Sygn. akt: KIO 3684/25

WYROK

Warszawa, dnia **3 października 2025 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2025 r. przez wykonawcę **Reko Prime sp. z o.o. w Myszkowie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Psary w Psarach**
na *odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Psary, Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych i odbiór z budynku Urzędu Gminy Psary*

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Reko Prime sp. z o.o. w Myszkowie** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Reko Prime sp. z o.o. w Myszkowie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **641 zł 70 gr** (słownie: sześćset czterdzieści jeden złotych siedemdziesiąt groszy), uiszczoną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie Izby, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
2.2.zasądza od wykonawcy **Reko Prime sp. z o.o. w Myszkowie** na rzecz **Gminy Psary w Psarach** kwotę **4 241 zł 70 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście czterdzieści jeden złotych siedemdziesiąt groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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 3684/25

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

Gmina Psary w Psarach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Psary, Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych i odbiór z budynku Urzędu Gminy Psary.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 sierpnia 2025 r., Dz. U. S; 160/2025 nr 549962-2025.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 1 września 2025 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Reko Prime sp. z o.o. w Myszkowie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 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. 433 pkt 2 i 3 ustawy pzp w zw. z 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „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 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób kreujący obowiązek wykonawcy – osiągnięcie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - który jest niemożliwy do zrealizowania. Ww. obowiązek ustawodawca nakłada na Zamawiającego, natomiast zamawiający na podstawie postanowień § 9 ust. 1 pkt. 1.19 projektowane postanowienia umowy (dalej: „umowa”, „projekt umowy” lub „wzór umowy”) w całości przenosi na wykonawcę, pomimo, że wykonawca nie jest adresatem normy prawnej określonej w ww. przepisie ustawy (nie posiada narzędzi, które ustawowo posiada gmina m.in uprawnień do egzekwowania od mieszkańców prawidłowego segregowania odpadów, opłaty podwyższonej, wliczania przydomowych kompostowników do poziomów);

2) art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co przejawia się niewskazaniem w OPZ w części dotyczącej prawa opcji liczby

pojemników na popiół, które wykonawca jest zobowiązany dostarczyć do mieszkańców. Ponadto Zamawiający wskazał pojemniki koloru jasnoszarego, które nie są ogólnodostępne na rynku, z tego powodu ich dostarczenie do mieszkańców w terminie wskazanym w OPZ jest niemożliwe.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu

1)obniżenia wymagań co do poziomu recyklingu - zmianę postanowień SWZ w ten sposób, aby wymagany do osiągnięcia przez wykonawcę poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych został określony na poziomie 30%. Obecnie wskazany w SWZ poziom nie znajduje uzasadnienia w realiach rynkowych, w sposób nieproporcjonalny przerzuca na wykonawcę obowiązki publicznoprawne, które zgodnie z ustawą obciążają Zamawiającego, a tym samym narusza zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji,
ewentualnie:
w przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania, zmiany § 9 ust. 1 pkt 1.19 projektu umowy w następujący sposób:
- obniżenie wysokości kary umownej przewidzianej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu,
- uzależnienie prawa Zamawiającego do naliczenia kary od uprzedniego otrzymania przez Gminę Psary decyzji nakładającej administracyjną karę pieniężną,
- uzależnienie prawa Zamawiającego do naliczenia kary od uprzedniego wyczerpania przez niego pełnej ścieżki odwoławczej od decyzji nakładającej administracyjną karę pieniężną (przed Głównym Inspektorem Ochrony Środowiska, Wojewódzkim Sądem Administracyjnym i Naczelnym Sądem Administracyjnym),
- przyznanie Zamawiającemu prawa do zwrócenia się do wykonawcy o przedstawienie argumentacji niezbędnej do obrony stanowiska Zamawiającego w toku postępowań odwoławczych, przy jednoczesnym obowiązku wykonawcy dostarczenia takiej argumentacji w terminie pozwalającym na skuteczne wniesienie środka odwoławczego,
- przesunięcie terminu wymagalności kary na 14 dni od dnia prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań,
- ustalenie wysokości kary na poziomie 50% ostatecznie nałożonej na Gminę Psary sankcji, pomniejszonej o opłaty podwyższone, o których mowa w art. 6ka ust. 2 i 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nałożone decyzjami Wójta Gminy,

2)modyfikacji postanowień OPZ poprzez wskazanie dokładanej liczby pojemników na popiół, które wykonawca w ramach prawa opcji skalkulować do oferty oraz zmianę koloru pojemnika z jasnoszarego na antracytowy lub czarny.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), modyfikacje SWZ, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 134 ust. 1 Pzp stanowi, że SWZ zawiera co najmniej:

20) *projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Art. 99 ust. 1 Pzp stanowi, 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.*

Art. 433 Pzp stanowi, że *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

Art. 5 KC stanowi, że *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.

Art. 353^1 KC stanowi, 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.*

Art. 387 § 1 KC stanowi, że *umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna*.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Psary, Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych i odbiór z budynku Urzędu Gminy Psary.

Ustalono, że w załączniku nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – opis przedmiotu zamówienia (OPZ) zamawiający przewidział m.in.:

VIII. WYMOGI DOTYCZĄCE INSTALACJI, W SZCZEGÓLNOŚCI INSTALACJI KOMUNALNYCH, DO KTÓRYC PODMIOT ODBIERAJĄCY ODPADY KOMUNALNE OD WŁAŚCICIELI NIERUCHOMOŚCI, JEST OBOW PRZEKAZAĆ ODEBRANE ODPADY

2.Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane odpady w sposób umożliwiający osiągniecie określonych poziomów o których mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w tym:

a)przygotowania do ponownego użycia i recyklingu zgodnie z art. 3b ust 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

b)nieprzekraczania poziomu składowania zgodnie art. 3b ust 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz innymi obowiązującymi przepisami

XI. PRAWO OPCJI

Informację o skorzystaniu z prawa opcji Zamawiający przekaże Wykonawcy trzy miesiące przed wdrożeniem usługi.

2.3. Wykonawca będzie miał obowiązek wyposażyć w pojemniki na popiół o pojemności 120l. każdą nieruchomość na dwa tygodnie przed wdrożeniem usługi. Zamawiający raz w tygodniu, będzie informował Wykonawcę o nowych nieruchomościach, od których Wykonawca będzie miał obowiązek odebrać popiół i wyposażyć w pojemniki na popiół. Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia nieruchomości w pojemnik na popiół w terminie 7 dni od dnia otrzymania takiej informacji od Zamawiającego. Pojemniki powinny być koloru jasnoszarego i oznaczone napisami: „POPIÓŁ" oraz „ NIE WRZUCAĆ GORĄCEGO POPIOŁU". Dopuszcza się inną równoznaczną treść nap Pojemniki powinny posiadać deklarację zgodności wystawioną przez producenta lub spełniać wymagania Polskich Norm oraz ciężar nominalny wytłoczony na listwie grzebieniowej pojemnika o wartości minimalnej: dla 120 l– 60 kg. Cenę za wyposażenie nieruchomości w przedmiotowe pojemniki Wykonawca uwzględnia w cenie obejmującej realizację umowy.

Ustalono, że w załączniku nr 8 do SWZ (projektowane postanowienia umowy) zamawiający przewidział m.in.:

§ 3

Obowiązki Wykonawcy

5.Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych winno zapewnić osiągnięcie odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu składowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Ustalenie czy Wykonawca osiągnął wymagane poziomy nastąpi na podstawie sprawozdania o którym mowa w art. 9n ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.:

§ 9

Kary umowne

Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych przez zapłatę kar umownych oraz obniżenie wynagrodzenia w następujących przypadkach i wysokościach:

1.Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w następujących przypadkach:

1.19.w przypadku nieosiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, w wysokości 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, w odniesieniu do masy odebranych odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych,

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Bezzasadny okazał się zarzut nr 1 odwołania.

Zarzut nr 1 odwołania został skierowany wobec § 9 ust. 1 pkt. 1.19 projektowanych postanowień umowy, w którym zamawiający przewidział karę umowną w razie nieosiągnięcia odpowiedniego poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu obniżenia wymagań co do poziomu recyklingu - zmianę postanowień SWZ w ten sposób, aby wymagany do osiągnięcia przez wykonawcę poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych został określony na poziomie 30%. W przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania, odwołujący domagał się nakazania zmiany § 9 ust. 1 pkt 1.19 projektu umowy w następujący sposób:

- obniżenie wysokości kary umownej przewidzianej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu,

- uzależnienie prawa zamawiającego do naliczenia kary od uprzedniego otrzymania przez Gminę Psary decyzji nakładającej administracyjną karę pieniężną,

- uzależnienie prawa zamawiającego do naliczenia kary od uprzedniego wyczerpania przez niego pełnej ścieżki odwoławczej od decyzji nakładającej administracyjną karę pieniężną (przed Głównym Inspektorem Ochrony Środowiska, Wojewódzkim Sądem Administracyjnym i Naczelnym Sądem Administracyjnym),

- przyznanie zamawiającemu prawa do zwrócenia się do wykonawcy o przedstawienie argumentacji niezbędnej do obrony stanowiska Zamawiającego w toku postępowań odwoławczych, przy jednoczesnym obowiązku wykonawcy dostarczenia takiej argumentacji w terminie pozwalającym na skuteczne wniesienie środka odwoławczego,

- przesunięcie terminu wymagalności kary na 14 dni od dnia prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań,

- ustalenie wysokości kary na poziomie 50% ostatecznie nałożonej na Gminę Psary sankcji, pomniejszonej o opłaty podwyższone, o których mowa w art. 6ka ust. 2 i 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nałożone decyzjami Wójta Gminy.

Odwołujący podniósł, że obciążenie wykonawcy obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu określonych w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowi w istocie żądanie spełnienia świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. W ocenie odwołującego niemożność ta ma charakter pierwotny i obiektywny – żaden z potencjalnych wykonawców nie byłby w stanie zrealizować wymaganego przez zamawiającego poziomu recyklingu, biorąc pod uwagę faktyczny strumień odpadów występujący na terenie gminy Psary. Tym samym zamawiający miał też nadużyć przysługującego mu prawa podmiotowego do kształtowania treści postanowień przyszłej umowy.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że ciężar wykazania spornych faktów spoczywał na odwołującym, jako na tej stronie, która z faktów tych wywodziła skutek prawny w postaci konieczności zmiany postanowień SWZ. Zgodnie bowiem z przepisem art. 6 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Stosownie zaś do przepisu art. 534 Pzp, *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*. Skoro odwołujący zarzucił, że żaden z potencjalnych wykonawców nie byłby w stanie zrealizować wymaganego przez zamawiającego poziomu recyklingu to jego obowiązkiem było zgromadzenie i przedstawienie dowodów na poparcie swych twierdzeń. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnego dowodu. W szczególności dostrzeżenia wymagało, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów co do poziomów recyklingu osiąganych przez wykonawców na terenie gminy Psary w poprzednich latach. Odwołujący choć realizuje obecnie analogiczne zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów, nie przedstawił także żadnych danych statystycznych, iż aktywnie i systematycznie informował zamawiającego o wszelkich przypadkach naruszania przez właścicieli nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych i pomimo wyboru najlepszej z możliwych instalacji i swych starań, nie osiągnął wymaganego poziomu recyklingu. Powyższe było o tyle istotne, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że odwołujący świadczył usługi od 1 marca 2023 r. do 30 czerwca 2025 r. (2 lata), a w tym czasie zamawiający otrzymał jedynie 5 protokołów kontroli wskazujących na niedopełnienie obowiązku segregacji przez właścicieli nieruchomości. Przy 4025 nieruchomościach zamieszkałych stanowić to miało zaledwie 0,12% nieruchomości, na których stwierdzono niedopełnienie obowiązków w skali całego okresu umowy.

Podkreślenia wymagało także, że nałożony na wykonawcę obowiązek i zastrzeżona na wypadek jego niewykonania kara umowna pozostawały w związku z przepisami art. 3b ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach. Stosownie do ww. przepisu gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej w tym przepisie.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że analogiczny obowiązek ustawodawca nałożył także w art. 9g ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach na podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Natomiast wysokość kary umownej z § 9 ust. 1 pkt 1.19 projektu umowy odpowiadała wysokości kary pieniężnej, o której mowa w art. 9x ust. 3 ww. ustawy. Co istotne kara, o której mowa w ww. przepisie jest karą, jaką obowiązany jest uiścić podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, który nie osiągnie analogicznych poziomów przygotowania odpadów do ponownego użycia i recyklingu. Jednocześnie ustawodawca nie opisał w ustawie okoliczności, na podstawie których podmiot ten mógłby uwolnić się od konieczności wykonania obowiązku nałożonego ustawą.

W tej sytuacji usunięcie z projektu umowy obowiązku osiągnięcia poziomu selekcji przez wykonawców odbierających odpady komunalne tylko z tego powodu, że świadczą oni usługę w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu byłoby wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązku osiągnięcia określonego w art. 3b ust. 1 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach analogicznego poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy zawartej z właścicielem nieruchomości.

Kolejno odwołujący podniósł, że poziom recyklingu, o którym mowa w art. 3b ust. 1 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach determinowany jest w głównej mierze przez okoliczności pozostające poza zakresem wpływu wykonawcy, a jednocześnie zależne od decyzji i działań zamawiającego. Przykładowo odwołujący wskazał, że zgodnie z ustawą wykonawca nie posiada narzędzi, które są w dyspozycji zamawiającego m.in. system sankcyjny.

Zdaniem izby argumentacja odwołującego okazała się nietrafna. Dokładna analiza SWZ prowadziła do wniosku, że przewidziano tam jednak wiele instrumentów, przy pomocy których wykonawca może wpływać na zwiększenie poziomu selekcji odpadów.

Po pierwsze na uwagę zasługiwał fakt, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów. Przedmiotem postepowania nie był zatem jedynie odbiór odpadów z posesji, ale także ich zagospodarowanie w sposób, który przyczyni się do osiągnięcia przez zamawiającego jego obowiązków ustawowych. Jak wynikało także z SWZ, to do wykonawcy należeć będzie wybór instalacji, w której będą zagospodarowywane odpady (por. pkt VIII.1 OPZ). Wykonawca może zatem wybrać tę z instalacji, która zapewni lepsze poziomy selekcji odpadów i przyczynić się tym samym do lepszego poziomu selekcji. Wykonawca może także wpływać na odpowiednie ukształtowanie postanowień umowy, którą zawrze z wybraną przez siebie instalacją.

Po drugie, zgodnie z pkt VII. 1 opisu przedmiotu zamówienia,*Wykonawca jest zobowiązany do kontrolowania realizowania przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych.* Zgodnie z tym samym postanowieniem, obowiązkiem wykonawcy jest w takiej sytuacji sporządzenie odpowiedniej dokumentacji fotograficznej, sporządzenie protokołu i przekazanie go zamawiającemu. Konsekwencją działań wykonawcy będzie zatem uruchomienie przez zamawiającego systemu sankcyjnego, o jakim odwołujący wspominał w odwołaniu. Również w pkt VI. 8.OPZ zamawiający przewidział, że*W przypadku stwierdzenia braku realizowania przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych lub stwierdzenia pozbywania się bioodpadów mimo zadeklarowanego ich kompostowania w przydomowym kompostowniku Wykonawca najpóźniej wraz z dokumentacją stanowiącą rozliczenie usługi wykonanej w danym miesiącu przedłoży sporządzoną na tę okoliczność dokumentację zgodnie z rozdziałem I pkt 16 i rozdziałem VII.*Dodatkowo w pkt I. 13 b) OPZ zamawiający przewidział, że *Wykonawca będzie zobowiązany do kontrolowania czy właściciel nieruchomości, który zadeklarował kompostowanie bioodpadów w przydomowym kompostowniku nie pozbywa się ich w dniu odbioru niezgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Psary.*W ocenie izby wykonawca przez faktyczne wykorzystywanie przewidzianych przez zamawiającego regulacji może wpływać na zwiększenie poziomu selekcji odpadów. Podkreślenia wymagało również, że zamawiający nie ma prawa pozostawić zgłoszenia wykonawcy bez dalszego biegu. Zgodnie bowiem z art. 6ka ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

1. 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.

2. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta na podstawie powiadomienia, o którym mowa w ust. 1, wszczyna postępowanie w

sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

3. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa, w drodze decyzji, wysokość opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi za miesiąc lub miesiące, a w przypadku nieruchomości, o których mowa w art. 6j ust. 3b, za rok, w których nie dopełniono obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, stosując wysokość stawki opłaty podwyższonej, o której mowa w art. 6k ust. 3.

W tej sytuacji stwierdzono, że bezzasadne okazało się także wskazanie przez odwołującego jako naruszonych przepisów art. 433 pkt 2 i pkt 3 Pzp. Przywołane przez odwołującego przepisy art. 433 Pzp stanowią bowiem, że *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Odwołujący nie udowodnił, by w okolicznościach danej sprawy zamawiający przewidział sporną karę umowną na wypadek okoliczności, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Jak opisano powyżej, odpowiedzialność za nieosiągnięcie odpowiedniego poziomu selekcji odpadów spoczywała także na wykonawcy umowy. Odwołujący nie wykazał także, aby zamawiający zastrzegł karę umowną za niewykonanie obowiązku, który choćby pośrednio nie byłby związany z należytym wykonaniem umowy przez wykonawcę. Zarzuty naruszenia art. 433 pkt 2 i pkt 3 Pzp okazały się więc nietrafne.

Odwołujący podniósł także w odwołaniu, że osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu jest utrudnione, bo zgodnie z obowiązującym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Psary (uchwała nr XIX/186/2020 Rady Gminy Psary), popiół – będący odpadem o istotnym potencjale recyklingowym – nie został objęty systemem selektywnej zbiórki. Argumentował, że w konsekwencji, w praktyce popiół trafia do strumienia odpadów zmieszanych, co w sposób bezpośredni wpływa na zwiększenie wolumenu frakcji 20 03 01.

Zarzut ten okazał się chybiony. Odwołujący oparł swój zarzut na założeniu, że stan opisany w ww. uchwale Rady Gminy Psary na pewno się nie zmieni. Dostrzeżenia wymagało jednak, że w opisie przedmiotu zamówienia w pkt XI.2 zamawiający opisał prawo opcji, którego treścią jest *Odbiór i zagospodarowanie odpadów popiołów z gospodarstw domowych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych znajdujących się na terenie gminy Psary oraz wyposażenie nieruchomości w pojemniki na popiół.* Zamawiający przewidział zatem możliwość, że popiół zostanie jednak objęty systemem selektywnej zbiórki odpadów. Powyższe może pozwolić na zmniejszenie wolumenu frakcji 20 03 01. Uszło zatem uwadze odwołującego, że aby mówić o niemożliwości w rozumieniu art. 387 § 1 KC, powinna ona mieć charakter pierwotny, obiektywny i nieprzezwyciężalny.

Odwołujący podniósł także, że ustawa z 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1852) wprowadza od 1 października 2025 r. system kaucyjny w Polsce. Zdaniem odwołującego, skutkiem tego rozwiązania będzie pozbawienie wykonawców przedmiotowego zamówienia dostępu do odpadów mających zasadnicze znaczenie dla realizacji wymaganych poziomów recyklingu.

Izba stwierdziła, że faktycznie, wskutek wejścia w życie ww. ustawy na terenie Polski zostanie wprowadzony tzw. system kaucyjny. W ramach tego systemu część odpadów opakowaniowych będzie można oddawać bezpośrednio do niektórych placówek handlowych czy automatów.

Odnosząc się do ww. argumentacji po pierwsze na uwagę zasługiwał fakt, że pomimo wprowadzenia przez ustawodawcę systemu kaucyjnego, ten sam ustawodawca w dalszym ciągu pozostawił w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązek osiągnięcia nie tylko przez gminy, ale i przez podmioty odbierające odpady komunalne na podstawie umowy zawartej z właścicielem nieruchomości poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie. Tym samym należało dojść do wniosku, że sam ustawodawca uważa, iż możliwe jest chociażby osiągnięcie ww. limitu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy zawartej z właścicielem nieruchomości, pomimo wdrożenia systemu kaucyjnego w Polsce.

Izba wzięła także pod uwagę, że odwołujący nie udowodnił swojego stanowiska, że wykonawca analizowanej umowy zostanie z tego powodu pozbawiony odpadów mających decydujące znaczenie dla realizacji wymaganych poziomów recyklingu. Ponownie podkreślenia wymagało, że zgodnie z przepisem art. 6 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Odwołujący, mimo że był

wykonawcą poprzedniej umowy na terenie gminy zamawiającego nie przedstawił żadnego dowodu, danych statystycznych czy prognoz, jaka ilość strumienia odpadów nie będzie odbierana po zmianie przepisów. Odwołujący nie udowodnił także, że akurat te grupy odpadów, które objęte będą systemem kaucyjnym, do tej pory były selekcjonowane w stopniu wyższym niż pozostałe, co spowoduje, że ich wyłączenie z ogólnego strumienia zwiększy ryzyko niemożności osiągnięcia poziomu odzysku opisanego w projekcie umowy. Wobec powyższego izba nie znalazła podstaw aby nakazać zamawiającemu dokonanie wnioskowanych zmian.

W ramach żądań ewentualnych odwołujący domagał się wprowadzenia do projektu umowy uzależnienia prawa zamawiającego do naliczenia spornej kary od uprzedniego wyczerpania przez niego pełnej ścieżki odwoławczej od decyzji nakładającej administracyjną karę pieniężną (przed Głównym Inspektorem Ochrony Środowiska, Wojewódzkim Sądem Administracyjnym i Naczelnym Sądem Administracyjnym).

Zdaniem Izby żądania ewentualne okazały się bezzasadne. Zgodnie z rozdziałem III pkt 3 SWZ zamawiana usługa ma być świadczona przez 24 miesiące od dnia zawarcia umowy lecz nie wcześniej niż od 1 listopada 2025 r. Jak wyjaśnił w trakcie rozprawy zamawiający, nałożenie na gminę administracyjnej kary pieniężnej może nastąpić w dłuższej perspektywie czasowej, już po zakończeniu obowiązywania umowy, co mogłoby stać na przeszkodzie efektywnemu nałożeniu kary umownej na wykonawcę na podstawie jej treści. Ponadto byłoby to niecelowe. Ja słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zastrzeżona przez niego kara umowna dotyczyła wyłącznie zakresu umowy realizowanego przez wykonawcę i będzie obliczana w odniesieniu do masy odebranych przez wykonawcę odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych. Brak było zatem wystarczających podstaw do wiązania jej z ewentualną karą nakładaną na gminę z tytułu ewentualnego nieosiągnięcia przez nią odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nr 1 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut nr 2 odwołania.

Zarzut nr 2 odwołania został skierowany wobec postanowienia zawartego w OPZ w pkt. XI. Prawo Opcji pkt 2.3., w którym zamawiający wskazał: „*Wykonawca będzie miał obowiązek wyposażyć w pojemniki na popiół o pojemności 120l. każdą nieruchomość na dwa tygodnie przed wdrożeniem usługi. Zamawiający raz w tygodniu, będzie informował Wykonawcę o nowych nieruchomościach, od których Wykonawca będzie miał obowiązek odebrać popiół i wyposażyć w pojemniki na popiół. Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia nieruchomości w pojemnik na popiół w terminie 7 dni od dnia otrzymania takiej informacji od Zamawiającego. Pojemniki powinny być koloru jasnoszarego i oznaczone napisami: „POPIÓŁ" oraz „NIE WRZUCAĆ GORĄCEGO POPIOŁU".*

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał liczby ani nawet szacunkowego zapotrzebowania w pojemniki na popiół. Z tego powodu opis przedmiotu zamówienia miał być niejednoznaczny i niewyczerpujący, czym naruszono dyspozycję art. 99 ust. 1 Pzp. Tak sformułowany zarzut okazał się nietrafny. Z zakwestionowanego postanowienia w zd. 1 wprost wynikało, że wykonawca będzie miał obowiązek wyposażyć w pojemniki każdą nieruchomość. Z kolei w pkt II. 2 OPZ zamawiający określił liczbę nieruchomości zamieszkałych, objętych usługą odbierania odpadów komunalnych jako 4025. Nie można było się zatem zgodzić z odwołującym, że zamawiający w dokumentach zamówienia nie wskazał liczby ani nawet szacunkowego zapotrzebowania w pojemniki na popiół.

Kolejno odwołujący podniósł, że wymagane przez zamawiającego pojemniki na popiół koloru jasnoszarego nie są ogólnodostępne na rynku i muszą być produkowane na specjalne zamówienie. Domagał się nakazania zamawiającemu zmiany koloru pojemnika z jasnoszarego na antracytowy lub czarny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że *Kolor pojemników na odpady popiołu został wybrany w sposób zapewniający różnicowanie względem pojemników przypisanych do frakcji objętych selektywną zbiórką. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 10 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r., poz. 906), kolor niebieski przypisany jest dla odpadów papieru, zielony dla szkła, żółty dla odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, a brązowy dla bioodpadów. Pojemnik na odpady zmieszane zgodnie z utrwaloną praktyką segregacji odpadów ma kolor czarny lub antracytowy, stąd wybór koloru jasnoszarego jest uzasadniony.*

Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że pojemniki koloru jasnoszarego nie są ogólnodostępne na rynku i muszą być produkowane na specjalne zamówienie. Zgodnie zaś z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 KC, *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. W myśl zaś przepisu art. 534 Pzp, *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.* W braku aktywności dowodowej izba nie miała zatem podstaw do

ustalenia, że pojemniki koloru jasnoszarego nie są ogólnodostępne na rynku i muszą być produkowane na specjalne zamówienie. Przy wyrokowaniu izba wzięła także pod uwagę, że zamawiający w pkt I. 3 OPZ przewidział, że odpady komunalne zmieszane będą gromadzone w pojemnikach koloru czarnego lub grafitowego. Z powyższego postanowienia wynikało zatem, że w szczególności kolor czarny i grafitowy zostały już zarezerwowane dla pojemników służących do odbioru odpadów zmieszanych. W związku z powyższym przeznaczenie na popiół pojemników o takim samym lub zbliżonym kolorze byłoby niewskazane.

Kolejno odwołujący podniósł, że zamawiający przewidział, iż wykonawca ma obowiązek wyposażyć mieszkańców w pojemniki na popiół w terminie 7 dni od dnia przekazania mu stosownej informacji. Według odwołującego mając na uwadze konieczność specjalnej produkcji pojemników w wymaganym kolorze jasnoszarym, termin ten jest obiektywnie niemożliwy do dochowania. Zdaniem odwołującego tym samym zamawiający wymagał od wykonawcy świadczenia niemożliwego (art. 387 § 1 k.c.).

Zarzut ten okazał się niezasadny. Jak już wcześniej wskazano, odwołujący nie wykazał, że pojemniki koloru jasnoszarego nie są ogólnodostępne na rynku i muszą być produkowane na specjalne zamówienie. Odwołujący nie dostrzegł także, że w pkt XI OPZ (Prawo opcji) w zd. 1 zamawiający przewidział, że *Informację o skorzystaniu z prawa opcji Zamawiający przekaże Wykonawcy trzy miesiące przed wdrożeniem usługi.* Nie można było zatem zgodzić się z odwołującym jakoby wykonawca będzie miał obowiązek wyposażyć nieruchomości w pojemniki na popiół w terminie 7 dni. Przeciwnie, z powyższego postanowienia wynikało, że zamawiający zagwarantował wykonawcy aż trzy miesiące na zakup odpowiedniej liczby pojemników i wyposażenie w nie nieruchomości. Obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemnik na popiół w terminie 7 dni dotyczył będzie zaś wyłącznie nowej nieruchomości zgodnie z deklaracją właściciela dotyczącą wysokości opłaty za odbiór odpadów komunalnych.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że zarzut nr 2 odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie izby w wysokości 641,70 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt

2 lit. a i b w 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).

Przewodniczący:……