. Jest to niezgodne także z art. 354 Kc, który stanowi, że „§ 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.” oraz jest niezgodne z art. 5 Kc: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”

Natomiast art. 353(1) Kc określa, że 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. W niniejszym przypadku wymóg zgodności z przepisami i zasadami współżycia społecznego został naruszony, co prowadzi do wniosku, że w stosunku do tej części umowy będą mieć zastosowanie regulacje art. 58 Kc. Jednak świadome zawieranie umowy obarczonej cechami choćby częściowej nieważności nie jest zgodne z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana w kontekście danego przedmiotu zamówienia, czyli odbiór i zagospodarowanie takich odpadów, jakie dostarczą mieszkańcy Gminy, a na co Wykonawca nie ma żadnego wpływu. To, czy obowiązek uzyskania Poziomów Recyklingu został nałożony przez ustawodawcę na Gminę i czy Gmina jest w stanie go spełnić, ma tutaj znaczenie drugorzędne. Na pewno dysponuje w tym zakresie znacznie większymi środkami – zarówno jako mieszkańcy tej gminy (poprawa jakości odpadów), jak i władze tej gminy, w tym administracyjnymi (np. stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi), którymi nie dysponuje Wykonawca. Wykonawca może jedynie poinformować Gminę o niedopełnianiu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych – musi natomiast odpady te przyjąć jako zmieszane (ww. art. 6ka ucpg).

Co więcej, z art. 99 ust. 1, ust. 2 zd. pierwsze i ust. 4 Pzp, ustalającego zasady dotyczące prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Tymczasem dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia tych wymagań. Jak wskazano we wcześniejszej części odwołania, Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, określając niesprzeczne ze sobą cechy usługi:

- wskazując realne metody, w jaki sposób Wykonawca ma obowiązek osiągnięcia Poziomu Recyklingu zrealizować – przy jednoczesnym przestrzeganiu przepisów prawa (oraz innych aktów wskazanych w SWZ) oraz wykorzystaniu odpadów przekazanych przez mieszkańców Gminy,

- zapewniając Wykonawcy odpowiednie narzędzia pozwalające na realizację tego obowiązku,

- jak ma osiągnąć powyższe bez realnego i efektywnego współdziałania Zamawiającego w zakresie zapewnienia osiągnięcia wymaganego Poziomu Recyklingu,

- jak ma osiągnąć powyższe, gdy jest wiadome, że to obowiązek dla Wykonawcy obiektywnie niemożliwy do zrealizowania w Gminie Miejskiej Legionowo,

Takie opisanie obowiązków Wykonawcy, jak dokonane w ww. punktach SWZ, jest wewnętrznie sprzeczne, ponieważ wprowadza niewiadomą, czy Wykonawca ma odebrać i zagospodarować rzeczywiste odpady mieszkańców Gminy, czy też jakieś mityczne odpady, które spełniają wymogi Poziomu Recyklingu i w jaki sposób ma to zrobić zgodnie z przepisami prawa, które są tu restrykcyjne, jeśli chodzi o postępowanie z odebranymi odpadami, jeśli nie spełniają one wymogów dla kodu, pod którym zostały przez mieszkańców przekazane (m.in. ww. art. 6ka ucpg). Jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy Pzp, gdyż pozostaje nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

Zarzut 2

W odniesieniu do zarzutu 2 ma w pełni zastosowanie argumentacja Odwołującego dotycząca zarzutu nr 1, ponieważ w dużej mierze są to zarzuty ze sobą powiązane, a projektowana kara umowna jest konsekwencją obowiązku, o którym mowa w zarzucie nr 1.

Zamawiający nie tylko więc bezpodstawnie deleguje swoje obowiązki w postaci osiągania Poziomu Recyklingu na Wykonawcę, ale też obarcza Wykonawcę wysokimi karami umownymi, nieopartymi na zasadzie winy. Co więcej, nie jest to nawet odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, ponieważ nie występuje tu żaden element ryzyka, gdyż skutek w postaci braku osiągnięcia Poziomu Recyklingu 55% i 56% (tym bardziej 60%) jest pewny. Jest też przeciwieństwem oparcia działania na zasadzie słuszności. Zatem nie są to de facto kary umowne, lecz jakaś instytucja nieznana polskiemu systemowi prawa.

Kary umowne bowiem, zgodnie z art. 483 § 1 Kc można zastrzec w umowie jako formę naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, tj. przez zapłatę określonej sumy zwanej karą umowną.

Jest to realizacją zarówno obowiązków wynikających z art. 415 Kc: „Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.", jak i art. 471 Kc: „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." § 17 ust. 1 lit. e) umowy Wzoru nie posiada żadnej z tych cech.

Jedyną sytuacją, w której odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu leży na podmiocie dokonującym odbioru odpadów, jest opisana w art. 9g pkt 1 ucpg i dotyczy ona przypadku, gdy podmiot dokonuje odbioru odpadów z nieruchomości na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości (a nie z gminą). Jednak sytuacja ta wykracza poza zakres projektowanej umowy z Zamawiającym.

Sytuacja ta narusza także zakaz wynikający z art. 433 ust. 2 i 3 Pzp, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem ani odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Jak wskazano już w uzasadnieniu zarzutu nr 1 – osiągnięcie Poziomów Recyklingu nie jest związane:

- ani z prawidłową realizacją umowy przez Wykonawcę – który może ją realizować z najwyższą starannością, a Poziomu Recyklingu nie osiągnie;

- ani nie jest związane z przedmiotem umowy, którym jest odbiór i zagospodarowanie odpadów takich, jakie przekażą mieszkańcy, a nie odpadów zdolnych osiągnąć Poziom Recyklingu.

Jest to też kara za okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Gmina, czyli zarówno jej mieszkańcy, którzy wytwarzają odpady o niskiej jakości pod względem możliwości osiągnięcia Poziomu Recyklingu, jak i władze Gminy, które nie są w stanie zmobilizować mieszkańców do wytwarzania odpadów lepszej jakości – nie zaś Wykonawca.

Argumentacja dotycząca pojęcia „gminy" i jego definicji zawartej w art. 1 i art. 2 ustawy o samorządzie gminnym jako ogółu mieszkańców gminy oraz nałożonego na mieszkańców gminy w art. 1 pkt 1 ucpg zawarta w uzasadnieniu zarzutu nr 1 pozostaje aktualna. Zatem nierealizowanie obowiązku osiągnięcia Poziomu Recyklingu przez mieszkańców gminy jest de facto brakiem realizacji tego obowiązku przez Gminę, czyli Zamawiającego, co spełnia przesłanki art. 433 pkt 3 Pzp.

Odwołujący podkreśla, że jak wskazano powyżej osiągnięcie przez gminy poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającym z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Biorąc pod uwagę powyższe, to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia ww. poziomów W przypadku systemu gminnego ustawodawca jednoznacznie przesądził, że obowiązek osiągniecia ww. poziomów, jak też ewentualna kara w przypadku ich nieosiągnięcia, obciąża gminę. Zgodnie z art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c - podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego Poziomu Recyklingu. 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. Należy wskazać, że ustawodawca obniżył wysokość administracyjnych kar pieniężnych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu oraz ograniczenia składowania w 2025 r. i 2024 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 wymaganych poziomów recyklingu oraz ograniczenia składowania.

Art. 12b [Kary pieniężne] 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.

Zamawiający w ogóle nie uwzględnił tego czy i w jakiej wysokości kara zostanie na niego nałożona i niezależnie od obciążenia Wykonawcy w całości odpowiedzialnością gwarancyjną za osiągnięcie Poziomu Recyklingu, przewidział karę umowną w wysokości, która jest oderwana nawet od kary pieniężnej, która zagraża potencjalnie Gminie. Kara umowna stanowi zatem źródło wzbogacenia Zamawiającego, ponieważ nie zależy od tego czy i w ogóle Zamawiający poniesienie szkodę i w jakiej wysokości z tytułu nieosiągnięcia Poziomu Recyklingu (poza faktem, że na osiągnięcie tego Poziomu Recyklingu) Wykonawca ma wpływ niewielki.

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 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, 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 Skarżysko-Kamienna. 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).

Możliwość nałożenia na wykonawcę kary umownej z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu oraz ograniczenia składowania 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 § 17 ust. 1 lit. e) 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, w tym uczciwości kupieckiej.

Zamawiający całkowicie pominął wspomnianą już okoliczność, że w świetle obowiązujących przepisów od 1

października 2025 r. funkcjonować będzie system kaucyjny, co spowoduje odpływ odpadów, które nadają się do recyklingu, ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Tym samym udział odpadów zmieszanych w strumieniu objętym przedmiotem zamówienia zgodnie z przewidywaniami Odwołującego wzrośnie. Butelki i puszki objęte systemem kaucyjnym to odpady nadające się do ponownego wykorzystania lub recyklingu, które od 1 października 2025 r. nie będą zbierane przez Wykonawcę. W 2025 r. i kolejnych latach szanse Wykonawcy na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu zostaną istotnie zmniejszone.

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

II. Pismem z dnia 25 sierpnia 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący podniósł zarzuty wobec postanowień zawartych w dokumentów zamówienia, których treść nie była pomiędzy stronami sporna.

Należy podkreślić, że skład orzekający Izby podziela prawie całą argumentację, jaka została przedstawiona w odwołaniu. W szczególności należy podkreślić, że przepisy ucpg nakładają obowiązek osiągnięcia określonych poziomów recyklingu na gminy, a nie wykonawców zawierających z gminą umowę w sprawie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów (art. 3b ust. 1 ucpg – „Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej: (…)"). Przepis, na który powołał się Zamawiający (art. 9g ucpg), dotyczy umów zawieranych bezpośrednio z właścicielem nieruchomości, a nie z gminą. Te umowy zawierane są w zupełnie innych warunkach niż umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak słusznie zauważył Odwołujący, wymagany poziom recyklingu nie dotyczy jedynie odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkałych przez mieszkańców, ale całego strumienia odpadów komunalnych gminy. Jak wynika z przepisów ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (art. 1 ust. 1 i 2) pod pojęciem gminy należy rozumieć wspólnotę samorządową (którą tworzą mieszkańcy gminy) oraz odpowiednie terytorium. Jakość segregacji odpadów na terenie gminy w przeważającym stopniu zależy od jej mieszkańców, a w konsekwencji od zamawiającego. Również to, czy działania edukacyjne w zakresie segregacji odpadów przyniosą pozytywne skutki, zależy przede wszystkim od mieszkańców gminy, a w konsekwencji zamawiającego. Na efektywność działań kontrolnych wpływ ma nie tylko prawidłowe wykonywanie obowiązków przez wykonawcę (art. 6ka ust. 1 ucpg), ale również właściwe nastawienie mieszkańców gminy do segregacji odpadów. Wpływ wykonawcy na jakość segregacji odpadów na terenie gminy jest zatem niewielka – w przeważającym stopniu zależy od samego zamawiającego (mieszkańców gminy). Z kolei jakość segregacji odpadów w ogromnym stopniu przekłada się na możliwości co do osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu.

Skład orzekający Izby wyraża pogląd, że zamawiający (gmina) może nałożyć na wykonawcę obowiązki w zakresie uzyskania poziomów recyklingu (w odniesieniu do strumienia odpadów objętego umową w sprawie zamówienia publicznego) nawet na wyższym poziomie niż przewidziany przez ustawodawcę w ucpg – jednakże pod warunkiem, że w przypadku danej gminy jest to poziom możliwy do osiągnięcia w okresie obowiązywania umowy. Izba podziela przedstawione przez Odwołującego stanowisko prawne, że nakładanie na wykonawcę niemożliwych do zrealizowania obowiązków w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu, obwarowanych karami umownymi, należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (do których odsyła m.in. przepis art. 58 § 2 Kc). Z drugiej strony, Izba wyraża pogląd, że obowiązki i kary w zakresie recyklingu powinny zostać uregulowane w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Dążenie do osiągania jak najwyższych poziomów recyklingu niewątpliwie leży w interesie publicznym. Jednakże postanowienia SWZ określające te obowiązki i kary muszą uwzględniać realne możliwości dotyczące danej

gminy, co powinno wynikać z przeprowadzonej w tym zakresie analizy, uwzględniającej konkretne okoliczności. Odwołujący sporządził taką analizę – przedstawił ją w formie tabeli zawierającej dane, na podstawie których dokonał wyliczeń (opracowanie pt. „Szacowane realne poziomy recyklingu do osiągnięcia" złożone przez Odwołującego jako dowód w sprawie). Należy jednak zauważyć, że złożone przez Odwołującego opracowanie nie zawierało informacji o źródłach przedstawionych w nim danych (poza tymi wynikającymi z SWZ), a przede wszystkich na ich potwierdzenie Odwołujący nie złożył żadnych dowodów. Odwołujący stwierdził jedynie, że wynikają one z jego doświadczenia. Jakkolwiek Zamawiający w ogóle nie przedstawił żadnych dowodów, to jednak również Odwołujący, będący stroną inicjującą postępowanie odwoławcze, w niewielkim stopniu wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku dowodowego. Roczne analizy stanu gospodarki odpadami w Gminie Skarżysko – Kamienna za lata 2023 r. i 2024 r. złożone na potwierdzenie poziomów recyklingu osiągniętych przez gminę w poprzednich latach oraz dokumentacja zdjęciowa i raporty przedstawione na potwierdzenie nieprawidłowej segregacji odpadów przez mieszkańców, braku odpowiednich pojemników i działań ze strony Zamawiającego - pokazują tylko pewien fragment rzeczywistości, uniemożliwiając ustalenie całego stanu faktycznego istotnego w kontekście podniesionych zarzutów i związanych z nim żądań. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od Odwołującego kosztów dojazdu na rozprawę pełnomocnika, będącego radcą prawnym. W uzasadnieniu postanowienia z 27 listopada 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 153/24 Sąd Okręgowy w Warszawie przedstawił następujące stanowisko: „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." Analogiczna sytuacja miała

miejsce w tej sprawie. Pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał rzeczywistych kosztów dojazdu na rozprawę, a jedynie przedstawił wyliczenia dokonane na podstawie przepisów 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.

Przewodnicząca: