

WYROK

Warszawa, dnia 1 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2025 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Pilchowice przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze

orzeka:

1. zamarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3,

2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Pilchowice 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,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Pilchowice i:

1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu kwoty: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 851 zł 00 (osiemset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu, a także poniesione przez zamawiającego Gminę Pilchowice kwoty: 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 713 zł 00 gr (siedemset trzysta złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu,

2. zasądza od zamawiającego Gminy Pilchowice na rzecz wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 19 451 zł 00 gr (dziewiętnaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 3510/25

UZASADNIENIE

Gmina Pilchowice (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Pilchowice oraz przygotowanie i obsługa punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK)” (znak postępowania: ZP.271.25.2025). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 sierpnia 2025 r. pod numerem 522509-2025.

W dniu 18 sierpnia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 1 złożył wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.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, art.

433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ 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. poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia obowiązku osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, sankcjonowanej obowiązkiem zapłaty kar umownych na wypadek ich nieosiągnięcia, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (morfologia strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia, faktyczna możliwość poddania odpadów recyklingowi wynikając z ich parametrów fizyko-chemicznych i

zanieczyszczeń [jakość odpadów komunalnych], sposób obliczania poziomów recyklingu, uwarunkowania rynkowe w zakresie recyklingu odpadów, rygorystyczne wymogi jakościowe stawiane przez recykerów, brak wdrożenia ROP, rola Zamawiającego w gminnym systemie gospodarki odpadami), co narusza zasady współzycia 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 55% i 57% jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotowej usługi, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współzycia 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. 353¹ k.c., 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 i ust. 4 u.c.p.g. i art. 12b u.c.p.g. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego w § 11 ust. 2 pkt 13 wzoru 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 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 współzycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu, przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu;

3. art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez 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 w szczególności poprzez wprowadzenie do treści §14 ust. 15 wzoru umowy projektowanych postanowień umownych nadmiernie ograniczających możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia na wypadek zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jako że:

- postanowienia umowne nie określają precyzyjnie warunków, na jakich możliwa będą kolejne zmiany wynagrodzenia,

- określony we wzorze umowy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia został określony na zbyt wysokim poziomie

- określona we wzorze umowy maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia została określona na zbyt niskim poziomie,

i nie zapewniają wykonawcy ochrony przed skutkami inflacji, 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentów zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian. Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest zainteresowany złożeniem oferty. Działania Zamawiającego, który w sposób uchylający przepisom ustawy sformułował treść specyfikacji warunków zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 8 sierpnia 2025 r. (publikacja ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 18 sierpnia 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 22 września 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości, choć z treści pisma jednoznacznie wynika, że częściowo „uznał” zarzut nr 3 i w dniu 4 września 2025 r. dokonał w tym zakresie modyfikacji treści SWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, a okoliczność ta nie została zaprzeczona przez Zamawiającego na posiedzeniu przed Izbą.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez wykonawcę FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz załączony do odwołania dowód z dokumentu pn. „Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi w Gminie Pilchowice za rok 2024”, a także przedłożone przez Odwołującego na rozprawie w dowody z następujących dokumentów (na okoliczność wymagań stawianych przez recykerów co do jakości odpadów przekazywanych do recyklingu):

- 1) wymagania jakościowe makulatury dla potrzeb dostawców,
- 2) ogólne warunki dostaw makulatury,
- 3) oferta nr 00007125,
- 4) specyfikacja dla stłuczki szklanej stosowanej w recyklingu szkła,
- 5) specyfikacja zakupu poużytkowych butelek PET,
- 6) normy zakładowe dla odpadów drewnianych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach 6 zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Pilchowice oraz przygotowanie i obsługa punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK)”. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części. Przedmiotem zamówienia w Części 1 jest świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Pilchowice w okresie od dnia 1 stycznia 2026 r. do dnia 31 grudnia 2027 r. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Części 1 określa Załącznik nr 2.1. do SWZ.

Zgodnie z pkt VI OPZ dla części 1 zamówienia „Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych:

– poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (...) wymaganym przepisami prawa powszechnie obowiązującego”.

Zgodnie z § 3 ust. 2 pkt 10 Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego – wzór umowy – część 1 – załącznik nr 3.1. do SWZ „Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania wszystkich obowiązków opisanych w OPZ stanowiącym załącznik nr 2 do umowy w szczególności:

(...)

10) osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych”.

W § 11 ust. 2 pkt 13) wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że: „W przypadku, gdy Wykonawca nie osiągnie poziomów o

których mowa w § 3 ust. 2 pkt. 9, 10 i 11 niniejszej umowy, podlega karze umownej obliczonej dla wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz poziomu składowania, w sposób określony w art. 9x ust. 3 lub karze umownej obliczonej dla wymaganego poziomu, w sposób określony w art. 9x ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Kara zostanie ustalona w wysokości maksymalnie 70% kwoty stanowiącej:

- 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,

- (...)

Zamawiający ustali wysokość kary na podstawie złożonego przez Wykonawcę sprawozdania, o którym mowa w art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przy ustaleniu wysokości kary Zamawiający uwzględni inne obowiązujące przepisy regulujące wysokość tej kary. Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości kary także po zakończeniu realizacji umowy lub jej rozwiązaniu".

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że:

- postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr 3

- w pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie **zarzutu nr 3** na podstawie art. 568 pkt 3) ustawy Pzp, wobec częściowego uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego oraz wycofania zarzutu w pozostałej części przez Odwołującego, przy jednoczesnym braku zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego.

Przechodząc do **zarzutu nr 1**, w ocenie Izby zasługiwał on na uwzględnienie. Należy wpieryw podkreślić następujące. Bezspornym jest, że określone minimalne poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w danym roku, których wymaga Zamawiający w pkt VI OPZ dla części 1 zamówienia, wynikają wprost z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. Zgodnie z tym przepisem, w okresie realizacji części nr 1 zamówienia (od dnia 1 stycznia 2026 r. do dnia 31 grudnia 2027 r.) wymagane jest osiągnięcie przez gminę poziomu recyklingu w wysokości co najmniej 56% wagowo - za rok 2026 i 57% wagowo - za rok 2027. Z niniejszym obowiązkiem skorelowane są kary pieniężne dla gminy za jego niewykonanie (art. 9z ust. 2a u.c.p.g.). Istotnym jest zatem uwypuklenie, iż ww. obowiązek w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu został przez ustawodawcę nałożony na gminę, a nie wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma jednakże przeszkód, aby zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek osiągnięcia określonego poziomu recyklingu, nawet wyższego aniżeli wymagają tego przepisy u.c.p.g. względem gminy (zamawiającego), tym niemniej poziom ten musi być możliwy do osiągnięcia przez wykonawcę.

Mając to na względzie, Izba po zapoznaniu się ze stanowiskami zaprezentowanymi przez Strony oraz zebrany materiałem dowodowym, w tym w szczególności w postaci dokumentu pn. „Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi w Gminie Pilchowice za rok 2024”, doszła do przekonania, że wymagany przez Zamawiającego poziom recyklingu w wysokości 56% w 2026 r. i 57 % w 2027 r. nie będzie możliwy do osiągnięcia przez wykonawcę. Z przedłożonego przez Odwołującego dowodu bezsprzecznie wynika, jakie poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych osiągał Zamawiający w latach 2012-2024. Należy odnotować, że w zaprezentowanym okresie, jedynie w 2023 r. osiągnięto poziom przekraczający 50%, tj. 50,52%, natomiast w ubiegłym roku poziom ten był niższy i wyniósł 49,27%. Z oczywistych względów nie jest znany na moment rozpoznania odwołania poziom, jaki osiągnie Zamawiający w 2025 r. Tym niemniej, w ocenie Zamawiającego nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomu recyklingu w wysokości 56% w 2026 r. i 57% w 2027 r. (sankcjonowanego karami umownymi za jego nieosiągnięcie) jest realnie postawionym wymogiem o proporcjonalnym charakterze. Jednakże w ocenie składu orzekającego Zamawiający oczekuje osiągnięcia przez wykonawcę poziomów, których samodzielnie nie był dotychczas osiągnąć na przestrzeni ostatnich parunastu lat. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, osiągniętemu w 2024 r. poziomowi do spełnienia wymogów na lata 2026-2027 nie brakuje „zaledwie 1,1 punktu procentowego”, a odpowiednio 6,73 i 7,73 punktów procentowych (co zresztą w3589 dok. uzasadnienie trakcie rozprawy potwierdził pełnomocnik Zamawiającego, korygując wartość podaną w odpowiedzi na odwołanie). Nie można więc mówić w tym przypadku o minimalnej różnicy. Najistotniejszym jest jednak to, że brak jest jakiegokolwiek dowodu ze strony Zamawiającego, że wymagany poziom na lata 2026 i 2027 może zostać osiągnięty.

Ponadto, odnosząc się do uwag Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie dotyczących wyrażonego w art. 9g u.c.p.g. obowiązku osiągnięcia określonych poziomów recyklingu nałożonego na podmioty odbierające odpady komunalne na

podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, wskazać trzeba, że nie mają one przełożenia na niniejszą sprawę. Należy wyraźnie podkreślić, że obowiązek ten dotyczy się wyłącznie podmiotu odbierającego odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, a nie wykonawcy zawartej z gminą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro więc regulacja dotyczy *expressis verbis* jedynie pierwszej kategorii ww. podmiotów, to nie można wywodzić analogicznego obowiązku względem drugiej kategorii ww. podmiotów, tj. wykonawców zawierających umowę z zamawiającym.

Jednocześnie Izba raz jeszcze pragnie wskazać, że brak jest ograniczeń co do nałożenia na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących (o ile, co już wyżej wybrzmiało, są one w ogóle realne do osiągnięcia), tym niemniej podkreślenia w tym miejscu wymaga okoliczność, że gmina ma szerszy wachlarz odpadów, które pozwalają mu osiągać poziomy recyklingu co wynika Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych z dnia 3 sierpnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530). Należy więc podkreślić, na co również zwrócił uwagę Odwołujący, że strumień odpadów, za który odpowiada wykonawca, nie jest tożsamy ze strumieniem odpadów, za który odpowiada Zamawiający. Słusznie więc zwrócono uwagę w odwołaniu, że strumień odpadów wytworzonych na terenie danej gminy obejmuje – oprócz odpadów objętych przedmiotem zamówienia – także odpady poddane kompostowaniu w przydomowych kompostownikach czy też na terenach zielonych, zebrane w PSZOK, odebrane przez przedsiębiorców odbierających odpady na podstawie umów z właścicielami nieruchomości niezamieszkałych oraz odpady zebrane przez podmioty zbierające odpady na terenie danej gminy.

Poza tym, Odwołujący zasadnie zwrócił uwagę w treści odwołania, że Zamawiający jako gmina ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów, a takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. Również Zamawiający ma możliwość w szerszym stopniu aniżeli wykonawca prowadzić działalność edukacyjną w celu podnoszenia działań zmierzających do podnoszenia świadomości ekologicznej mieszkańców oraz wspierania prawidłowej segregacji odpadów. Zwrócił na to uwagę sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wymieniając jako takie działania choćby prowadzenie edukacji ekologicznej w jednostkach oświatowych, publikowanie materiałów edukacyjnych na stronie internetowej Gminy oraz w mediach społecznościowych, zamieszczanie treści o charakterze informacyjno-edukacyjnym w gazetce gminnej, dystrybucję specjalnie przygotowanych broszur tematycznych wśród mieszkańców. Przewidziany w opisie przedmiotu zamówienia obowiązek przeprowadzenia przez wykonawcę spotkań informacyjnych, ma na celu, jak wskazuje to treść odpowiedzi na odwołanie, wzmocnienie i uzupełnienie prowadzonych przez gminę działań edukacyjnych. Stąd też nie sposób dojść do odmiennych wniosków aniżeli takich, że to Zamawiający jako gmina ma szerszy wachlarz możliwości wpływu na zachowania mieszkańców celem podwyższenia poziomu recyklingu.

Zarazem argumentacja Odwołującego w pozostałym zakresie dotycząca okoliczności mających wpływ na nierealność wymagań Zamawiającego (odnośnie braku systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta ani przepisów o ekoprojektowaniu opakowań czy o ekomodulacji, odpowiedniej liczby instalacji zajmujących się recyklingiem), w tym też szeroki wywód Odwołującego poczyniony na rozprawie odnośnie wysokich wymagań stawianych przez recyklerów co do jakości odpadów przekazywanych do recyklingu (co też Odwołujący usiłował potwierdzić za pomocą złożonych na rozprawie dowodów), Izba uznała za uwagi o charakterze systemowym, które choć niewątpliwie związane są z przedmiotową sprawą, to wykraczają poza istotę zarzutu i nie miały wpływu na rozstrzygnięcie zarzutu. Zarazem, choć uwagi Odwołującego odnośnie wpływu wprowadzenia tzw. systemu kaucyjnego na poziom recyklingu Izba postrzega jako logiczne, tym niemniej, jako, że ww. system wchodzi w życie *de facto* w dniu wydania niniejszego orzeczenia, to na chwilę obecną nie jest możliwe przewidzenie skutków dla strumienia odpadów odbieranego przez wykonawców w tym zamówieniu. Dlatego też argumentacja Odwołującego w tym przedmiocie choć w ocenie Izby dodatkowo przemawiała za nierealnością postawionych wymagań w zakresie wysokości poziomu recyklingu przez wykonawcę, to nie mogła mieć rozstrzygającego znaczenia w sprawie.

Podsumowując powyższe rozważania, argumentacja Odwołującego, a w szczególności przedstawiony materiał dowodowy potwierdzają, że zobowiązanie nie jest możliwe do wykonania, co wskazuje na pierwotną niemożność świadczenia na oczekiwany przez Zamawiającego poziomie recyklingu. Sam Zamawiający jak wynika z odpowiedzi na odwołanie jest świadomy, że obecnie niemożliwym jest oszacowanie zmniejszenia odpadów łatwych do recyklingu w wyniku uruchomienia systemu kaucyjnego, w wyniku czego ograniczył zakres odpowiedzialności wykonawcy ze 100% do 70%. Zdaniem Izby, takie obniżenie nie zmienia okoliczności, że na wykonawcę wciąż zostanie nałożona kara w istotnym stopniu za niewykonanie obowiązku, który realnie nie jest możliwy do wykonania.

Odwołujący jako podstawy prawne tego zarzutu wskazał 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, art. 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ 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. I choć nie wszystkie podniesione przez Odwołującego przepisy zostały w ocenie Izby naruszone, tym niemniej doszło do

naruszenia przez Zamawiającego art. 387 § 1 k.c., zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Odnośnie zaś art. 353¹ k.c. należy wskazać, że w ocenie Izby nałożenie na wykonawcę poziomów recyklingu samo w sobie nie sprzeciwia się ustawie i nie sprzeciwia się naturze stosunku prawnego (nakładanie obowiązków związanych z jak najwyższym poziomem odzysku nie sprzeciwia się właściwości stosunku jaką jest odbiór i zagospodarowanie odpadów w sposób zmierzający do ograniczenia strumienia odpadów niepoddających się odzyskowi i składowanych). Tym niemniej z punktu widzenia art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należy uznać nadużywanie i wykorzystywanie swojej pozycji przy formułowaniu postanowień umowy (w tym poprzez nierównomiernie rozkładanie ryzyka kontraktowe). Nie można natomiast stwierdzić naruszenia przez Zamawiającego art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20 ustawy Pzp, skoro Zamawiający określił w SWi opis przedmiotu zamówienia i projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem odsyłającym do przepisów kodeksu cywilnego. Nie sposób też uznać, że doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie zgłaszał trudności z odczytaniem wymagań Zamawiającego. Okoliczność obiektywnej niemożności spełnienia tychże wymagań przez wykonawcę może prowadzić jednak do naruszenia zasady proporcjonalności, wyrażonej w postawionym w ramach zarzutu art. 16 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła też naruszenia art. 431 ustawy Pzp, bowiem brak jest uzasadnienia dla naruszenia tego przepisu w treści odwołania. Również niezasadnym według Izby jest stawianie Zamawiającemu naruszenia art. 433 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, gdyż, co już wskazano, samo nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia pewnego (lecz realnego) poziomu recyklingu skorelowanego z przewidzianą karą umowną za jego niewykonanie, nie jest zabronione, a zarazem jest związane niewątpliwie z przedmiotem umowy. Zarazem nie można się zgodzić z tym, że pierwotna regulacja przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że art. 483 § 1 k.c. stanowi jedynie o tym, że naprawienie szkody wyrządzonej nie wykonaniem lub nienależytym wykonaniem może nastąpić przez przewidzianą w umowie karę umowną. Niewątpliwie osiągnięcie poziomu recyklingu znacząco poniżej poziomu osiąganego przez samego zamawiającego mogłoby wynikać z nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, zatem mogłoby być podstawą zastrzeżonej kary umownej. Także Odwołujący nie przedstawia argumentacji odnośnie art. 473 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem, dłużnik może bowiem przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Finalnie, nie jest też uzasadnionym zarzucanie Zamawiającemu naruszenia art. 3b u.c.p.g., gdyż jak już wyżej wskazywano, wymagane poziomy recyklingu w gminach zostały wyrażone przez ustawodawcę.

Wobec powyższego, w oparciu o art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. c) ustawy Pzp, 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 wymagania oraz kary do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy. Jednocześnie zgodnie z dyspozycją art. 554 ust. 6 ustawy Pzp, Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści. Nakazując zatem zmianę postanowienia umowy, w przypadku braku możliwości orzeczenia zgodnie z żądaniem odwołania, Izba może wskazać przyczynę konieczności wprowadzenia tej zmiany, zaś po stronie Zamawiającego będzie leżała modyfikacja zapisu zgodnie z wytycznymi płynącymi z sentencji wyroku. Izba pozostawia zatem Zamawiającemu decyzję co do wykonania wyroku, z tym warunkiem, że koniecznym jest umożliwienie wykonawcy realizacji umowy na realnym do osiągnięcia poziomie jakości.

Natomiast, **zarzut nr 2** podniesiony przez Odwołującego ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1, wobec uwzględnienia zarzutu nr 1 nie wchodził w zakres rozpoznania sprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....