Sygn. akt: KIO 4086/25

WYROK

Warszawa, dnia 5 listopada 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza **- w składzie:**

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 31 października 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 25 września 2025 r. przez wykonawcę Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Gmina Miękinia

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1 petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu zmianę zapisów Wzoru umowy poprzez wykreślenie § 12 ust. 2 i 3;

2.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu w części 6/7 oraz zamawiającego Gminę Miękinia w części 1/7, i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od zamawiającego Gminy Miękinia na rzecz wykonawcy Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu kwotę 2 143 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sto czterdzieści trzy złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

3.3.znosi koszty postępowania odwoławczego między stronami w pozostałym zakresie.

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 4086/25

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

Gmina Miękinia (dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - 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.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miękinia w latach 2026 i 2027" znak sprawy: ZP.271.20.2025 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 września 2025 r., numer publikacji ogłoszenia: 598876-2025, numer wydania Dz.U. S: 176/2025.

W tym samym dniu zamawiający opublikował, na stronie prowadzonego postępowania, specyfikację warunków zamówienia (dalej „SWZ").

W dniu 25 września 2025 r. przez wykonawcę Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie na czynności zamawiającego polegające na ukształtowaniu w sposób niezgodny z normami Pzp: treści ogłoszenia o zamówieniu; treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") oraz Załącznika nr 8 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ"); projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, określonych w Załączniku nr 7 do SWZ - Wzór Umowy (dalej „WU").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 353 (1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 106 z późn. zm.) - dalej „KC" oraz art. 5 KC w zw. z art. 483 § 1 KC poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 2 WU kar umownych od wykonawcy na rzecz zamawiającego za nieosiągnięcie przez wykonawcę określonych w SWZ poziomów odzysku i recyklingu, wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji (dalej łącznie jako „poziomy recyklingu") w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie

poziomów recyclingu wpływ mają przede wszystkim działania samego zamawiającego, w tym odnoszące się do jakości zbiórki odpadów u „źródła" (przez właścicieli nieruchomości) oraz uwarunkowania rynkowe (w szczególności popyt na „surowce", czyli wąską grupę odpadów nadających się do recyklingu, które wliczane są do poziomów recyklingu, a nie tylko działania wykonawcy, które są w dodatku ograniczane przez uwarunkowania rynkowe i realne możliwości przekazania do recyklingu odpadów odebranych przez wykonawcę, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 12 ust. 3 WU, że kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu będą naliczane niezależnie od tego, czy zamawiającemu zostanie naliczona kara za nieosiągnięcie poziomów recyklingu i w jakiej wysokości, co w konsekwencji doprowadziło do wprowadzenia klauzuli umownej konstytuującej nadużycie prawa podmiotowego przez zamawiającego oraz sprzecznej z zasadami współżycia społecznego z uwagi na zasadniczy wpływ zamawiającego na możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu, przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na ich osiągnięcie a także przez wprowadzenie mechanizmu naliczenia kar umownych wykonawcy niezależnie od tego, czy i w jakiej wysokości zostanie naliczona zamawiającemu kara za nieosiągnięcie poziomów recyklingu;

2. art. 433 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 483 § 1 KC poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 3, 18, WU rażąco wygórowanych kar umownych za opóźnienie, co stanowi klauzulę abuzywną i nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia udzielonego w postępowaniu, ani warunkami jego realizacji;
3. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 i 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) KC oraz art. 5 KC poprzez ukształtowanie w § 15 WU warunków waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na okoliczności, o których mowa w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w sposób, który:
   a. jest sprzeczny z treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem:
      i. przewiduje w § 15 ust. 1 WU jednokrotną waloryzację wynagrodzenia w 24 miesięcznym okresie realizacji umowy, podczas gdy przepis art. 439 ust. 1 ustawy Pzp nie nadaje zamawiającemu kompetencji do takiego apriorycznego ograniczenia ilości zmian wynagrodzenia, przewidując jednocześnie, że uprawnienie wykonawcy do domagania się waloryzacji wynagrodzenia powstaje już po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz uzależnienie dokonania waloryzacji od zaistnienia określonych zmian o charakterze makroekonomicznym,
      ii. przewiduje w § 15 ust. 4 WU, że waloryzacja wynagrodzenia będzie mogła nastąpić dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, podczas gdy redakcja art. 439 ust.1 ustawy Pzp wskazuje, iż wykonawca co do zasady jest uprawniony do wystąpienia z roszczeniem waloryzacyjnym po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
   b. narusza równowagę stron umowy, ma charakter iluzoryczny, uniemożliwiający osiągnięcie ustawowego celu instytucji waloryzacji, jakim jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, albowiem zamawiający:
      i. zastrzegł, iż waloryzacja będzie miała zastosowanie, jeżeli ceny wzrosną o co najmniej 2% i nie więcej niż 5%,
      ii. sformułował w § 15 ust. 5 i 6 WU wymagania, w dodatku nieprecyzyjne, dotyczące dokumentów, jakie wykonawca winien załączyć do wniosku waloryzacyjnego w celu wykazania wpływu wzrostu cen oraz zastrzegł żądanie udzielenia wyjaśnień, pomimo uczynienia podstawą roszczenia waloryzacyjnego wystąpienia różnicy pomiędzy wskaźnikiem procentowym odpowiadającym rocznej inflacji za poprzedni rok, a analogicznym wskaźnikiem obowiązującym w roku złożenia wniosku o waloryzację, nie wyjaśniając przy tym w żaden sposób wedle jakich kryteriów będzie oceniać dokumenty i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę,
      iii. określenie maksymalnej wysokości zmiany wynagrodzenia za wykonanie zamówienia udzielanego w postępowaniu na poziomie zaledwie 10 % wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego brutto, pomimo iż planowany okres realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące;
4. art. 246 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie kryterium ceny jako kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60%, pomimo iż analiza OPZ, SWZ i WU prowadzi do jednoznacznej konstatacji, że zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia;
5. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia:
   a. w sposób niewyczerpujący i nieproporcjonalny, albowiem bez uwzględnienia jakiejkolwiek procedury reklamacyjnej dotyczącej odbiorów odpadów z PSZOK, w tym w szczególności w przypadku niezgodności zadeklarowanych kodów odpadów z rzeczywistością, przy jednoczesnym zobowiązaniu wykonawcy do odbioru takich odpadów nawet wówczas, gdy wykonawca nie będzie posiadać stosownych wpisów w RDR czy BDO umożliwiających

zagospodarowanie tych odpadów, co w istocie oznaczać będzie nałożenie na wykonawcę umownego obowiązku działania w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa,

b.w sposób niejednoznaczny, poprzez posłużenie się w pkt 7 Formularza ofertowego frazą „w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów" bez jednoczesnego wyjaśnienia co zamawiający rozumie pod tym pojęciem,

c.w sposób niewyczerpujący, poprzez nieprzewidzenie procedury alternatywnej na wypadek awarii systemu ECO lub interfejsu wymiany danych, która to procedura umożliwiłaby wykonawcy rejestrowanie danych i przekazywanie ich do systemu ECO w późniejszym terminie, np. po przywróceniu działania systemu,

d.w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny, poprzez zastrzeżenie w Dziale IV Rozdziale 8 pkt 4 OPZ obowiązku nagrywania filmów z ważenia „na pełno" odpadów odebranych w ramach wystawki krawężnikowej;

6.art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie po otwarciu ofert weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale 4 pkt 3 SWZ, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować bazą magazynowo - transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i jest wyposażona i usytuowana zgodnie z tym rozporządzeniem w miejscu właściwym dla odbierania odpadów z terenu gminy Miękinia;

7.art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w OPZ, dotyczącym oprogramowania komputerowego i wymiany danych, obowiązków w zakresie sposobu realizacji usługi (zapisów), które są nieprecyzyjne, sprzeczne, nie pozwalają na zidentyfikowanie zobowiązań wykonawcy oraz ryzyka wiążącego się ze złożeniem oferty oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz jego wartości i celów.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1.Ad. Zarzut z pkt 1 - wykreślenia § 12 ust. 2 i 3 WU,ewentualnie: zmiany § 12 ust. 2 WU poprzez nadanie mu treści: „Wykonawca zapłaci kary umowne za zawinione nieosiągnięcie określonych w SWZ poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczania składowania odpadów ulegających biodegradacji w wysokości równej 20% kary naliczonej zamawiającemu na mocy ostatecznej decyzji administracyjnej, przy zastrzeżeniu, że w przypadku zakwestionowania przez zamawiającego ostatecznej decyzji administracyjnej nakładającej karę za nieosiągnięcie poziomów recyklingu skargą wniesioną w postępowaniu sądowo-administracyjnym, wartością kary naliczonej zamawiającemu będzie wartość tej kary wskazana w prawomocnym wyroku właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego albo wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego", przy jednoczesnym wykreśleniu § 12 ust. 3WU;

2.Ad. Zarzut z pkt 2 - zmiany § 12 ust. 1 pkt 3 i pkt 18 WU poprzez nadanie im następującego brzmienia: „ 3) w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) za zwłokę w udzieleniu odpowiedzi na zgłoszoną reklamację lub za brak realizacji reklamacji w terminie wskazanym w SWZ; 18) w wysokości 300,00 zł (słownie: trzysta złotych 00/100) za każdy dzień zwłoki w przesłaniu, w całości lub w części, danych wymaganych postanowieniami SWZ, za pomocą systemu ECO";

3.Ad. Zarzut z pkt 3 - nadania klauzuli w § 13 ust. 4 WU następującego brzmienia: „Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany Wynagrodzenia na podstawie art. 439 ustawy Pzp w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia innych niż te wskazane w ust. 3 powyżej.

4.1. każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany kwartalnego Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. Inflacja - analogiczny okres roku poprzedniego = 100), ogłaszanego obwieszczeniem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („Wskaźnik GUS") /źródło GUS, ,

4.2 zmiana kwartalnego Wskaźnika GUS uzasadnia żądanie zmiany Wynagrodzenia pod warunkiem, że różnica pomiędzy kwartalnym Wskaźnikiem GUS obowiązującym w dniu,w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu, w następstwie którego zawarto Umowę, a kwartalnym Wskaźnikiem GUS obowiązującym w dniu wystąpienia przez Stronę z wnioskiem o zawarcie aneksu, wynosi co najmniej 3%,

4.3. zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż od następnego miesiąca kalendarzowego, który nastąpi po komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego podającym kwartalny Wskaźnik GUS większy albo mniejszy o 3% niż ten Wskaźnik GUS obowiązujący w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu,w następstwie którego zawarto umowę,

4.4 zmiana wynagrodzenia dotyczyć będzie części wynagrodzenia przypadającej do zapłaty po zaistnieniu zdarzenia opisanego w pkt 4.3. powyżej, którego datę winna wykazać strona składająca wniosek waloryzacyjny,

4.5. Strona występująca z wnioskiem o zawarcie aneksu waloryzacyjnego może uczynić to nie wcześniej niż po

upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

4.6. kolejna waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia, w którym złożony został poprzedni wniosek o zawarcie aneksu waloryzacyjnego,

4.7. W przypadku kolejnych wniosków o zawarcie aneksu składanych przez Stronę postanowienia zawarte w pkt 4.1) - 4.4) stosuje się odpowiednio, z tym, że:

a) różnicę uzasadniającą żądanie zmiany Wynagrodzenia oblicza się pomiędzy kwartalnym Wskaźnikiem GUS obowiązującym w dniu wystąpienia przez Wykonawcę z poprzednim wnioskiem o zawarcie aneksu a kwartalnym Wskaźnikiem GUS obowiązującym w dniu wystąpienia przez Wykonawcę z wnioskiem o zawarcie aneksu,

b) zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż od następnego miesiąca kalendarzowego, który nastąpi po komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego podającym kwartalny Wskaźnik GUS większy albo mniejszy o 3% niż ten Wskaźnik GUS obowiązujący w dniu, w którym Strona wystąpiła z poprzednim wnioskiem o zawarcie aneksu,

4.8. Strony ustalają maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień na poziomie do 20% wysokości wynagrodzenia netto, określonego w Umowie;

4. Ad. Zarzut z pkt 4 - dokonanie zmiany Rozdziału 16 SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„1 Przy wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

a) cena brutto oferty - 60%

b) zaoferowanie realizacji świadczenia dodatkowymi pojazdami spełniającymi wymóg standardu emisji spalin EURO VI - 20%

c) termin płatności - 20%.

2A. W ramach kryterium cena ocenie poddana zostanie cena oferty brutto wskazana przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym, obliczona przez wykonawcę zgodnie obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami określonymi w Rozdziale 15 SWZ. Ocena punktowa zostanie dokonana zgodnie ze wzorem:

K1 = (Cmin / Cbad) x 60 pkt K1 – liczba punktów przyznana ofercie badanej pod względem kryterium „Cena” Cmin – najniższa cena brutto zaproponowanej oferty Cbad - cena brutto oferty badanej

2B W ramach kryterium zaoferowanie realizacji świadczenia dodatkowymi pojazdami spełniającymi wymóg standardu emisji spalin EURO VI Zamawiający przyzna punktyw przypadku przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania:

- do realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem jednego dodatkowego (w stosunku do pojazdów, o których mowa w Rozdziale 4 pkt 3 SWZ) pojazdu spełniającego wymóg standardu emisji spalin EURO VI -10 pkt
- do realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem dwóch dodatkowych (w stosunku do pojazdów, o których mowa w Rozdziale 4 pkt 3 SWZ) pojazdów spełniających wymóg standardu emisji spalin EURO VI - 20 pkt

2C W ramach kryterium „termin płatności” Zamawiający przyzna: punkty w przypadku akceptacji przez wykonawcę

- 14 - dniowego terminu płatności - 0 pkt
- 21- dniowego terminu płatności - 10 pkt
- 30 - dniowego terminu płatności - 20 pkt

5.Ad. Zarzut z pkt 5:

a. Wprowadzenie procedury reklamacyjnej dla odpadów odbieranych przez wykonawcę z PSZOK,

b. Wprowadzenie w pkt 7 Formularza oferty definicji „niewielkich ilości odebranych odpadów”, jako odpadów w ilości mniejszej niż 10 kg,

c. Wprowadzenie w OPZ procedury alternatywnej na wypadek awarii systemu ECO lub interfejsu wymiany danych, która to procedura umożliwiłaby Wykonawcy rejestrowanie danych i przekazywanie ich do systemu ECO w późniejszym terminie, np. po przywróceniu działania systemu

d. wykreślenie w Dziale IV Rozdziale 8 pkt 4 OPZ, ewentualnie nadanie mu następującej treści: „Zamawiający jest uprawniony do wydelegowania swoich przedstawicieli w celu uczestnictwa w odbiorze odpadów w ramach zbiórki krawężnikowej, w celu organoleptycznego zweryfikowania jakiego rodzaju odpady zostały odebrane w ramach tej zbiórki.”;

6.Ad. Zarzut z pkt 6

wprowadzenie w Rozdziale 6 pkt 1 ppkt 4 SWZ obowiązku złożenia wraz z ofertą dokumentu, w którym Wykonawca wskaże adres bazy magazynowo - transportowej, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale 4 pkt 3 SWZ, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować do realizacji zamówienia bazą magazynowo - transportową, spełniającą wszystkie wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 roku, poz. 122);

7.Ad. Zarzut nr 7

Sprecyzowanie OPZ w zakresie funkcjonalności i wymagań odnoszących się do oprogramowania ECO.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Strony i uczestnicy złożyli swoje stanowiska:

1)odwołujący w piśmie procesowym z 30 października 2025 r. wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania;

2)zamawiający w piśmie procesowym z 30 października 2025 r. - Odpowiedź na odwołanie wskazał, że z przedstawionymi w odwołaniu zarzutami a także propozycjami odwołującego w zakresie zmiany SWZ nie zgadza się, a tym samym wnosi o ich nieuwzględnienie i oddalenie odwołania w całości.

Wobec tego, że odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania podnoszone w odwołaniu - Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po zapoznaniu się ze stanowiskiem stron, złożonym ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego się wykonawcy przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania, która przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący zamierza złożyć swoją ofertę w postępowaniu, naruszenia przez zamawiającego przepisów opisywane w treści odwołania, mogą uniemożliwić mu złożenie oferty pomimo, że dysponuje on potencjałem umożliwiającym realizację zamówienia, a także, w przypadku złożenia oferty, narazić odwołującego na poniesienie realnej i faktycznej szkody w związku z realizacją zamówienia w oparciu o aktualnie brzmienie postanowień WU. Powyższe wyczerpuje przesłankę opisaną w art. 505 ustawy Pzp, tj. posiadania legitymacji do wniesienia odwołania.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i oceniła dowody złożone przez odwołującego, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez niego wskazane:

1.W celu wykazania zasadności zarzutu nr 1, dotyczącego wprowadzenia kary umownej za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu w § 12 ust. 2 i ust. 3 WU, w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

(01) Podsumowanie opracowane przez odwołującego, potwierdzające, że:

1) sposób zbierania odpadów przez mieszkańców Wrocławia (tzw. morfologia) powoduje, że przeważająca część odebranych odpadów to odpady zmieszane (ok. 55%);

2) Zamawiający już w 2024 r. nie osiągnął wymaganego poziomy recyklingu odpadów - osiągnięto 36,01% przy wymaganych 45%;

3) wymagany poziom recyklingu odpadów (56% w 2026 r.) jest niemożliwy do osiągnięcia z uwagi na morfologię odpadów i brak możliwości poddania recyklingowi odpadów wysortowanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych;

4) wymagany poziom recyklingu odpadów jest niemożliwy do osiągnięcia (w odniesieniu do odpadów selektywnie zebranych, jak i zmieszanych) z uwagi na wymogi prawne oraz wymagania jakościowe recyklerów;

5) nastąpi wyeliminowanie części surowców w ramach tzw. systemu kaucyjnego, co jeszcze bardziej ograniczy poziomy recyklingu możliwe do osiągnięcia przez wykonawców - w odniesieniu do tzw. tworzyw sztucznych i szkła;

(02) Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Miękinia za 2024 r., która potwierdza, że:

1) zamawiający już w 2024 r. nie osiągnął wymaganego poziomy recyklingu odpadów - osiągnięto 36,01% przy wymaganych 45%;

2) wymagany poziom recyklingu odpadów (56% w 2026 r.) jest niemożliwy do osiągnięcia z uwagi na morfologię odpadów i brak możliwości poddania recyklingowi odpadów wysortowanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych;

3) zamawiający nie podejmuje wystarczających i skutecznych działań organizacyjnych, edukacyjnych ani

kontrolnych mających mobilizować mieszkańców do selektywnej zbiórki odpadów, a zatem nie można liczyć na skokowy (prawie dwukrotny) wzrost poziomów recyklingu, skoro nie wprowadzono żadnych skutecznych środków naprawczych.
(03) Dokumentacja z realizacji bieżących umów przez odwołującego:
(03.1) Protokoły stwierdzające, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych,
(03.2) Pismo do zamawiającego wskazujące problemy z selektywną zbiórką odpadów,
(03.3) Reklamacja PSZOK,
potwierdzające, że:
a. odwołujący, jako wykonawca realizujący obecne umowę, realizuje swoje obowiązki zgodnie ze standardem najwyższej staranności, w tym weryfikuje odbierane odpady pod względem prawidłowości selektywnej zbiórki odpadów i zgodnie z zawartymi umowami informuje o tym fakcie zamawiającego i na tym jego wpływ na wysoki udział odpadów zmieszanych w strumieniu odbieranym od mieszkańców w zasadzie się kończy;
b. zamawiający dysponuje informacjami przekazywanymi na bieżąco o nieprawidłowościach w selektywnym zbieraniu odpadów przez mieszkańców i to w jego kompetencjach leży np. wszczęcie postępowania administracyjnego, przeprowadzenie kontroli w trybie przewidzianym przepisami prawa i nałożenie na mieszkańców tzw. opłaty podwyższonej, czyli administracyjno-prawnej „kary", która ma zmotywować do prawidłowego selektywnego zbierania odpadów w przyszłości, a zatem zamawiający, a nie wykonawca, dysponuje odpowiednimi narzędziami do poprawy jakości selektywnej zbiórki odpadów przez mieszkańców i w konsekwencji zwiększenia osiąganych poziomów recyklingu;
c. zamawiający jest informowany o nieprawidłowym zbieraniu odpadów także w PSZOK, który sam prowadzi;
(04) Wymagania jakościowe recyklera makulatury określające warunki, wymagania jakościowe i standardy recyklerów dla odpadów, które mogą zostać przyjęte do recyklingu - wykonawca nie ma zatem wpływu na morfologię odebranych i przekazanych recyklerom odpadów - nie można poddać recyklingowi odpadów zanieczyszczonych;
(05) Oświadczenie recyklera wskazujące na wysoki udział zanieczyszczeń odliczonych przez recyklerów (tj. odpadów, które nie zostały poddane recyklingowi, pokazujące „ucięty" poziom zanieczyszczeń z przekazanych odpadów) - na okoliczność ograniczonych możliwości poddania recyklingowi odpadów zebranych selektywnie;
(06) Politechnika Wrocławska, Raport „Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia:
d. str. 9: do roku 2025 poziom selektywnego zbierania wszystkich frakcji wzrośnie o ok. 50% w stosunku do roku 2019, nie jest to wystarczające, aby spełnić wymagany w 2025 roku poziom recyklingu (55% całkowitej masy odpadów komunalnych);
e. str. 24: Wymagane poziomy recyklingu odpadów komunalnych są bardzo ambitne i będą trudne, lub wręcz niemożliwe do spełnienia bez daleko idących zmian procesów produkcyjnych i wymuszenia na producentach stosowania coraz wyższych udziałów surowców wtórnych z recyklingu w nowych produktach;
f. charakterystyka morfologii odpadów wytwarzanych przez mieszkańców i określenie wymaganych środków, koniecznych do osiągnięcia poziomów recyklingu - które nie zostały wdrożone;
g. wymagany poziom recyklingu odpadów jest niemożliwy do osiągnięcia z uwagi na morfologię odpadów i brak możliwości poddania recyklingowi odpadów wysortowanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych;
h. szczegółowe okoliczności związane z odpadami zmieszanymi, tworzywami sztucznymi, szkłem bioodpadami i papierem - określające przeszkody natury prawnej i faktycznej, które uniemożliwiają osiągnięcie poziomów recyklingu;
(07) PAP, Sowińska: system kaucyjny pomoże gminom w osiągnięciu poziomów recyklingu, 23 maja 2024 r. - potwierdza fakt, że zamawiający będzie mógł wliczyć do osiąganych przez siebie poziomów recyklingu odpady objęte tzw. systemem kaucyjnym, a wykonawca w niniejszym postępowaniu nie będzie mógł tego uczynnić na etapie ustalenia wystąpienia przesłanki do nałożenia kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu;
(08) NIK „Działania organów administracji publicznej na rzecz zapobiegania powstawania odpadów i zapewnienia recyklingu" na okoliczność, że poziomy recyklingu nie są osiągane m.in. z uwagi na brak warunków prawnych, organizacyjnych i informacyjnych na poziomie ustawodawcy, brak wprowadzenia przepisów dot. Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, niewystarczające działania edukacyjne i inwestycyjne gmin oraz niski udział selektywnie zebranych odpadów komunalnych;
(09) Symulacja wysokości kar odwołującego - potwierdza, że wysokość kar jest bardzo istotna oraz, że wysokość tych kar jest niemożliwa do przewidzenia, przez co oferty będą nieporównywalne;
(10) Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miękinia - potwierdza, że zamawiający dopuszcza nieselektywną zbiórkę odpadów;

(11.1) Wyrok (bez uzasadnienia) Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 15 października 2025 r. sygn. akt XXIII Zs 96/25, w którym Sąd uwzględnił skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2025 r. pod sygn. akt KIO 1056/25, KIO 1057/25, KIO 1058/25 KIO 1059/25, KIO 1060/25, KIO 1061/25, KIO 1075/25, KIO 1076/25, KIO 1077/25, KIO 1078/25, KIO 1080/25, K 1081/25, KIO 1082/25, KIO 1083/25, KIO 1085/25, KIO 1086/25, KIO 1087/25, KIO 1088/25, KIO 1089/25, K 1090/25 i nakazał zamawiającemu (Gminie Wrocław) usunięcie projektowanych postanowień umowy, tj. obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, określonego w Rozdziale XIX pkt 1 ppkt 2 SWU oraz kary umownej przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Wzoru Umowy.

Sąd w ustnych motywach powyższego rozstrzygnięcia wskazał, że „przerzucanie" na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu odpadów, które to obowiązki nałożył na gminę ustawodawca, nie ma podstawy prawnej. To gmina, jako wspólnota mieszkańców, jest wytwórcą odpadów, a wykonawca jedynie odbiera i zagospodarowuje te odpady, pozostając w zasadzie bez wpływu na kluczowy w tym zakresie poziom selektywnej zbiórki odpadów przez mieszkańców. Sąd określił taką konstrukcję postanowienia umownego jako „sponsoring" kar administracyjnych, który nie ma podstaw prawnych. Sąd wskazał także, że jest przy tym oczywiste i wynika to z absolutnych podstaw prawa cywilnego, że nie można takiego niemożliwego do obowiązku przerzucać na wykonawców, a w konsekwencji wprowadzać kar umownych za niezrealizowanie tych obowiązków.

(11.2) Nagranie z przedstawienia ustnych motywów powyższego orzeczenia - na okoliczności jak wyżej.

2.W celu wykazania zasadności zarzutu nr 3 do odwołania, polegającego na ukształtowaniu zasad dokonywania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób naruszający równowagę stron umowy oraz zasadę równego traktowania wykonawców:

(12.1) Wskaźnik inflacji 2022 pokazujący, że w roku wybuchu wojny w Ukrainie (14,4%) klauzula Zamawiającego nie pozwoliłaby na waloryzację wynagrodzenia;

(12.2) Wskaźnik inflacji 2021 pokazujący, że w roku po pandemii COVID-19 (5,%) klauzula zamawiającego nie pozwoliłaby na waloryzację wynagrodzenia;

3.W celu wykazania zasadności zarzutu nr 7 do odwołania, odnoszącego się do oprogramowania zamawiającego:

(13) Weryfikacja sprawozdania - pokazuje, jak wydłużył się okres weryfikacji sprawozdania wykonawcy (i okres oczekiwania na zapłatę wynagrodzenia za wykonane usługi) z uwagi na oprogramowanie zamawiającego;

(14) Korespondencja z zamawiającym dot. oprogramowania - potwierdza nieprawidłowości wskazane szczegółowo w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem 2 pkt 1 SWZ jest odbiór, transport, zbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych: (1) na wszystkich nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Miasta i Gminy Miękinia, objętych gminnym systemem zbiórki odpadów, zgodnie z art. 6 c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2025 r., poz. 733) - dalej „ucpg"; (2) z punktów ogólnodostępnych; (3) z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (dalej „PSZOK").

Zamawiający w Rozdziale 3 SWZ wskazał, że zamówienie udzielane w postępowaniu będzie realizowane od dnia 1 stycznia 2026 r. do dnia 31 grudnia 2027 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie dotyczącym zarzutów opisanych w pkt 1 petitum odwołania, dotyczącym zastrzeżenia przez zamawiającego we WU kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę określonych w SWZ poziomów recyklingu. Uwzględniając powyższy nakazała zamawiającemu zmianę zapisów WU w ten sposób, że wykreśleniu podlegały § 12 ust. 2 i 3 WU.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty jako nie znajdujące oparcia w aktach sprawy i zgromadzonym materiale dowodowym.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu, który został uwzględniony przez Izbę, w którym odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie przepisów art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 353 (1) KC oraz art. 5 KC w zw. z art. 483 § 1 KCzastrzegając w § 12 ust. 2 WU kary umowne od wykonawcy na rzecz zamawiającego za nieosiągnięcie przez wykonawcę określonych w SWZ poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji (dalej łącznie jako „poziomy recyklingu") w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie poziomów recyclingu wpływ mają przede wszystkim działania samego zamawiającego, w tym odnoszące się do jakości zbiórki odpadów u „źródła" (przez właścicieli nieruchomości) oraz uwarunkowania rynkowe (w szczególności popyt na „surowce", czyli wąską grupę odpadów nadających się do recyklingu, które wliczane są do poziomów recyklingu, a nie tylko działania wykonawcy, które są w dodatku ograniczane przez uwarunkowania rynkowe i

realne możliwości przekazania do recyklingu odpadów odebranych przez wykonawcę, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 12 ust. 3 WU, iż kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu będą naliczane niezależnie od tego czy zamawiającemu zostanie naliczona kara za nieosiągnięcie poziomów recyklingu i w jakiej wysokości, co w konsekwencji doprowadziło do wprowadzenia klauzuli umownej konstytuującej nadużycie prawa podmiotowego przez zamawiającego oraz sprzecznej z zasadami współżycia społecznego z uwagi na zasadniczy wpływ zamawiającego na możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu, przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na ich osiągnięcie a także przez wprowadzenie mechanizmu naliczenia kar umownych wykonawcy niezależnie od tego, czy i w jakie wysokości zostanie naliczona zamawiającemu kara za nieosiągnięcie poziomów recyklingu

Odwołujący w tym zakresie w treści odwołania wskazywał następującą argumentację. Na wstępie przytoczył przepis art. 3b ucpg, zgodnie z którym gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej „poziomy recyklingu") w wysokości co najmniej: a) 35% wagowo - za rok 2023; b) 45% wagowo - za rok 2024; c) 55% wagowo - za rok 2025; d) 56% wagowo - za rok 2026; e) 57% wagowo - za rok 2027.

W § 12 ust. 3 WU zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownychza nieosiągnięcie poziomów recyklingu i to niezależnie od tego, czy na gminę zostanie nałożona kara administracyjna na podstawie art. 9z ust. 2a pkt 1 ucpg oraz w jakiej ta kara będzie wysokości.

Powyższa konstrukcja jest nieprawidłowa i to z kilku przyczyn.

Po pierwsze spełnienie wymagań w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu uzależnione jest w istocie od okoliczności niezależnych od wykonawcy, a dających się przypisać zamawiającemu. Wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienia, nie ma bowiem wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania. Z doświadczeń samego odwołującego wynika, że strumień ten składa się w ok. 60% z odpadów zmieszanych i jest bardzo zanieczyszczony, co jest podstawowym problemem (zupełnie niezależnym od wykonawcy), który finalnie determinuje niemożność osiągnięcia poziomów recyklingu na poziomie wymaganym przez ustawodawcę.

Osiągnięcie poziomów recyklingu zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość znajduje się poza kontrolą wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Do najważniejszych zalicza się przede wszystkim: a) ilość zmieszanych odpadów komunalnych i poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli - które wszystkie są zależne od gminy (odwołujący wskazywał, że nie można na wykonawcę w prosty sposób przenieść na drodze umowy w sprawie zamówienia publicznego obsługi całego systemu gminnego gospodarowania odpadami, ponieważ wykonawcy mają np. ograniczone możliwości inwestycyjne, które wynikają głównie z faktu, że o wyniku przetargu decyduje w głównej mierze cena, więc wykonawca nie może wliczać do ceny oferty elementów nadmiernych, a ponadto wykonawca nie ma pewności zwrotu inwestycji ponieważ nie wie, czy uzyska kolejne zamówienie, czy też nie); b) sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), przez którego zapisy recyklerzy zmuszeni się wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi, przez co do poziomów recyklingu nie wliczają się odpady niespełniające wysokich wymagań jakościowych - a wykonawca nie ma wpływu na jakość odbieranych odpadów; c) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recyklerów, którzy nie przyjmują do recyklingu odpadów niespełniających kryteriów jakościowych - dla części odpadów, które teoretycznie mogłyby zostać poddane recyklingowi nie ma odbiorców lub ci odbiorcy istnieją, ale mają bardzo ograniczone moce przerobowe, np. opakowania wielomateriałowe, które wymagają zaawansowanej obróbki technologicznej dla dalszego recyklingu; d) wejście w życie tzw. „systemu kaucyjnego".

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

Powyższe potwierdza chociażby stanowisko zaprezentowane przez KIOw uzasadnieniu wyroku z dnia 9 października 2024 r sygn. akt: KIO 2942/24, KIO 2949/24, KIO 2953/24, KIO 2959/24, KIO 2963/24, KIO 2969/24, któreg fragmenty odwołujący przywołał. Z cytowanego orzeczenia wynika, że odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających się na możliwość uzyskania poziomów recyklingu, a kluczowe znaczenie ma selektywna zbiórka odpadów przez mieszkańców i w konsekwencji udział odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów zbieranych, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu, a na które wpływ ma zamawiający, dysponujący odpowiednimi narzędziami administracyjnymi.

Odwołujący wyjaśnił dalej pojęcie „recyklingu". Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 23 ustawyz dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r., poz. 1587 z późn. zm.) - dalej „uo" „recykling" - to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych. Do tych pojęć odnosi się wymóg z art. 3b ust. 1 ucpg, „przerzucony" przez gminę (zamawiającego) na wykonawcę odbierającego i zagospodarowującego odpady. Powstaje więc pytanie, od jakich czynników zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, jak wygląda system gospodarowania odpadami komunalnymi.

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

Zgodnie z art. 29a ust. 1 uo, podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1 uo, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4 uo. Wykonawca nie ma więc wyboru co do sposobu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych.

Zgodnie z art. 35 ust. 6 uo „Instalacją komunalną" jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1 u.o., spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniająca: 1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub 2) (uchylony), 3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

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

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

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

oraz

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

W praktyce, średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP, to odpad o kodzie 19 12 12, a więc odpad nienadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach MBP ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyciągnąć kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Średnio, instalacje komunalne zdolne są do wysortowania ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych na poziomie kilka procent.

Ponadto Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r.w sprawie sposobu obliczania

poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U., poz. 1530) - dalej „Rozporządzenie 2021") wprowadziło nowy, niekorzystny dla gmin i przedsiębiorców (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określa sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi: zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia 2021, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami; w § 5 ust. 1 Rozporządzenia 2021 podkreśla się, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu; ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021 wskazał, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi".

Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia 2021 „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem, że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów". Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane."

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

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

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

Tym samym, okolicznością mającą fundamentalne znaczenie dla ostatecznie osiągniętego przez wykonawcę poziomu recyklingu odpadów), jest jakość zbiórki „u źródła", na którą zasadniczy wpływ ma zamawiający, który po pierwsze tworzy system gospodarki w gminie, a następnie wyposażony jest w ustawowe kompetencje, aby czuwać nad realizowaniem jego postulatów przez właścicieli nieruchomości. I tak, na podstawie art. 6c ust. 1 ucpg to zamawiający (gmina) jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których

zamieszkują mieszkańcy. Zgodnie z art. 4 ucpg to rada gminy uchwala regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. Dalej w art. 4 ucpg ustawodawca wskazuje na elementy określane w regulaminie, m.in.: wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady (określenie „co najmniej" wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających selektywnej zbiórce), wymagania w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), które zapewniają przyjmowanie także innych odpadów komunalnych, rodzaj i minimalną pojemność pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków, przy uwzględnieniu: średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź w innych źródłach, liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków; innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami - katalog otwarty.

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

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

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

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

Zamawiający określa system gospodarowania odpadami w swojej gminie, który stanowi system naczyń połączonych, gdzie od wykonawcy niniejszego postępowania zależy tylko niewielki zakres okoliczności, od których zależą osiągnięte na końcu poziomy recyklingu.

Kluczowe dla efektu końcowego są bowiem kształt systemu gospodarowania odpadami, ustalony w zgodzie z obowiązującymi przepisami przez zamawiającego oraz jakość selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez mieszkańców, na którą wykonawca ma znikomy wpływ.

Zamawiający, jak opisano to na wstępie, nieprawidłowo próbuje przenieść w całości własną - i to nawet hipotetyczną - odpowiedzialność administracyjną, na odpowiedzialność cywilnoprawną wykonawcy - w sposób rażąco niesprawiedliwy, naruszając przepisy prawa wskazane w odwołaniu, z uwagi na następujące okoliczności: a. gmina na podstawie art. 9 ze ucpg może złożyć wniosek do wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o zawieszenie zapłaty kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, a inspektor może zawiesić zapłatę kary pieniężnej na okres konieczny do podjęcia działań naprawczych, a po usunięciu przyczyn nałożenia kary pieniężnej, kara ta podlega umorzeniu przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska - tymczasem wykonawca nie posiada analogicznych uprawnień w odniesieniu do kary umownej, a co więcej, wykonawca zapłaci karę umowną nawet wtedy, jeśli gmina jej nie zapłaci; b. gmina na podstawie art. 198f ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, może domagać się odstąpienia od nałożenia kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, jeśli waga naruszenia prawa będzie znikoma, a gmina zaprzestanie naruszania prawa - tymczasem wykonawca nie ma analogicznych uprawnień w

odniesieniu do kary umownej, a co więcej, wykonawca zapłaci karę umowną nawet wtedy, jeśli zamawiający jej nie zapłaci; c. gmina skorzysta na art. 12b ucpg i za 2025 r. zapłaci tylko połowę kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu (przepis dodany art. 6 ustawy z dnia 21 listopada 2024 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw) - a wykonawca zapłaci całość tej kary umownej; d. ustawodawca prowadzi prace nad nowelizacją przepisów prawa odnoszących się do gospodarki odpadami, tak w zakresie udoskonalenia tzw. systemu kaucyjnego, jak też w zakresie tzw. Rozszerzonej Odpowiedzialności Producenta, zgodnie z którymi, gmina ma uzyskać dodatkowe przychody z tytułu wpłat producentów wprowadzających towary do obrotu, które mają pokrywać koszty selektywnej zbiórki, transportu i przetwarzania odpadów (źródło: , dostęp 20 marca 2025 r.). Odwołujący wskazał, że intencje te należy ocenić pozytywnie, ale niewątpliwie w okresie realizacji zamówienia istotnie zmienią się okoliczności faktyczne i prawne realizacji usługi i można przyjąć, że zostaną wprowadzone zmiany korzystne dla gmin, ale wykonawcy w niniejszym postępowaniu i tak zostaną obciążeni karami umownymi.

Ponadto, zamawiający dysponuje dodatkowymi narzędziami, z których może i powinien korzystać, w celu wprowadzenia skutecznych środków poprawy poziomu recyklingu odpadów, tj.: a) prowadzenia skutecznej edukacji mieszkańców gminy, co jest ustawowym obowiązkiem o kluczowym znaczeniu; b) kontroli sposobu zbierania odpadów przez mieszkańców we właściwej skali i skuteczności; c) nakładania na mieszkańców, którzy naruszają zasady segregowania odpadów, mandatów w celu zapobieżenia takim sytuacjom w przyszłości; d) zwiększenia liczby frakcji odbieranych odpadów, np. o tekstylia i odpady kuchenne, co wyłączyłoby te odpady ze strumienia odpadów zmieszanych i pozwoliło na ich recykling; e) rozwinięcie sieci PSZOK.

Sposób sformułowania wysokości kary umownej wskazuje, że zamawiający przerzucił na wykonawcę całą odpowiedzialność gminy za osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu odpadów komunalnych. Przedmiotowa kara umowna „powiela" bowiem karę pieniężną, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, zgodnie z art. 9z i 9x ucpg.

Tymczasem, zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie".

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

Z natury stosunku prawnego - umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 KC, która ma łączyć wykonawcę z zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy. Wymaganie takie, obwarowane ponadto karą umowną zastrzeżoną w § 12 ust. 2 WU (która naliczana będzie również wówczas, gdy zamawiającemu nie zostanie naliczona w ogóle kara za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, narusza więc, w ocenie odwołującego, przepis art. 353 (1) KC. Jak wynika bowiemz powyższych rozważań, nie sposób uzyskać poziomów recyklingu przy tak dużej ilości zmieszanych odpadów komunalnych, w sytuacji, gdy to zamawiający, a nie wykonawca, dysponuje mechanizmami władztwa administracyjnego, mogącymi istotnie wpłynąć na jakość strumienia odpadów.

W niniejszym postępowaniu nawet wykonawca, który prawidłowo, z dochowaniem podwyższonej staranności będzie wykonywał umowę ale nie osiągnie poziomów recyklingu będzie zmuszony do zapłaty kary umownej. Poziomy te zależą bowiem przede wszystkim od odpadów wytwarzanych i zbieranych przez mieszkańców. Zatem kara umowna ustalona na podstawie wzoru arytmetycznego określonego w § 12 ust. 2 WU nie może być powiązanaz okolicznością niewykonania przez wykonawcę czynności niemożliwej w obiektywnych uwarunkowaniach niniejszego przedmiotu zamówienia.

Sposób ukształtowania przez zamawiającego WU i zapisów dotyczących kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, wskazuje więc na to, że zamawiający układa stosunek prawny, jaki łączyć go będzie z wykonawcą w taki sposób, aby zabezpieczyć sobie możliwość pokrycia ewentualnych administracyjnych kar pieniężnych (chociaż

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

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

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

Co więcej, przyjęta na gruncie § 12 ust. 3 WU konstrukcja, zakładająca naliczenie wykonawcy kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu nawet w sytuacji, gdy zamawiający nie zostanie obciążony administracyjną karą pieniężną za nieosiągnięcie wiążących go poziomów recyklingu, prowadzić będzie do stanu bezpodstawnego wzbogacenia gminy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, rozpoznając przedmiotowy zarzut wzięła pod uwagę niżej wymienione regulacje, a także następującą argumentację i dowody przedłożone przez odwołującego.

Izba zgadza się z odwołującym w zakresie, w jakim ten wskazywał przepisy ustawy ucpg i obowiązki osiągnięcia określonego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, jakie ustawa ta nakłada na gminy. Powyższe stanowi jej zadanie i to gmina ponosi odpowiedzialność za jego nieosiągnięcie. Jak wynika bowiem z przepisu art. 3b tejże ustawy, gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 56% wagowo - za rok 2026 i 57% wagowo - za rok 2027, 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).

Wskazane poziomy nie dotyczą jedynie odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkanych przez mieszkańców (jak przedmiotowe zamówienie), ale całego strumienia odpadów komunalnych gminy.

Faktem notoryjnym jest, że osiągnięcie określonych poziomów recyklingu uzależnione jest od jakości odpadów i rodzajów (kodów) odpadów przekazywanych do odbioru i zagospodarowania przez mieszkańców gminy oraz sposobu prowadzonej przez nich segregacji. Wykonawca realizujący umowę nie będzie miał wpływu ani na samą jakość odpadów, gdyż to zależne jest od mieszkańców, sposób ich oznaczania, jak też dalsze z nimi postępowanie.

Jak wynika z treści OPZ i WU 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, 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 dostrzeżone przez siebie nieprawidłowości, przy czym 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 największej ilościowo masie odpadów, tj. odpadach zmieszanych, zgodnie z przepisami nie powinno być odpadów nadających się do recyklingu lub 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).

Pomimo tego, że rok rocznie przepisy (wskazywany wyżej przepis art. 3b ucpg) nakładają na gminę coraz wyższe poziomy recyklingu, to sama struktura segregacji wśród mieszkańców nie zmienia się znacząco w ostatnich latach, a w gminie Miękinia, co wynika z dowodu przedłożonego przez odwołującego (pismo z 30 października 2025 r. - dowód 02 - Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Miękinia za 2024 r.) zamawiający już w roku 2024 nie osiągnął wymaganego poziomu 45%, ale zaledwie 36,01%.

Także lektura innego dowodu załączonego do pisma procesowego odwołującego z 30 października 2025 r. - 06 Politechnika Wrocławska, Raport „Wyzwania związane z Gospodarką Obiegu Zamkniętego na przykładzie Wrocławia prowadzi do wniosku, że osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu odpadów komunalnych jest założeniem bardzo ambitnym i będzie wręcz niemożliwe do spełnienia, bez daleko idących zmian procesów produkcyjnych i wymuszenia na producentach stosowania coraz wyższych udziałów surowców wtórnych z recyklingu w nowych produktach. W raporcie zwraca się też uwagę, że wymagany poziom recyklingu odpadów jest niemożliwy do osiągnięcia z uwagi na morfologię odpadów i brak możliwości poddania recyklingowi odpadów wysortowanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych. Zamawiający wprawdzie zwracał uwagę na rozprawie na inne uwarunkowania, jakie wiążą się z realizacją umowy na rzecz miasta Wrocław, stąd wnioski płynące z powyższego raportu uznawał za nie przystające do sytuacji w gminie Miękinia, tym niemniej nie przedstawił żadnych dowodów, ani nawet szerszej argumentacji na tę okoliczność. Stąd wnioski wynikające z powyższej analizy należy uznać za miarodajne, również w przypadku świadczenia tożsamych usług dla gminy Miękinia.

Tym samym twierdzenia zamawiającego, że w kolejnych latach możliwe będzie osiągnięcie takich poziomów recyklingu, jakie ustawodawca przewidział, uznać należy wyłącznie za niczym nie poparte twierdzenia. Skoro bowiem osiągnięty w ubiegłym roku poziom jest znacznie niższy niż ten, który powinien zostać osiągnięty w 2025 i 2026 r., trudno oczekiwać aby w tym zakresie nastąpił postęp, i to w takim stopniu, że możliwe będzie osiągnięcie wymaganych poziomów.

Zamawiający nie wskazał bowiem, aby w międzyczasie doszło do jakiejkolwiek zmiany faktycznej czy prawnej, która dawałaby podstawy przypuszczać, że poziomy recyklingu w roku 2025 i 2026 będą mogły zostać osiągnięte. Należy wręcz stwierdzić, że jest wręcz przeciwnie, nastąpi bowiem wyeliminowanie części surowców w ramach tzw. systemu kaucyjnego, co jeszcze bardziej ograniczy poziomy recyklingu możliwe do osiągnięcia przez wykonawców - w odniesieniu do tzw. tworzyw sztucznych i szkła. Sam zamawiający w piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie przyznał, że „Na dzień sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie dysponuje informacją, w jakim zakresie wykonawca będzie mógł odbierać mniejszą ilość odpadów. Dostępne w sieci badania opierają się wyłącznie na ogólnych założeniach o charakterze globalnym". Dalej wskazuje, że „Gmina Miękinia nie dysponuje badaniami, które pozwalałyby ocenić poziom zainteresowania mieszkańców systemem kaucyjnym. Obecnie na terenie gminy Miękinia zlokalizowanych jest 5 dużych sklepów, o powierzchni powyżej 200 m^2 , które będą musiały pobierać kaucję. Nie ma jednak dowodów aby twierdzić, że wprowadzony system kaucyjny spowoduje znaczny odpływ z całego strumienia odpadów tych, które są najbardziej jakościowe pod kątem recyklingu. Nie ma możliwości również ocenić jak system przyjmie się na gruncie lokalnym."

Tym samym zamawiający, nie dysponuje nawet analizą w zakresie tego, w jakim stopniu wprowadzony przepisami system kaucyjny wpłynie na osiągane poziomy recyklingu, a nakłada na wykonawcę obowiązki, których realizacja już wcześniej była niemożliwa, a dodatkowo nastąpiły zmiany prawa, które czynią ich wypełnienie jeszcze trudniejszym.

Przy tym odwołujący przedstawił również jako dowód 07 PAP, Sowińska: system kaucyjny pomoże gminom w osiągnięciu poziomów recyklingu, 23 maja 2024 r. (pismo procesowe z 30 października 2025 r.) który wskazuje, że to zamawiający będzie mógł wliczyć do osiąganych przez siebie poziomów recyklingu odpady objęte tzw. systemem kaucyjnym. Z kolei wykonawca, który ma osiągnąć odpowiednie, wyższe poziomy recyklingu nie będzie mógł tego uczynnić w przypadku, gdy zajdzie podstawa określona we WU do nałożenia na niego kary umownej za nieosiągnięcie tych poziomów.

Zamawiający przywołuje wprawdzie argumenty, że nie tylko on posiada narzędzia wpływające na poziom selektywnej zbiórki, ale również sam wykonawca dysponuje środkami dyscyplinującymi właścicieli nieruchomości do

rzetelnego prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów poprzez konsekwentne odnotowywanie każdego wadliwego sortowania, przeprowadzania regularnych kontroli i, w przypadku stwierdzenia niewłaściwego zbierania odpadów, ma obowiązek zawiadomić właściciela nieruchomości i zamawiającego o nie dopełnieniu obowiązku selektywnej zbiórki, w sposób opisany w Dziale IV rozdział 7 pkt 6 OPZ. Wykonawca zobowiązany jest zawiadomić w czasie rzeczywistym zamawiającego za pomocą systemu gminnego oraz pisemnie o tym fakcie zamawiającego, dołączając powiadomienie i materiał dowodowy umożliwiający identyfikację nieruchomości oraz w sposób niepodważalny potwierdzający brak segregacji odpadów lub segregację niezgodną z regulaminem. Tym samym to należyte wykonanie przez wykonawcę określonych obowiązków ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu.

Izba wzięła pod uwagę powyższą argumentację, tym niemniej zwrócić należy uwagę, że odwołujący, który realizował wcześniej dla zamawiającego usługi objęte przedmiotem zamówienia przedłożył szereg dokumentów, które wskazują, że dokonuje on weryfikacji odbieranych odpadów pod względem prawidłowości selektywnej zbiórki odpadów i, zgodnie z zawartymi umowami, informuje o tym fakcie zamawiającego (informacja taka dotyczyła również nieprawidłowego zbierania odpadów w PSZOK), o czym świadczą dowody załączone do pisma procesowego odwołującego z 30 października 2025 r. - 03.1 protokoły stwierdzające, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych; 03.2 pismo do zamawiającego wskazujące problemy z selektywną zbiórką odpadów; 03.3 reklamacja PSZOK.

Pomimo tego dotychczasowe działania nie przyniosły rezultatów w postaci osiągnięcia takich poziomów, jakie na wykonawcę nałożył zamawiający. Trafnie przy tym odwołujący zauważa, że na owym obowiązku informowania kończy się jego wpływ. To w kompetencjach zamawiającego leży, czy to wszczęcie postępowania administracyjnego, przeprowadzenie kontroli w trybie przewidzianym przepisami prawa i nałożenie na mieszkańców tzw. opłaty podwyższonej, czyli administracyjno-prawnej „kary", która ma zmotywować do prawidłowego selektywnego zbierania odpadów w przyszłości.

Powyższe doprowadziło skład orzekający do wniosku, że nałożenie na odwołującego obowiązku osiągnięcia wskazanych poziomów recyklingu w wysokości określonej w dokumentacji postępowania jest żądaniem świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 KC. W orzecznictwie wskazuje się, że sankcją bezwzględnej nieważności obarczona jest umowa o tak rozumiane świadczenie niemożliwe. Musi to był niemożność pierwotna, czyli istniejąca w chwili zawarcia umowy. Pojęcie niemożliwości świadczenia na gruncie omawianego przepisu ma charakter obiektywny, co oznacza, że takiego świadczenia nie może spełnić nie tylko dłużnik, ale żadna inna osoba. Chodzi tu o świadczenie rzeczywiście niewykonalne (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2002 roku, sygn. akt III CKN 1015/99). Przepis art. 387 KC znajdzie zatem zastosowanie w wypadku rzeczywistej, obiektywnej niemożliwości świadczenia, czyli w wypadku, gdy świadczenia nie może spełnić ani dłużnik, ani żadna inna osoba. Z pierwotną, obiektywną niemożnością świadczenia mamy do czynienia wtedy, gdy strona umowy zobowiązuje się wobec drugiej strony do zrobienia czegoś, co jest niewykonalne ze swej istoty w aktualnie panujących warunkach społeczno-ekonomicznych.

Wszystkie te elementy "niemożliwości świadczenia" zachodzą w niniejszej sprawie. 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. Tym samym nie można na oferentów nałożyć obowiązków, które przy aktualnych uwarunkowaniach, gdzie osiągnięcie określonych poziomów recyklingu zależy od wielu czynników, które w większości przypadków są całkowicie niezależne od wykonawcy, przy tak ukształtowanych przepisach prawnych, które nie dają wykonawcy żadnych instrumentów, które pozwalałyby oddziaływać na sposób gospodarowania odpadami komunalnymi nieobjętymi zamówieniem, a dodatkowo przy wprowadzeniu nowego systemu kaucyjnego, który wprowadzony od 1 października 2025 r. w sposób zasadniczy wpłynie na osiągane poziomy recyklingu przez wykonawcę - dotychczas nieosiągalne, są tym bardziej niemożliwe do osiągnięcia.

Do podobnych wniosków doszedł także Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w Wyroku z dnia 15 października 2025 r. sygn. akt XXIII Zs 96/25, który w ustnych motywach (dowód 11.2 pismo procesowe odwołującego z 30 października 2025 r.) wskazywał, że „przerzucanie" na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu odpadów, które to obowiązki nałożył na gminę ustawodawca, nie ma podstawy prawnej. To gmina, jako wspólnota mieszkańców, jest wytwórcą odpadów, a wykonawca jedynie odbiera i zagospodarowuje te odpady, pozostając w zasadzie bez wpływu na kluczowy w tym zakresie poziom selektywnej zbiórki odpadów przez mieszkańców. Sąd określił taką konstrukcję postanowienia umownego jako „sponsoring" kar administracyjnych, który nie ma podstaw prawnych. Sąd wskazał także, że jest przy tym oczywiste i wynika to z absolutnych podstaw prawa cywilnego, że nie można takiego niemożliwego do obowiązku przerzucać na wykonawców, a w konsekwencji wprowadzać kar umownych za niezrealizowanie tych obowiązków.

Mając na uwadze wyżej przywołaną argumentację, Izba uwzględniła przedmiotowe zarzuty i nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany zapisów WU i wykreślenie § 12 ust. 2 i 3.

W zakresie art. 433 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 483 § 1 KC poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 3, pkt 18 WU rażąco wygórowanych kar umownych za opóźnienie, co stanowi klauzulę abuzywną i nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia udzielonego w postępowaniu ani warunkami jego realizacji.

Odwołujący w treści odwołania przywołał zapisy § 12 ust. 1 pkt 3 WU, w którym zastrzeżono, że zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia wykonawcy kar umownych „w wysokości 1 000,00 zł. za każdy przypadek nieudzielenia odpowiedzi na zgłoszoną reklamację lub za brak realizacji reklamacji w terminie wskazanym w SWZ."

Tak skonstruowana kara umowna, referująca do upływu określonego w SWZ terminu na dokonanie przez wykonawcę wskazanej czynności, ma w istocie charakter kary umownej za opóźnienie.

Zauważył, że nieudzielenie odpowiedzi na zgłoszoną reklamację, lub za brak realizacji reklamacji w terminie wskazanym w SWZ, może mieć swoją przyczynę nie tylko działaniach bądź zaniechaniach wykonawcy, ale też w działaniach i zaniechaniach zamawiającego (np. niekompletność zgłoszenia reklamacyjnego, zgłoszenie go w sposób wadliwy, czy brak współdziałania koniecznego dla rozpoznania reklamacji). Nieudzielenie odpowiedzi na zgłoszoną reklamację lub brak realizacji wykonawcy może ponadto być następstwem przyczyn całkowicie niezależnych od stron - np. ataków hakerskich, które uniemożliwią korzystanie z kanałów komunikacji na potrzeby zgłoszeń i obsługi reklamacji.

Tymczasem różnorodność przyczyn braku terminowej realizacji obowiązków w zakresie reklamacji ewidentnie uszła uwadze zamawiającego, albowiem nie dokonał on w treści klauzuli § 12 ust. 1 pkt 3) WU dywersyfikacji przyczyn, z powodu których wykonawca nie udzielił w terminie odpowiedzi na reklamację bądź nie załatwił reklamacji w terminie. W konsekwencji ww. klauzula ma charakter klauzuli przewidującej odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, a zatem klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo postanowienie § 12 ust. 1 pkt 3 WU przewiduje naliczenie rażąco wygórowanej kary umownej, co wynika zarówno ze stawki jednostkowej za zaniechanie, stanowiące podstawę do naliczenia kary umownej, jak i nie dającej się oszacować skali przypadków, w których dojdzie do niedochowania terminu udzielenia odpowiedzi na reklamację czy braku realizacji reklamacji, wynikłego z przyczyn niezależnych od wykonawcy (działania i zaniechania zamawiającego, okoliczności niezależne od wykonawcy i zamawiającego).

Abuzywny i rażąco wygórowany charakter ma również klauzula § 12 ust. 1 pkt 18 WU, która zastrzega karę umowną w wysokości 3.000 zł za każdy dzień, za który dane wymagane postanowieniami SWZ nie zostały przez wykonawcę przesłane, w całości lub w części, za pomocą systemu ECO w terminie określonym w SWZ. Analogicznie jak w przypadku kary z pkt 3, przyczyny nieprzesłania danych do systemu ECO mogą mieć różną etiologię i wynikać również z okoliczności zależnych od zamawiającego, takich jak zapewnienie funkcjonalności systemu ECO w stopniu umożliwiającym zachowanie poprawnego transferu danych do systemu.

Odwołujący wskazywał na dotychczasowe doświadczenia, zdobyte w związku z aktualną realizacją usług na rzecz zamawiającego, które to jednoznacznie wskazują, że system ECO cechują częste dysfunkcje, które uniemożliwiają płynne przekazywanie kompletnych, poprawnych danych w czasie rzeczywistym. Co więcej, przerwa w funkcjonowaniu systemu (od godziny 1:00 do godzinny 5:00), w powiązaniu z czasem realizacji usług, uniemożliwia płynne wprowadzanie korekt danych, które zostały zniekształcone w następstwie wadliwego działania systemu. Kwestia ta jest przedmiotem obszernej korespondencji kierowanej przez odwołującego do zamawiającego w ramach aktualnie realizowanej umowy, o analogicznym przedmiocie, jak ten w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że kary umowne przewidziane we WU są nieadekwatne do stopnia stwierdzonych naruszeń, nieproporcjonalne, czy też jak twierdził odwołujący rażąco wygórowane, stąd zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że kary umowne pełnią nie tylko rolę odszkodowawczą, ale również rolę motywującą wykonawcę do należytej realizacji umowy, w tym wypełniania nałożonych na niego obowiązków. Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną, ale też w określonych przypadkach represyjną. Zobowiązując jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły.

Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też:

wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione ze zwłoką świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego nieterminowo zobowiązania, w związku, z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być "rażąco wygórowana" już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

Izba zauważa, że zamawiający wprowadzając postanowienia dotyczące kar umownych w § 12 ust. 1 pkt 3 i 18 WU (pierwsza z nich dotyczy przypadku nieudzielenia odpowiedzi na zgłoszoną reklamację lub za brak realizacji reklamacji w terminie wskazanym w SWZ, której wysokość zamawiający ustalił na 1 000,00 zł. za każdy taki przypadek; druga sytuacja - kara w wysokości 3 000,00 zł. za każdy dzień, za który dane wymagane postanowieniami SWZ nie zostały przez wykonawcę przesłane, w całości lub w części, za pomocą systemu ECO w terminie określonym w SWZ) jest na poziomie adekwatnym do wskazanych naruszeń, który względem szacowanej wartości umowy nie sposób uznać za wygórowany, a tym bardziej rażąco, jak stara się wywodzić odwołujący.

Jak wynika ze szczegółowych wyliczeń zamawiającego, zaprezentowanych w piśmie procesowym z 30 października 2025 r. - Odpowiedzi na odwołanie, szacowany potencjalny przychód wykonawcy z odebranych odpadów wyłącznie z posesji zamieszkałych w ciągu 1 dnia wynosi ok. 28 597,21 zł. netto (30 884,98 zł. brutto). Zatem żadna z kar, nawet przyjmując aktualne stawki, daleko odbiega od wysokości otrzymywanego wynagrodzenia, a nie sposób uznać, że w kolejnych latach te proporcje będą inne. Nie sposób uznać za rażąco wygórowanej kary w wysokości ok. 10,49% potencjalnego przychodu dziennego netto i ok. 9,71% przychodu brutto, a jedynie 0,02% aktualnej wartości umowy (12 963 368,63 zł. brutto).

Z kolei, jak już zostało wskazane, celem kary umownej jest również motywowanie wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Izby funkcji takiej nie będą realizowały kary umowne w wysokości objętej żądaniem odwołania, tj. dziesięciokrotnie niższej wysokości, niż te ustalone przez zamawiającego. Jak argumentował zamawiający, w przypadkach kiedy kara była niska (poprzednie umowy przewidywały karę w wysokości 100,00 zł. w obu przypadkach) wykonawca wykonywał usługę reklamacyjną nierzetelnie i "przeciągał" do kolejnego terminu wskazanego w harmonogramie, co budziło duży niepokój, pretensje i dezorganizację wśród mieszkańców. Zwiększenie poziomu tej kary ma zatem spowodować, że wykonawca podejdzie rzetelnie do realizacji reklamacji, z kolei z dotychczasowych doświadczeń zamawiającego wynika, że możliwe jest dotrzymanie ustalonego we WU terminu (w ramach obecnej umowy czas reakcji reklamacji był objęty kryterium oceny ofert „Czas reakcji" a aktualny wykonawca dobrze wywiązywał się z realizacji reklamacji w terminie 1 dnia).

Zdaniem składu orzekającego poziom kary został w tym przypadku dostosowany do wagi naruszeń, zamawiający ma bowiem prawo do zabezpieczenia własnego interesu, w tym w sferze wizerunkowej. Jak wskazywał zamawiający niezwykle istotna dla mieszkańców gminy jest szybka reakcja na zgłoszoną reklamację, kontakt z zamawiającym, wykonawcą i otrzymanie statusu zgłoszenia. Z kolei przedłużająca się reklamacja budzi uzasadnione niezadowolenie mieszkańców.

Drugą z kar w wysokości 3 000,00 zł. obciążany jest wykonawca w przypadku, gdy w danym dniu dane wymagane postanowieniami SWZ nie zostały przez wykonawcę przesłane, w całości lub części, za pomocą systemu ECO w terminie określonym w SWZ.

Strony opisywały szeroko w jaki sposób działa program Eco Inteligence, przy czym odwołujący wskazywał na nieprawidłowości w działaniu tego oprogramowania, z kolei zamawiający podkreślał, że jeśli takowe mają miejsce to wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który sam stworzył serwer, w pełni go kontroluje i to on ma wyłączny wpływ na jego niezawodne działanie. Zamawiający odczytuje te dane, które wystawia do odczytu wykonawca w formie plików XML, jeśli więc wykonawca ich nie udostępni, nie można ich odczytać. Pliki XML nie są generowane przez zamawiającego, a jedynie odczytywane z serwera wykonawcy, zamawiający w żaden sposób w nie nie ingeruje.

Zamawiający wskazywał też na istotną rolę jaką odgrywa ten system, pokazując dane z wykonanych odbiorów i zakończenia wykonanych tras w czasie rzeczywistym, z wyjątkiem odpadów odebranych z PSZOK. Stanowi więc narzędzie kontrolne, obrazując wszystkie nieprawidłowości w świadczeniu usługi odbioru i zagospodarowania odpadów.

Izba wzięła pod uwagę powyższą argumentację w zakresie, w jakim zamawiający wskazywał na konieczność pozyskiwania wiarygodnych danych w zakresie masy odebranych odpadów i z jakich posesji odbiór nastąpił i to w czasie rzeczywistym, gdyż tylko w ten sposób zamawiający ma możliwość sprawowania właściwego nadzoru nad realizacją umowy przez oferenta. Dane te są kluczowe, gdyż przekładają się na miesięczną sprawozdawczość, a w konsekwencji na wysokość wystawianej przez wykonawcę faktury.

Tym samym nie sposób uznać, że kara nakładana na wykonawcę za brak przekazania tak istotnych danych jest wygórowana, a tym bardziej w sposób rażący.

Zarzut w tym zakresie podlegał oddaleniu, gdyż Izba nie stwierdziła naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp czy KC.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 i 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) KC oraz art. 5 KC poprzez ukształtowanie w § 15 WU warunków waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na okoliczności, o których mowa w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w sposób, który:

a. jest sprzeczny z treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 439 ust. 1 Pzp, albowiem:

i. przewiduje w § 15 ust. 1 WU jednokrotną waloryzację wynagrodzenia w 24 miesięcznym okresie realizacji umowy, podczas gdy przepis art. 439 ust. 1 ustawy Pzp nie nadaje zamawiającemu kompetencji do takiego apriorycznego ograniczenia ilości zmian wynagrodzenia, przewidując jednocześnie, że uprawnienie wykonawcy do domagania się waloryzacji wynagrodzenia powstaje już po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz uzależnienie dokonania waloryzacji od zaistnienia określonych zmian o charakterze makroekonomicznym,

ii. przewiduje w § 15 ust. 4 WU, że waloryzacja wynagrodzenia będzie mogła nastąpić dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, podczas gdy redakcja art. 439 ust.1 ustawy Pzp wskazuje, iż wykonawca co do zasady jest uprawniony do wystąpienia z roszczeniem waloryzacyjnym po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,

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

i. zastrzegł, iż waloryzacja będzie miała zastosowanie, jeżeli ceny wzrosną o co najmniej 2% i nie więcej niż 5%,

ii. sformułował w § 15 ust. 5 i 6 WU wymagania, w dodatku nieprecyzyjne, dotyczące dokumentów, jakie wykonawca winien załączyć do wniosku waloryzacyjnego w celu wykazania wpływu wzrostu cen oraz zastrzegł żądanie udzielenia wyjaśnień, pomimo uczynienia podstawą roszczenia waloryzacyjnego wystąpienia różnicy pomiędzy wskaźnikiem procentowym odpowiadającym rocznej inflacji za poprzedni rok, a analogicznym wskaźnikiem obowiązującym w roku złożenia wniosku o waloryzację nie wyjaśniając przy tym w żaden sposób wedle jakich kryteriów będzie oceniać dokumenty i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę,

iii. określenie maksymalnej wysokości zmiany wynagrodzenia za wykonanie zamówienia udzielanego w postępowaniu na poziomie zaledwie 10 % wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego brutto, pomimo iż planowany okres realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące

Odwołujący argumentował, że klauzula waloryzacyjna opisana w § 13 ust. 4 WU jest wadliwa z kilku powodów.

Po pierwsze jest sprzeczna z treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem przewiduje w § 15 ust. 1 WU jedynie jednokrotną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, które to ograniczenie nie ma żadnego umocowania w treści art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem zamawiający nie miał kompetencji do jego wprowadzenia.

Po drugie zamawiający w § 15 ust. 4 WU zastrzegł możliwość wystąpienia z wnioskiem waloryzacyjnym dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy z przepisu art. 439 ust. 1 Pzp wynika, że uprawnienie wykonawcy do domagania się waloryzacji wynagrodzenia powstaje już po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Po trzecie wprowadzona w § 15 WU klauzula waloryzacyjna narusza równowagę stron umowy, ma charakter iluzoryczny, uniemożliwiający osiągnięcie ustawowego celu instytucji waloryzacji, jakim jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i to na kilku płaszczyznach. Przed wszystkim naruszenie to przejawia się w zastrzeżeniu przez zamawiającego, że warunkiem powstania roszczenia waloryzacyjnego jest wystąpienie co najmniej 2%, ale nie większej niż 5% różnicy pomiędzy wskaźnikiem procentowym odpowiadającym rocznej inflacji ogłoszonym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wskaźnik cen i usług konsumpcyjnych za poprzedni rok kalendarzowy). Ponadto zasadność wniosku waloryzacyjnego, pomimo odwołania się przez zamawiającego do obiektywnych makroekonomicznych wskaźników, wymaga szczegółowego udowodnienia, iż różnica pomiędzy wskaźnikami w istocie wpływa na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Trzecia płaszczyzna wadliwości przejawia się w zaś w braku wskazania kryteriów badania wniosków waloryzacyjnych, czwarta zaś - w bardzo niskim maksymalnym dopuszczonym poziomie waloryzacji, wynoszącym zaledwie 10% pierwotnej wartości umowy. Konstatując, przedział zmian kosztów umożliwiających wystąpienie z wnioskiem waloryzacyjnym jest zbyt niski

by w praktyce wykonawcy mogli skorzystanie z klauzuli waloryzacyjnej i zrealizować cel, jakiemu służyć ma przepis art. 439 ustawy Pzp, co świadczy wręcz o pozornym wypełnieniu przez zamawiającego obowiązku, o którym mowa w tym przepisie. Co więcej, ów wymóg udokumentowania wpływu inflacji na koszty wykonania zamówienia wydaje się kompletnie nieproporcjonalny w sytuacji oparcia dopuszczalności waloryzacji o zmianę konkretnych, obiektywnych wskaźników makroekonomicznych.

Odwołujący przywoływał komentarz do art. 439 ustawy Pzp pod red. H. Nowak,M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2022), orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3600/21) wywodząc, że nie może znikać z pola widzenia, że istotą waloryzacji jest dostosowanie wysokości wynagrodzenia do realnych kosztów wykonania usługi w przypadku, gdy wysokość kosztów ulega zmianie niezależnie od woli i działań stron umowy. Z tych powodów nie jest dopuszczalne, aby waloryzacja limitowana była poprzez wprowadzanie przedziałów czasowych - po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, jak to uregulował zamawiający we WU. Utrzymanie bowiem takich postanowień jedynie pogłębia pozorność realizacji obowiązku ustawowego jaki spoczywa na zamawiającym na podstawie art. 439 ustawy Pzp. Nie dość, że wskazane w postanowieniach dokumentacji postępowania wartości procentowe powodują w istocie wyłączenie waloryzacji wynagrodzenia, to dodatkowo ograniczenie przeprowadzenia waloryzacji w określonych przedziałach czasowych potęguje wadliwość i pozorność czynności, jaką podjął w tym postępowaniu zamawiający, regulując kwestie dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego.

W związku z tym, że projektowana przez zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie jest dostosowana do realiów kontraktu i zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, w ocenie odwołującego nie odpowiada ona tym samym wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie, a co najmniej stanowi o pozornym ich wypełnianiu.

Odwołujący podkreślał, że przywołany przepis zobowiązuje także zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia.

Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 353 (1) KC i 5 KC. Jak zauważa się w doktrynie „w art. 353 (1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Dodatkowo zgodność czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy" (Fuchs Bernadetta w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, art. 353-534, Wolters Kluwer Polska, 2018).

Odwołujący podkreślał, że poszanowanie ustawowo ustanowionej zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych, które już dziś pozwalają na przyjęcie za pewne, że inflacja w kolejnych miesiącach jest niemożliwa do przewidzenia.

Ponadto zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Pzp ani KC. Odwołujący zaznaczył, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Podkreślał, że istotą zasady efektywności jest osiąganie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. best value for money. Czynności i zaniechania zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców, z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W świetle powyższego za zasadny uznać należy postulat odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany projektowanej przez zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej.

Odwołujący wskazywał także na nieprawidłowe ukształtowanie przez zamawiającego warunków zamówienia w zakresie dotyczącym przesłanek zmian umowy, który jest zapisem niekompletnym, tj. nie uwzględnia on aktualnej sytuacji geopolitycznej i kluczowych zdarzeń, które wpływają na realizację kontraktu, jego rentowność i ekwiwalentność świadczeń stron. W § 18 ust. 3 WU zamawiający zamieścił zamknięty katalog okoliczności, które będą umożliwiały

stronom dokonanie zmian umowy. W orzecznictwie sądów powszechnych zwraca się przy tym uwagę, że: treść zasad współżycia społecznego nie jest zdefiniowana. Podkreśla się, że przy uwzględnieniu, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.), należy przyjąć, że odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa. Ujmując rzecz ogólnie, można przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania." (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, sygn. akt: I ACa 454/20, LEX nr 3189604). Do takich reguł niewątpliwie należeć będą zasady słuszności, zasady uczciwego obrotu, zasady uczciwości czy zasady lojalności (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt: I ACa 1106/18, LEX nr 3122714). Odwołujący stoi więc na stanowisku, że odmowa wprowadzenia realnej i odpowiadającej istniejącym warunkom rynkowym klauzuli waloryzacyjnej, stanowić będzie próbę przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za niemożność realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie w warunkach siły wyżej, co jest działaniem moralnie nagannym i nieetycznym, całkowicie naruszającym zasadę równości stron postępowania, a w konsekwencji sprzecznym z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący podnosił również, że zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinność ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia. Zasada przejrzystości, w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego skalkulowania, przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu oraz oszacowania kosztów realizacji ze świadomością zapewnienia ich pokrycia przez zamawiającego, w przypadku niezależnych od wykonawcy wzrostów poszczególnych istotnych kosztów realizacji umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

W ocenie Izby zamawiający, określając zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy we WU, nie naruszył przywołanych wyżej przepisów.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że w przypadku wnoszenia odwołania dotyczącego projektowanych postanowień umowy, tak jak w przypadku kwestionowania każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, przysługuje wykonawcy ochrona przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W zakresie tych zarzutów podniesione przez odwołującego zarzuty nie zmierzają - zdaniem Izby - do wyeliminowania działań zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy dotyczącym waloryzacji wynagrodzenia treści korzystniejszej dla niego.

Nie sposób uznać, że zaskarżone postanowienia umowy naruszają przepis art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający zamieścił w projekcie umowy postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, warunki na jakich taka zmiana może być dokonana tj. złożenie wniosku i dokumentów potwierdzających wzrost kosztów, a postanowienia te zawierają wszystkie elementy wymagane art. 439 ust. 2 ustawy Pzp. Zaznaczenia wymaga przy tym, że cytowany przepis wyznacza minimalny zakres postanowień waloryzacji wynagrodzenia, nie określa natomiast konkretnych zasad tej waloryzacji, które pozostawione zostały do decyzji zamawiającego. Przepisy nie opisują także samej procedury dokonywania takich zmian, ta zależy bowiem od specyfiki zamówienia czy też zasad obowiązujących u danego zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał także, aby swoboda zamawiającego w kształtowaniu zaskarżonych postanowień przekraczała granice wyznaczone przepisami KC. Wniosek, jaki wynika z uzasadnienia zarzutów jest tylko taki, że zakwestionowane postanowienia są dla wykonawców niekorzystne, gdyż wiążą się dla niego z ryzykiem, związanym z inflacją, której poziomu na obecny moment nie da się przewidzieć. Stąd odwołujący oczekuje, aby zamawiający wprowadził do treści WU takie zasady i wskaźniki waloryzacji wynagrodzenia, aby całkowicie eliminowały ryzyko zdarzeń, w tym tych których na aktualną chwilę nie sposób jest przewidzieć. Jakkolwiek zrozumiałym są dążenia odwołującego, to jednak nie sposób uznać, że zamawiający w tym przypadku naruszył przepisy ustawowe.

I tak, odnosząc się do zarzutu dotyczącego możliwej jednokrotnej waloryzacji, po upływie 12 miesięcy, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem, że z konstrukcji przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wynika prawo wykonawcy do

domagania się waloryzacji wynagrodzenia po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy. Literalne jego brzmienie obliguje zamawiającego w istocie do tego, aby taką waloryzację przewidział w umowie, jeśli ta jest zawierana na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Nie przesądza to jednak o obowiązku dokonania pierwszej waloryzacji wynagrodzenia po tym terminie.

Jak wskazuje się w doktrynie "Termin ten powinien być określany odrębnie, odpowiednio dla każdej umowy, biorąc przede wszystkim pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i termin jego realizacji. Odpowiednie określenie tego terminu zawsze powinno uwzględniać cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tzn. zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę", tak: M. Jaworowska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M.J., D.G., J.J., A.M., Warszawa 2023art. 439 ustawy Pzp. Również w orzecznictwie taki pogląd jest prezentowany, tak np. Izba w wyroku z dnia 29 listopada 2024 r., sygn. akt: KIO 4051/24 oddalając podobny zarzut stwierdziła: „Izba miała również na uwadze fakt, że określenie w PPU możliwości złożenia wniosku o waloryzację dopiero po 12 miesiącach od zawarcia Umowy oraz określenie jednokrotnej waloryzacji wynagrodzenia nie stanowiło naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ponieważ przepisy ww. ustawy nie określają ograniczeń lub zasad ustalania początkowego terminu zmiany wynagrodzenia oraz częstotliwości dokonywania waloryzacji".

Tym samym domaganie się przez odwołującego się w tej sprawie wykonawcy, aby zamawiający wprowadził do treści WU zapisy, z których wynikało będzie uprawnienie wykonawcy do domagania się waloryzacji wynagrodzenia już po 6 miesiącach od daty zawarcia umowy, nie znajduje uzasadnienia w ww. przepisie.

Nietrafione są również zarzuty w zakresie, w jakim zamawiający zastrzegł, że waloryzacja będzie miała zastosowanie, jeżeli ceny wzrosną o co najmniej 2% i nie więcej niż 5% oraz określił maksymalną wysokości zmiany wynagrodzenia za wykonanie zamówienia udzielanego w postępowaniu na poziomie 10 % wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego brutto. Powyższe poziomy, ustalone przez zamawiającego są racjonalne, uzasadnione aktualną sytuacją rynkową i adekwatne do poziomów inflacji, przewidywanej w okresie kiedy zamówienie będzie realizowane.

Trafnie zamawiający odnosi się do przyjętego przez Radę Ministrów projektu „Wieloletnich założeń makroekonomicznych na lata 2025 - 2029", wskazując na prognozowany wskaźnik inflacji konsumenckiej w przyszłym roku na poziomie średnio 3,8%, w roku następnym na poziomie 3,0%. Odnosząc te dane do zapisów WU powyższe założenia, w zakresie w jakim zamawiający ustalił poziomy waloryzacji są adekwatne do aktualnej sytuacji rynkowej.

Odwołujący z kolei przedstawia dowody na poparcie swoich twierdzeń, które rzeczywiście wskazują że w roku 2021 i 2022 wskaźniki inflacji były na poziomie, który przy aktualnych zapisach WU nie pozwoliłyby na waloryzację wynagrodzenia, jednak dane te dotyczą okresu (jak sam odwołujący przyznał), w którym mieliśmy do czynienia z sytuacjami nadzwyczajnymi, niemożliwymi do przewidzenia, bowiem odnoszą się do roku wybuchu wojny w Ukrainie i danych za rok po pandemii. Takie porównania są zatem nieadekwatne do aktualnej sytuacji rynkowej i nie znajdują oparcia w żadnych bieżących analizach, co do prognozowanych zmian mogących wystąpić na rynku.

W zakresie w jakim odwołujący kwestionował zapisy wprowadzone do § 15 ust. 5 i 6 WU twierdząc, że zamawiający sformułował wymagania, w dodatku nieprecyzyjne, dotyczące dokumentów, jakie wykonawca winien załączyć do wniosku waloryzacyjnego w celu wykazania wpływu wzrostu cen oraz zastrzegł żądanie udzielenia wyjaśnień, pomimo uczynienia podstawą roszczenia waloryzacyjnego wystąpienia różnicy pomiędzy wskaźnikiem procentowym odpowiadającym rocznej inflacji za poprzedni rok, a analogicznym wskaźnikiem obowiązującym w roku złożenia wniosku o waloryzację nie wyjaśniając przy tym w żaden sposób wedle jakich kryteriów będzie oceniać dokumenty i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Izba zważyła, że treść żądania wskazuje, że odwołujący zmierza do wyeliminowania zapisów, które pozwolą zamawiającemu na ocenę czy zastosowanie takiej klauzuli jest oparte na rzeczywistym wzroście cen materiałów, dostaw i usług mających wpływ na koszty realizacji zamówienia.

Trafnie zamawiający wskazuje, że jako jednostka sektora finansów publicznych musi dbać o przejrzystość wydatkowania środków, nie może zatem zwiększyć wynagrodzenia wykonawcy bez przedstawienia stosownych dowodów na okoliczność wzrostu kosztów mających wpływ na cenę oferty. Nie sposób jest zatem odmówić zamawiającemu prawa do tego, aby w sposób rzetelny, staranny, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, przeprowadził badanie zasadności złożonego wniosku, wraz z załączonymi do niego wymaganymi dokumentami.

W konsekwencji i ten zarzut podlegał oddaleniu, zamawiający nie naruszył bowiem przepisów, które odwołujący przywoływał w treści uzasadnienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 246 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie kryterium ceny jako kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60%, pomimo iż analiza OPZ, SWZ i WU prowadzi do jednoznacznej konstatacji, że zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia

Odwołujący twierdził, że zamawiający nie przewidział stosowania żadnych pozacenowych kryteriów oceny ofert, i

oparł się wyłącznie na kryterium ceny. Tymczasem analiza dokumentów zamówienia, w szczególności OPZ, prowadzi do jednoznacznie konkluzji, iż zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się co najmniej do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Konkluzję taką uzasadniają już same wadliwości OPZ objęte podstawą faktyczną opisanąw kolejnym zarzucie. W tym miejscu powołał braki dotyczące uregulowania procedury reklamacyjnej odpadów odebranych z PSZOK czy zasad postępowania w zakresie ewidencji w sytuacji przerw w funkcjonowaniu systemu ECO.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Analiza treści przepisu art. 246 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający publiczni (jednostki sektora finansów publicznych i państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz ich związki) mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Tym samym dla ustalenia ceny jako jedynego kryterium wystarczającym jest, aby zamawiający określił w ramach opisu przedmiotu zamówienia ramy jakościowe, w których poruszać się mają wykonawcy przygotowując swoją ofertę na realizację danego zamówienia, przy czym określenie wymagań jakościowych nie musi dotyczyć każdego, nawet najmniejszego składnika przedmiotu zamówienia. Określenie wymagań jakościowych głównych elementów przedmiotu zamówienia pokazać ma granice, w których co do jakości przedmiotu zamówienia będą poruszali się wykonawcy realizujący zamówienie.

Aby skutecznie podnieść zarzuty w tym zakresie odwołujący musiałby wykazać, że takowe nie zostały w treści SWZ określone, czego nie zrobił. Zatem nie sposób stwierdzić, że wykonawca nie jest w stanie przygotować oferty z uwzględnieniem zapisów OPZ w taki sposób, aby decydującym i rozstrzygającym kryterium była cena złożonej oferty.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający nie określił na wystarczającym poziomie cech jakościowych, jakie ma spełniać usługa będąca przedmiotem zamówienia, stąd zarzuty w tym zakresie należało oddalić.

Izba wzięła również pod uwagę stanowisko zamawiającego, wyrażone w piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie, który wskazywał na wadliwość tych propozycji, które odwołujący postuluje wprowadzić do SWZ jako pozacenowe kryteria oceny ofert, tj. (1) zaoferowanie realizacji świadczenia dodatkowymi pojazdami spełniającymi wymóg standardu emisji spalin EURO VI - o wadze 20% oraz (2) termin płatności - o wadze 20%.

Trafnie zamawiający uznał postulat punktowania zaangażowania w realizację zamówienia dodatkowych pojazdów o emisji spalin EURO VI jako próbę wpływu na treść warunku udziału w postępowaniu, którego istotą jest określenie minimalnych poziomów zdolności wykonawców niezbędnych do wykonania danego zamówienia, który powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i o którego treści decyduje zamawiający, a który nie był przez odwołującego kwestionowany na drodze środków ochrony prawnej. W zakresie taboru zamawiający przewidział w SWZ wymóg, aby co najmniej 4 z 8 wymaganych pojazdów spełniały europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI - dot. pojazdów wskazanych w Rozdziale 4 ust. 3 pkt 2 lit a) i b). Wymóg ten, jak wskazał zamawiający jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający jakość i rzetelność realizacji zadań powierzonych wykonawcom. Określając, które konkretnie pojazdy mają spełniać normę emisji spalin EURO VI, a które nie muszą, zamawiający ustalił powyższe na poziomie adekwatnym do potrzeb, zatem propozycja odwołującego, który domaga się punktowania skierowania do realizacji dodatkowych pojazdów o emisji spalin EURO VI (tj. innych niż te określone w treści warunku udziału) stanowi próbę przekształcenia warunku w kryterium oceny ofert, co pozostaje w sprzeczności z intencją zamawiającego, który jako cel postawił dopuszczenie do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców spełniającym wymagane poziomy zdolności.

Z kolei drugie z kryteriów, którego wprowadzenie do treści SWZ odwołujący postulował, jakkolwiek dopuszczalne, o czym przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 18 września 2002 r., sygn. akt III CZP 52/02, ma znaczenie marginalne. Należy bowiem przypomnieć o zapisach zawartych w art. 8 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych z dnia 8 marca 2013 r. (Dz. U. z 2023 r., poz. 1790 ze zm.), zgodnie z którym termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, a w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym, termin ten nie może przekraczać 60 dni. W przypadku gdy strony ustalą harmonogram spełnienia świadczenia pieniężnego w częściach, termin ten stosuje się do zapłaty każdej części świadczenia pieniężnego. Zgodnie z tym przepisem w transakcjach między przedsiębiorcami a podmiotami publicznymi, w których podmiot publiczny jest dłużnikiem, termin zapłaty za dostarczone towary lub wykonane usługi nie może przekroczyć 30 dni. Dodatkowo, zgodnie z art. 5 cytowanej ustawy, jeżeli strony transakcji handlowej, z wyłączeniem podmiotu publicznego będącego podmiotem leczniczym, przewidziały w umowie termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel, który nie jest dużym przedsiębiorcą, może żądać odsetek ustawowych po upływie 30 dni, liczonych od dnia spełnienia swojego świadczenia i doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, do dnia zapłaty, ale nie dłużej niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Transakcją

handlową w rozumieniu wyżej przywołanej ustawy jest umowa, której przedmiotem jest dostarczanie towaru lub świadczenie usług.

Dodatkowo, jak zamawiający zauważył, powołując się na przywołaną wyżej uchwałę Sądu Najwyższego: „kryterium terminu płatności może mieć duże znaczenie jako wyznacznik atrakcyjności oferty, przede wszystkim wówczas, gdy (...) zamawiający mają problemy z płynnością finansową", wprowadzenie go przez zamawiającego do treści SWZ byłoby działaniem pozornym, nie wpływającym na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.Trafnie zamawiający zauważa, że ustalenie właściwych kryteriów pozostawać powinno w gestii zamawiającego, gdyż to on powinien mieć decydujący wpływ na to jakie kryteria zapewnią w sposób jak najlepszy osiągnięcie rezultatu w postaci wyłonienia wykonawcy, który będzie w sposób rzetelny i terminowy realizował usługi objęte przedmiotem umowy.

W konsekwencji Izba uznała powyższy zarzut za nie znajdujący oparcia w przepisach ustawy Pzp i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia:

a.w sposób niewyczerpujący i nieproporcjonalny, albowiem bez uwzględnienia jakiejkolwiek procedury reklamacyjnej dotyczącej odbiorów odpadów z PSZOK, w tym w szczególności w przypadku niezgodności zadeklarowanych kodów odpadów z rzeczywistością, przy jednoczesnym zobowiązaniu wykonawcy do odbioru takich odpadów nawet wówczas, wykonawca nie będzie posiadać stosownych wpisów w RDR czy BDO umożliwiających zagospodarowanie tych odpadów, co w istocie oznaczać będzie nałożenie na wykonawcę umownego obowiązku działania w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa,

b.w sposób niejednoznaczny, poprzez posłużenie się w pkt 7 Formularza ofertowego frazą „w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów" bez jednoczesnego wyjaśnienia co zamawiający rozumie pod tym pojęciem,

c.w sposób niewyczerpujący, poprzez nieprzewidzenie procedury alternatywnej na wypadek awarii systemu ECO lub interfejsu wymiany danych, która to procedura umożliwiłaby wykonawcy rejestrowanie danych i przekazywanie ich do systemu ECO w późniejszym terminie, np. po przywróceniu działania systemu,

d.w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny, poprzez zastrzeżenie w Dziale IV Rozdziale 8 pkt 4 OPZ obowiązku nagrywania filmów z ważenia „na pełno" odpadów odebranych w ramach wystawki krawężnikowej

Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że powyższe oznacza, że opis przedmiotu zamówienia musi precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości, przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób szczegółowy i wszechstronny, zastosowaniem języka fachowego, zrozumiałego dla wykonawców, będących profesjonalistami w branży, której dotyczy udzielane zamówienie, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, czyli określający zakres zamówienia, czas jego realizacji, a także wymagania (np. jakościowe) dotyczące tej realizacji.

Zgodnie zaś z art. 99 ust. 2 Pzp, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych, które to cechy mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Przywołana wyżej regulacja normatywna koresponduje z zasadą proporcjonalności, wyrażoną w art 16 pkt 3 ustawy Pzp, mającą charakter zasady naczelnej prawa zamówień publicznych. Jej istotą jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego, polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. Normatywne ramy zasady proporcjonalności w polskim prawie zamówień publicznych, kreowane przez ogólną regulację art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oraz szereg norm o charakterze lex specialis, są w istocie rezultatem implementacji Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej - „Dyrektywa"). Norma art. 18 ust. 1 Dyrektywy stanowi bowiem, że „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców". Z kolei art. 42 ust. 2 Dyrektywy nakazuje zamawiającym (instytucjom zamawiającym) zapewnić, by specyfikacje techniczne umożliwiały wykonawcom równy dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie tworzyły nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję. Zasada

proporcjonalności wielokrotnie była przedmiotem wykładni dokonywanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej - „TSUE"), przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), czy też w wyroku z 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii; wyroku z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawach połączonych C-523/16, C-536/16, MA.T.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR).

TSUE w swoim bogatym orzecznictwie dotyczącym zasady proporcjonalności, wypracowało tzw. test proporcjonalności, mający pomóc zamawiającym (instytucjom zamawiającym) zweryfikowanie czy danie działanie jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Test ten polega na zadaniu trzech pytań: a) czy dane działanie jest konieczne (niezbędne) do osiągnięcia pożądanego celu i czy nie ma mniej restrykcyjnego środka, który w równym stopniu służyłby pożądanemu celowi, b) czy działanie jest odpowiednie do osiągnięcia celu i czy jest w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków, c) czy jest zachowana równowaga między działaniem i jego efektami a związanymi z nim ograniczeniami. Tożsamy sposób rozumienia zasady proporcjonalności prezentowany jest, co oczywiste, również na płaszczyźnie polskiego prawa zamówień publicznych.

W orzecznictwie podkreśla się, że „wymóg proporcjonalności dotyczy wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania" (wyrok KIO z dnia6 lipca 2020 r., KIO 927/20). Analogiczne stanowisko prezentuje również Urząd Zamówień Publicznych, gdzie tytułem przykładu odwołujący przywołał informację pokontrolnąz 29 listopada 2017 r., dotyczącą postępowania kontrolnego KND/10/17/DKD, w której treści Urząd Zamówień Publicznych zaakcentował, że „Zasada ta przejawia się na niemal wszystkich etapach związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia i wskazuje na konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, czyli takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców."

Ponadto norma art. 99 ust. 2 ustawy Pzp pozostaje w związku z regulacją art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, nakazującą zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że „Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych zasady, nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych". (wyrok KIO z dnia 20 marca 2023 r., KIO 551/23).

Odniesienie wyżej przywołanych przepisów Pzp oraz cytowanych - jedynie przykładowo - poglądów KIO i stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych prowadzi do jednoznacznej konkluzji, o sprzeczności z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp sposobu opisania przedmiotu zamówienia w zakresie przywołanym w petitum odwołania, w odniesieni do przejawów wadliwości objętych zarzutem. Zmawiający bowiem w sposób niewyczerpujący i nieproporcjonalny dokonał opisu przedmiotu zamówienia, gdyż bez uwzględnienia jakiejkolwiek procedury reklamacyjnej dotyczącej odbioru odpadów z PSZOK, w tymw szczególności w przypadku niezgodności zadeklarowanych kodów odpadów z rzeczywistością, co może doprowadzić do sytuacji zobowiązania wykonawcy do odpadów o kodach, wykraczających poza ramy zezwoleń posiadanych przez wykonawcę. Ponadto zamawiający dopuścił się nieprecyzyjności, nie wyjaśniając w jaki sposób należy rozumieć sformułowanie „w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów" użyte w Formularzu oferty. Wreszcie, zamawiający nie przewidział w ogóle procedury alternatywnej na wypadek awarii systemu ECO lub interfejsu wymiany danych, która to procedura umożliwiłaby wykonawcy rejestrowanie danych i przekazywanie ich do systemu ECO w późniejszym terminie, np. po przywróceniu działania systemu, pomimo iż nawet ustawodawca, licząc się z perturbacjami natury technicznej, przewidział taką procedurę na wypadek awarii BDO. Wreszcie sformułował wymóg nagrania filmu z ważenia odpadów odebranych w ramach zbiórki krawężnikowej. Trudno zweryfikować jaka potrzeba zamawiającego leżała u podstaw takiego wymagania, ale jeżeli chodziło o zweryfikowanie rodzajów odpadów odebranych w ramach zbiórki krawężnikowej, to cel ten z pewnością nie zostanie osiągnięty.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje

Izba uznała zarzuty odwołującego w zakresie naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 ustawy Pzp za niewykazane, w konsekwencji zarzuty te należało oddalić.

Zarzut, jaki sformułował odwołujący dotyczył naruszenia przepisu art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a do jego opisu wykorzystania zrozumiałych i szczegółowych wytycznych, znanych wykonawcom z danej branży. Wykonawcy składający ofertę muszą bowiem wiedzieć jaki jest rzeczywisty zakres zamówienia, jego warunki oraz okoliczności, które mają wpływ na jego realizację. To bowiem na podstawie tego opisu dokonują obliczenia ceny za realizację zamówienia.

Podkreślić należy, że zamawiający dokonując rzeczonego opisu ma prawo uczynić to w sposób, który będzie uwzględniał jego obiektywne potrzeby, uwzględniał uwarunkowania związane z realizacją zamówienia, oczekiwać od wykonawcy, aby w uzasadnionych przypadkach dostosował się do obiektywnych potrzeb, które związane są z realizacją zamówienia publicznego.

Należy także podkreślić, że wykonawca, który skarży postanowienia SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, aby skutecznie sformułować zarzut odwołania, musi nie tyle wskazać jaki zapis kwestionuje, ale szerzej uzasadnić i wykazać, że wprowadzony opis narusza przepisy ustawy Pzp, z jakich powodów na podstawie tak ukształtowanych zasad wykonawca nie jest w stanie należycie oszacować kosztów świadczenia usług czy też, w skrajnym przypadku w ogóle złożyć oferty przy tak ukształtowanym opisie.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że odwołujący nie podołał ciążącym na nim obowiązkom i nie wykazał naruszenia wskazywanego przez niego przepisu. Zarzuty odwołania zostały sformułowane w sposób lakoniczny, a odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że wskazywane przez niego zapisy uniemożliwiają np. wyliczenie ceny ofertowej czy złożenie oferty przy tak ukształtowanych wymaganiach zawartych w dokumentach zamówienia.

Z kolei argumentacja odwołującego, która została zaprezentowana na rozprawie, w świetle przepisu art. 555 ustawy Pzp została przez Izbę w całości pominięta, gdyż Izba przy orzekaniu bierze pod uwagę wyłącznie treść zarzutów i uzasadnienie faktyczne, które zostało zaprezentowane w odwołaniu. Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp), przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Chodzi bowiem o to, aby zamawiający po zapoznaniu się z treścią zarzutów miał możliwość czy to uwzględniania odwołania, czy też zmiany kwestionowanych zapisów.

Wobec tego, że odwołujący w treści odwołania oprócz ogólnych twierdzeń w jaki sposób powinien zostać ukształtowany OPZ, przywołania orzecznictwa TSUE oraz Krajowej Izby Odwoławczej nie uzasadnił w żaden sposób swojego stanowiska - tak sformułowane zarzuty należało oddalić.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie po otwarciu ofert weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale 4 pkt 3 SWZ, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować bazą magazynowo - transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i jest wyposażona i usytuowana zgodnie z tym rozporządzeniem w miejscu właściwym dla odbierania odpadów z terenu gminy Miękinia

Odwołujący na wstępie przypomniał treść warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdziale 4, pkt 3 SWZ: „Zamawiający wskazuje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią następujące warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: (3) dysponują bazą magazynowo - transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i jest wyposażona i usytuowana zgodnie z tym rozporządzeniem w miejscu właściwym dla odbierania odpadów z terenu gminy Miękinia. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie ww. warunki musi spełniać co najmniej jeden Wykonawca samodzielnie”.

Następnie, w Rozdziale 6, pkt 6 ppkt 2) lit. d SWZ wskazano oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazaniu braku

podstaw wykluczenia. Na wezwanie zamawiającego, wykonawca którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany będzie złożyć w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, następujących, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia: (2) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca składa: (d) Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 4 ust. 3 pkt 2 SWZ (dot. pojazdów) oraz rozdziale 4 ust. 3 pkt 3 SWZ (dot. bazy magazynowo - transportowej).

Zamawiający nie załączył do dokumentacji wzoru Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, który ma obowiązek złożyć wykonawca na jego wezwanie. Jednakże, zgodnie z zapisami SWZ, niewątpliwie, ma zamiar weryfikacji spełniania tak określonego warunku udziałuw postępowaniu, dopiero na etapie oceny oferty wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Odwołujący wnosił o wprowadzenie w Rozdziale 6 pkt 1 ppkt 4 SWZ obowiązku złożenia wraz z ofertą Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, w którym złoży oświadczenie dotyczące dysponowania do realizacji zamówienia bazą magazynowo - transportową, spełniającą wszystkie wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 roku, poz. 122) oraz wskaże adres bazy magazynowo - transportowej, którą dysponuje.

Odwołujący argumentował, że warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować bazą magazynowo - transportową, jest uzasadniony oceną uprawnień oraz zdolności technicznych niezbędnych do realizacji zamówienia, uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego i pozwala na rzetelną weryfikację wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w postępowaniu z zastosowaniem zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.

Przypomniał treść art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z kolei zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp: w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Innymi słowy, zamawiający powinien określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie niezbędnym do jego prawidłowej realizacji. Warunek dotyczący dysponowania bazą magazynowo - transportową odpowiada tym wymogom.

Z pewnością, zamawiający zamierza prawidłowo realizować zobowiązania, które nałożył na niego ustawodawca na mocy przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z § 2 powyższego Rozporządzenia: 1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo- transportową usytuowaną: 1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy; 2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny. 2. W zakresie wyposażenia bazy magazynowo- transportowej należy zapewnić, aby: 1) teren bazy magazynowo - transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym; 2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu; 3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych; 4) teren bazy magazynowo - transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21); 5) baza magazynowo - transportowa była wyposażona w: a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób, c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, d) legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku, gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów. 3. Na terenie bazy magazynowo - transportowej powinny znajdować się także: 1) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów, 2) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów - o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo - transportowej. 4. Część transportowa oraz część magazynowa bazy mogą znajdować się na oddzielnych terenach, przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w ust. 1-3.

Zamawiający powinien jednak zweryfikować fakt posiadania bazy magazynowo - transportowej, spełniającej wymogi określone przepisami prawa, już na etapie składania ofert, ponieważ są to minimalne ustawowe wymogi do realizowania przedmiotu zamówienia. Jeśli wykonawca nie dysponuje bazą spełniającą wymagania, nie powinien ubiegać się o udzielenie zamówienia w postępowaniu i realizować zamówienia. Tymczasem, tak ukształtowany warunek, którego spełnianie nie jest faktycznie weryfikowalne na etapie składania ofert, czyni ten warunek iluzorycznym. Każdy z wykonawców bowiem może złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie dysponując nawet bazą magazynowo -transportową, spełniającą wymogi prawne. Odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2021 r., KIO 191/21, w którym Izba uznała, że wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd poprzez złożenie oświadczenia o dysponowaniu bazą magazynowo - transportową, gdy nie spełniała ona wymogów z Rozporządzenia.

Odwołujący, jako profesjonalista, znający standardy rzetelności w postępowaniach przetargowych, niejednokrotnie doświadczył braku należytej staranności wymaganej od wykonawców, którzy przedstawiali zamawiającemu informacje co do warunku udziału w postępowaniu w sposób wprowadzający w błąd zamawiającego, w sposób wręcz wydaje się celowy, sprawiając wrażenie, że ich baza magazynowo - transportowa spełnia wymogi z Rozporządzenia - potwierdzając to fałszywymi oświadczeniami, które zamawiający bezkrytycznie przyjmował i zaniechał ich weryfikacji.

Wprowadzenie możliwości weryfikacji spełnienia warunku już w na etapie złożenia oferty, stanowić będzie wyraz zasady proporcjonalności oraz zasady efektywności, zgodnie z którą zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację. Tymczasem proporcjonalne i pozwalające na weryfikację wykonawców, warunki udziału w postępowaniu, dają rzeczywiste narzędzia do weryfikacji wykonawców, którzy będą mogli złożyć oferty w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Odwołujący zarzucał naruszenie ww. przepisów twierdząc, że zamawiający powinien zweryfikować fakt posiadania bazy magazynowo - transportowej już na etapie składania ofert, zamawiający z kolei żądał od wykonawców złożenia oświadczenia o dysponowaniu taką bazą, przenosząc ją na etap oceny oferty wykonawcy, którego oferta został oceniona najwyżej.

Izba nie stwierdziła, aby zamawiający konstruując SWZ naruszył przepisy w zakresie odnoszącym się do opisania warunków udziału w postępowaniu, czy też przepisów Rozporządzenia, które wskazał odwołujący.

Izba zgadza się z odwołującym, że określenie warunków udziału w postępowaniu ma na celu dopuszczenie do udziału w postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy są zdolni do należytej realizacji zamówienia, dających taką rękojmie.

Odwołujący zapomina przy tym, że do treści ustawy Pzp wprowadzono przepis art. 139 ustawy Pzp, który daje możliwość, aby w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający zastosował tzw. procedurę odwróconą. Przepis ten wskazuje, że zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Powyższa regulacja jest wdrożeniem do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że wobec wykonawcy nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia przez niego kryteriów kwalifikacji, zgodnie z przepisami art. 57-64 dyrektywy 2014/24/UE.

Procedura odwrócona polega na tym, że zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje badania i oceny ofert, a następnie w ramach kwalifikacji podmiotowej bada złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz braku postaw wykluczenia, złożone na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ) lub wzywa tego wykonawcę do złożenia tego oświadczenia, jeżeli przewidział w SWZ możliwość jego żądania wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp.

Oznacza to, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wykonawców (nie bada nawet wszystkich oświadczeń wykonawców składanych na formularzu JEDZ). W pierwszej kolejności zamawiający dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp, a następnie żąda przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ustawy Pzp.

Taką też procedurę przewidział w postępowaniu zamawiający i jest ona zgodna z przepisami ustawy Pzp.

Argumentacja odwołującego, który podnosił w odwołaniu, że każdy wykonawca może złożyć oświadczenie o

spełnieniu warunków, nie dysponując nawet bazą magazynowo - transportową spełniającą wymogi prawne, nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie. Istotnie może zdarzyć się, że wykonawca złoży w toku postępowania oświadczenie, które nie jest zgodne z rzeczywistością, jednak zamawiający dokonuje weryfikacji treści złożonych oświadczeń, a jeśli stwierdzi, że doszło do przekazania takiej nieprawdziwej informacji, stosuje wobec wykonawców określone sankcje, gdyż takie również przewidziane są przepisami ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba i ten zarzut oddaliła.

W zakresie, w jakim odwołujący podnosił zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w OPZ dotyczącym oprogramowania komputerowego i wymiany danych obowiązków w zakresie sposobu realizacji usługi (zapisów), które są nieprecyzyjne, sprzeczne, nie pozwalają na zidentyfikowanie zobowiązań wykonawcy oraz ryzyka wiążącego się ze złożeniem oferty oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz jego wartości i celów.

Odwołujący przywołał kwestionowane zapisy w Dziale VII OPZ - Oprogramowanie komputerowe i wymiana danych o treści: 1. Zamawiający przekaże Wykonawcy za zgodą dostawcy tj. Usługi Informatyczne ACME, ul. Piwna 1, 44-100 Gliwice dostęp do programu ECO Intelligence, poprzez portal internetowy, na czas trwania umowy. 2. Wykonawca zobowiązany będzie w ECO Intelligence obsługiwać moduły dotyczące realizacji umowy. 3. Zamawiającyna wniosek Wykonawcy przeprowadzi szkolenie dotyczące obsługi gminnego systemu komputerowego ECO Intelligence dla pracownika wskazanego przez Wykonawcę, w ustalonym wspólnie terminie w siedzibie tutejszego urzędu bądź online. 4. Wykonawca zobowiązany jest w okresie obowiązywania umowy ewidencjonować i przesyłać online wszystkie dane z odbiorów odpadów odebranych i zebranych w czasie rzeczywistym. tj. (z nieruchomości zamieszkałych, z punktów ogólnodostępnych oraz z PSZOK) i dane te powiązać w czasie rzeczywistymz kartoteką MGO. 5. Wszystkie dane związane z pozycją geograficzną odbioru odpadów (w szczególności PGO, umiejscowienie MGO), dane z urządzeń pokładowych pojazdów, muszą być przekazywane w czasie rzeczywistym. W miejscu, w którym brak zasięgu Internetu, który nie pozwala na przesył danych, musi on być ponowiony natychmiast, kiedy stanie się możliwy. 6. Wykonawca obowiązany jest wszystkie zarejestrowane zdarzenia w trakcie realizacji umowy podczas wszystkich frakcji (w szczególności: załadunek (odbiór odpadów), wyładunek, identyfikacja, ważenia ze wskazaniem ilości masy, ilość faktycznie odebranych worków, odbiór wystawki krawężnikowej poszczególnych frakcji i inne wykonane w trakcie realizacji usługi w terenie i na instalacji, w tym bazie wyładunkowej przekazać z dokładną datą i czasem zgodnym z uniwersalnym czasem koordynowanym UTC(PL)] wykonanej usługi, współrzędnymi geograficznymi zdarzeń na podstawie systemu GPS, systemów ważenia i identyfikacji pojemników, systemów ważeń z instalacji (bazy), danych pochodzących z pojazdów Wykonawcy dot. odbioru frakcji workowych, odbiorów wystawki krawężnikowej i przesłać dane w czasie rzeczywistym do systemu ECO - Intelligence. 7. Wyjątek od reguły wskazanej w ust. 6 stanowią odpady odebrane i przekazane do instalacji z PSZOK. Dane w tym zakresie Wykonawca może przesłać w terminie nie dłuższym niż do 3 dni do godz. 00:00 od rzeczywistej wykonanej usługi odbioru. 8. Gmina nie zapewnia urządzeń do przesyłania danych z odbioru odpadów. 9. Wykonawca zobowiązany jest dostosować się w ciągu 30 dni do rozszerzonych lub zmienionych metod wymiany danych w systemie informatycznym gminy ECO - Intelligence. Zmiany nie wpływające na wymianę danych nie wymagają takiego awizowania. 10. Zamawiający wystąpi z pisemnym wnioskiem do dostawcy programu tj. ACME o wdrożenie potrzeby wcześniejszego, co najmniej 30 dniowego wyprzedzeniem informowania wskazanego Wykonawcy o chęci wprowadzenia planowanej zmiany, o której mowa w ust 9. (…) 12. Zastrzeżenia do danych prezentowanych przez gminny system zarządzania odpadami ECO - Intelligence. 1) Jeśli Wykonawca zamierza zgłosić zastrzeżenia dot. danych w systemie ECO

Zamawiającego, jest zobowiązany do przeprowadzenia wcześniej wewnętrznej analizy przez kompetentnego informatyka/programistę, aby wykluczyć błędy w jego własnym systemie. Zgłaszając zastrzeżenia wykonawca powinien załączyć plik xml wysłany przez API gminiew dniu odbioru odpadów, którego dotyczą zastrzeżenia. Zamawiający - Gmina nie będzie odnosić się do innych danych pochodzących z wewnętrznych systemów wykonawcy jak np. informacja z systemu RFID, ponieważ wszystkie dane mają być przekazywane za pomocą API w określonych wcześniej terminach i formacie. 2) W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń, uwag do danych pobranych do systemu ECO, Wykonawca ma obowiązek przedstawić na jego wniosek plik xml wysłany przez API gminie w dniu odbioru odpadów, którego dotyczą zastrzeżenia.

Odwołujący ponownie przypomniał, że przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że powyższe oznacza, że opis przedmiotu zamówienia musi precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości, przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób szczegółowy i wszechstronny, z zastosowaniem języka fachowego, zrozumiałego dla wykonawców, będących profesjonalistami w branży, której dotyczy

udzielane zamówienie, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, czyli określający zakres zamówienia, czas jego realizacji, a także wymagania (np. jakościowe) dotyczące tej realizacji.

Dalej wskazywał, że realizując obecnie tożsamą usługę do objętej przedmiotem postępowania u tego samego zamawiającego, korzysta z dostępu do programu ECO- Intelligence. Sposób funkcjonowania udostępnionego oprogramowania stwarza szereg wątpliwości, problemów technicznych, czy też innych niezależnych od wykonawcy zdarzeń, uniemożliwiających zapewnienie prawidłowości rejestracji i przesyłu danych. Zamawiający udostępnia dostęp do programu innego dostawcy, bez zapewnienia pełnej i stabilnej integracji. W ten sposób, ryzyka techniczne, operacyjne czy kosztowe obciążają wykonawcę, bez możliwości wpływu na prawidłowość działania programu ECO - Intelligence. W praktyce, wykonawca ponosi konsekwencje błędów w działaniu programu, nawet w sytuacji, kiedy przyczyny są od niego niezależne. Każda taka nieprawidłowość jest analizowana przez zamawiającego i stanowi podstawę do braku akceptacji sprawozdań z realizacji usług wykonawcy.

Powyższe spowodowane jest nie tylko jakością oprogramowania, ale także nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w zakresie zasad funkcjonowania programu ECO - Intelligence i wymagań zamawiającego. Odwołujący zgromadził obszerną korespondencję dotyczącą wyjaśniania sposobu funkcjonowania programu, jednakże zamawiający, wszelkie problemy w funkcjonowaniu programu, pochodzącego od innego dostawcy, który wykonawca musi wdrożyć, przerzucił na wykonawcę i bardzo skrupulatnie wymierzał wykonawcy kary umowne za przypadki spowodowane nieprawidłowym funkcjonowaniem systemu, czy też brakiem rozwiązania problemów dostosowania systemów wykonawcy do programu ECO - Intelligence. Zamawiający ma wiedzę w jaki sposób doprecyzować opis przedmiotu zamówienia w zakresie przesyłu danych za pomocą ECO- Intelligence. Nie jest jednak zainteresowany doprecyzowaniem opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Zwrócił przy tym uwagę, że niniejszy zarzut dotyczy przesyłu danych, czyli kontroli realizacji usługi, nie zaś głównego przedmiotu zamówienia, jakim jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Tymczasem, zgodnie z wymaganiem, wykonawca zobowiązany jest w okresie obowiązywania umowy ewidencjonować i przesyłać online wszystkie dane z odbiorów odpadów odebranych i zebranych w czasie rzeczywistym.

Odwołujący wskazywał nie tylko nieprecyzyjny opis zasad działania oprogramowania, ale także na dopuszczalność wprowadzania zmian przez zamawiającego (pkt 10). Zamawiający nie określa jakie zmiany są przewidywane, jaki jest ich charakter i zakres. To powoduje, że wykonawca nie jest nawet w stanie stwierdzić, czy będzie mógł wywiązać się z obowiązku należytej, starannej obsługi programu ECO - Intelligence, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący wskazywał również, że zamawiający ma o wiele więcej możliwości kontroli należytego wykonywania obowiązków umownych, za pomocą systemu monitoringu satelitarno-wizyjnego oraz identyfikacji pojemników (zgodnie z Działem VIII. OPZ).

Dalej wywodził, że realizując aktualną umowę u zamawiającego o tożsamym przedmiocie, próbując sprostać zobowiązaniom umownym do przekazania danych z oprogramowania, działając niezależnie, zwracał się z prośbą do dostawcy oprogramowania, o udostępnienie danych wskazanych przez zamawiającego. Zgodnie jednak z konstrukcją interfejsu przesyłu danych, to po stronie zamawiającego znajduje się odbiór przekazywanych informacji w systemie gminnym. Tym samym, wyłącznie zamawiający ma możliwość wygenerowania pliku XML, który został przesłany do systemu zamawiającego za pośrednictwem API. Odwołujący wskazywał również na problemy związane z konwersją czasu podczas przesyłu danych poprzez API. W rezultacie po stronie systemu ECO- Intelligence, mogą występować pozorne różnice czasowe, prowadzące do błędnej interpretacji danych. Odwołujący wskazuje, że to tylko przykłady licznych problemów w obsłudze oprogramowania ECO - Intelligence.

Wskazał, że obsługa oprogramowania będzie tym bardziej utrudniona, że dostawca oprogramowania ECO - Intelligence i oprogramowania potencjalnego wykonawcy, to zwykle konkurencyjne podmioty z branży. Dostawca oprogramowania ECO - Intelligence nie będzie w żaden sposób związany i zależny od uwag czy wątpliwości zgłaszanych przez wykonawcę usługi na rzecz zamawiającego. Co więcej, wykonawca nie ma żadnej możliwości weryfikacji, czy błąd wystąpił po stronie oprogramowania ECO - Intelligence. Podkreślał, że za prawidłowe odebranie danych udostępnionych za pośrednictwem interfejsu wymiany danych, odpowiada zamawiający. Wykonawca nie ma wpływu na działania dostawcy oprogramowania gminnego ECO - Intelligence, który jest odpowiedzialny za obsługę tych czynności. Wykonawca udostępnia wymagane dane przez webservice do pobrania przez zamawiającego. Zamawiający winien doprecyzować metodę przesyłu danych, aby wykonawca świadczący usługę, miał możliwość należycie realizować obowiązki umowne w tym zakresie, bez ponoszenia konsekwencji nieprawidłowości.

W konsekwencji powyższego doszło zdaniem odwołującego do sytuacji, w której zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez

uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

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

Ponadto, zgodnie zaś z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych, które to cechy mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Przywołana wyżej regulacja normatywna koresponduje z zasadą proporcjonalności, wyrażoną w art 16 pkt 3 ustawy Pzp, mającą charakter zasady naczelnej prawa zamówień publicznych. Jej istotą jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego, polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie
możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba nie stwierdziła naruszenia cytowanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w dziale VII OPZ opisane zostało szczegółowo oprogramowanie komputerowe, zasady wymiany danych, w tym też właściwości jakie wykonawca musi udostępnić w czasie rzeczywistym za pomocą API. Zostały one w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazane.

Ponadto, jak wyjaśnił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ECO - Intelligenceto oprogramowanie zakupione celem sprawowania kontroli nad prawidłowością odbieranych odpadów komunalnych z terenów objętych gminnym systemem zbiórki. Zamawiający za jego pomocą ma możliwość ocenić jakość pracy wykonawcy w czasie rzeczywistym, ustalić ewentualne nieprawidłowości. Izba uznała, że zapisy w tym zakresie są uzasadnione obiektywną potrzebą zamawiającego, który ma prawo weryfikować jakość pracy wykonawców i sprawować kontrolę nad sposobem świadczenia usług.

To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, dążąc do celu jaki zamierza osiągnąć. A zatem, nie można przyznać wykonawcom uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisania czy zapewnienia ich realizacji w SWZ, jeśli opis ten nie narusza przepisów ustawy Pzp.

Zarzut ten należało oddalić także z tego powodu, że odwołujący formułując treść żądania domagał się, aby Izba nakazała zamawiającemu sprecyzowanie OPZ w zakresie funkcjonalności i wymagań odnoszących się do oprogramowania ECO. Twierdził bowiem,że zamawiający ma wiedzę w jaki sposób doprecyzować OPZ w zakresie przesyłu danych za pomocą ECO - Intelligence, jednak nie jest tym zainteresowany. Takie sprecyzowanie żądań w odwołaniu, dotyczącym zapisów SWZ de facto czyni niemożliwym uwzględnienie odwołania w tym zakresie, nie wiadomo bowiem w jaki sposób miałby zostać ukształtowany zapis, aby czynił zadość oczekiwaniom wykonawcy.

Z kolei samo tylko twierdzenie, jeśli nawet wykonawca popiera je dowodami (do pisma procesowego z 31 października 2025 r. odwołujący załączył dowód 13 - Weryfikacja sprawozdania - pokazuje, jak wydłużył się okres weryfikacji sprawozdania wykonawcy, jak też okres oczekiwania na zapłatę wynagrodzenia za wykonane usługi z uwagi na oprogramowanie zamawiającego; dowód 14 - korespondencja z zamawiającym dotycząca oprogramowania na potwierdzenie nieprawidłowości wskazane szczegółowo w odwołaniu), które mają potwierdzać wady systemu, jest niewystarczające aby Izba mogła nakazać dokonanie stosownych zmian w treści OPZ.

Izba wprawdzie nie jest związana przy orzekaniu treścią żądań, ale rozpoznaje zasadność zarzutów, tym niemniej w przypadku gdy wykonawca domaga się wprowadzenia zmian w treści dokumentów zamówienia, żądania mają także istotne znaczenie, gdyż stanowią pewnego rodzaju rozszerzenie zarzutów. To, w jaki sposób wykonawca sformułuje swoje żądanie, wskazuje bowiem Izbie kierunek oczekiwanych zmian. Jeśli żądanie, jak w tym przypadku nie określa w jaki sposób zamawiający miałby sprecyzować OPZ w zakresie funkcjonalności i wymagań odnoszących się do oprogramowania ECO, to zestawiając jez ogólnie sformułowanymi zarzutami odwołania - czyni postawiony zarzut nienależycie uzasadnionym.

Tym samym i ten zarzut należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodnicząca:……..