

WYROK

Warszawa, dnia 13 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2025 r. przez wykonawcę [REDAKTOWANE] S.A., [REDAKTOWANE]

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina** [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE]

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: [REDAKTOWANE] sp. z o.o., [REDAKTOWANE]

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3, 4, 5 i 6,
2. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutów nr 1 i 2 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy w ten sposób, aby wykonawca, który nie osiągnie poziomów, o których mowa w § 2 pkt 14 tej umowy, podlegał karze umownej w wysokości maksymalnie 50% wysokości kary, której podlega zamawiający zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, z uwzględnieniem innych przepisów regulujących wysokość tej kary, w tym przepisów ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę 1 367 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa odwołującego,
- 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 984 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina [REDAKTOWANO], prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Gospodarka odpadami komunalnymi – Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych”, numer referencyjny [REDAKTOWANO]. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej [REDAKTOWANO].

W dniu 27.02.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy [REDAKTOWANO] S.A., [REDAKTOWANO] (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16, art. 431, 433 pkt 2 i pkt 3, art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1061 z późn. zm.), zwanej dalej: „k.c.”), art. 353¹ k.c., w zw. z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399 z późn. zm.), zwanej dalej: „u.c.p.g.” i § 3 ust. 5 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia obowiązku osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,
- 2) art. 134 ust. 1 pkt 20, art. 99 ust. 1 i ust. 4, art. 16, art. 431, 433 pkt 2 i pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. i § 3 ust. 5 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, poprzez wprowadzenie do § 7 ust. 3 pkt 3.7 wzoru umowy odpowiedzialności wykonawcy za nieosiągnięcie przez gminę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, pomimo, że:
 - wykonawca nie jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy [REDAKTOWANO],
 - to na Zamawiającym jako gminie spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych za dany rok kalendarzowy,
 - wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru

odpadów komunalnych,

- mieszkańcy oraz właściciele nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych mogą przekazywać odpady nadające się do recyklingu innym podmiotom niż wykonawca (punkty skupu, zbiórki akcyjne, butelkomaty), co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez wykonawcę, a także pozbawia wykonawcę możliwości oddziaływania, na to czy strumień tych odpadów zostanie przekazany do zagospodarowania w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu,
- mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę,
- w 2025 r. zostanie wdrożony „system kaucyjny”, który spowoduje zmniejszenie ilości odpadów komunalnych nadających się do ponownego użycia i recyklingu w strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia,

co narusza zasady współżycia społecznego, równowagę stron umowy oraz zasady uczciwej konkurencji, jako że zakłada nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w sytuacji, gdy ich osiągnięcie na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotowej usługi, m.in. z uwagi na strumień odpadów podlegających odbiorowi opisany historycznie przez samego Zamawiającego w analizie stanu gospodarki odpadami jako składający się z odpadów selektywnie zbieranych w strumieniu na poziomie 27% w 2022 roku i 28% w 2023 roku, i co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem a priori obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych; jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy Pzp, gdyż obowiązek nałożony na wykonawcę pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako taki narusza zasadę uczciwej konkurencji,

- 3) art. 134 ust. 1 pkt 14, art. 99 ust 1 i 4, art. 16, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sytuacji gdy Zamawiający zaniechał zobowiązania wykonawców do wskazania w ofertach instalacji w szczególności instalacji komunalnych, do których

wykonawcy przekażą odbierane odpady komunalne, a w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych zaniechał zobowiązania wykonawców do wskazania w ofertach podmiotu zbierającego odpady, pomimo że jest to bezwzględny wymóg wynikający z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców, albowiem Zamawiający nie ma możliwości zbadania przed wyborem oferty, czy wykonawca jest w stanie prawidłowo i legalnie (tj. zgodnie z SWZ i obowiązującymi przepisami) zagospodarować odbierane odpady,

4) art. 99 ust. 1, art. 16, art. 17 ust. 1 oraz art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i 5 k.c. poprzez wadliwie określenie sposobu obliczenia ceny przejawiające się w zaniechaniu wyodrębnienia w formularzu cenowym kolejnych pozycji cenotwórczych w związku z dodatkowymi usługami, które ma świadczyć wykonawca, tj. odbiorem odpadów komunalnych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania i magazynowania tj. „dzikich wysypisk” oraz dostarczenia worków i odbioru odpadów w związku z potrzebami wynikającymi z działań inicjowanych przez [REDAKTOWANE], mieszkańców lub jednostki oświatowej w sytuacji, gdy cena za te usługi wymaga odrębnej kalkulacji, albowiem usługi nie dotyczą odbioru i zagospodarowania odpadów z nieruchomości zamieszkałych lub z PSZOK, które to naruszenie uniemożliwia wykonawcy sporządzenie rzetelnej kalkulacji ofert, a także prowadzić może do sytuacji, że skalkulowana przez wykonawcę cena będzie nieadekwatna i niedostosowana do realiów rynkowych, a skutki tego stanu rzeczy obciążą wyłącznie wykonawcę, co stanowi przeniesienie nadmiernego ryzyka na wykonawców, zwiększa ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert i stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych,

5) art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz pkt 17, art. 99 ust. 1, art. 16, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z ww. przepisami, które to naruszenie polega na zaniechaniu określenia przez Zamawiającego:

a. maksymalnej ilości i wielkości zleceń w zakresie usług odbioru odpadów komunalnych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania i magazynowania w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach tj. likwidacja „dzikich wysypisk” z miejsc wskazanych przez Zamawiającego na terenach gminnych, które nie są objęte utrzymaniem w ramach innych umów,

b. maksymalnej ilości i wielkości zleceń w zakresie usług dostarczenia worków na odpady

i odbioru zebranych odpadów komunalnych w terminach i miejscach wskazanych przez Zamawiającego w związku z potrzebami wynikającymi z działań inicjowanych przez [REDAKTOWANE], mieszkańców lub jednostki oświatowe (sprzątanie terenu miasta związane np. z akcją Sprzątanie Świata),

co w konsekwencji prowadzić może do sytuacji, że skalkulowana przez wykonawcę cena będzie nieadekwatna i niedostosowana do realiów rynkowych, a skutki tego stanu rzeczy obciążą wyłącznie wykonawcę, co stanowi przeniesienie nadmiernego ryzyka na wykonawców, zwiększa ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert i stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych,

6) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 433 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przewidzenie w § 5 pkt (ustęp) 6 projektu umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W związku z tym Odwołujący w zakresie zarzutu nr 1 i 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia w następujący sposób:

- dokonanie zmiany treści SOPZ w zakresie rozdziału VII pkt 7 SOPZ poprzez nadanie mu nowego brzmienia: „Wykonawca podczas realizacji zamówienia zobowiązuje się nie przekraczać poziomu składowania określonego w art. 3b ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych bezpośrednio z nieruchomości objętych zamówieniem i odpadów odebranych z PSZOK niezależnie od okresu świadczenia usługi w danym roku kalendarzowym.”

- dokonanie zmiany treści § 2 ust 14 Umowy poprzez nadanie mu nowego brzmienia: „Wykonawca podczas realizacji zamówienia zobowiązuje się nie przekraczać poziomu składowania określonego w art. 3b ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych bezpośrednio z nieruchomości objętych zamówieniem i odpadów odebranych z PSZOK niezależnie od okresu świadczenia usługi w danym roku kalendarzowym.”

oraz dodanie w Umowie oraz SOPZ dodatkowego zapisu o obowiązku dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych określonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

- dokonanie zmiany § 7 ust. 3 pkt 3.7 Umowy poprzez wykreślenie słów (...) „poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych” (...) „Kara zostanie ustalona w wysokości stanowiącej iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony

środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. Zamawiający ustali wysokość kary na podstawie złożonego przez Wykonawcę sprawozdania o którym mowa w art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i sprawozdania o którym mowa w art. 9na ww. ustawy złożonego przez podmiot prowadzący PSZOK.”

Pismem z dnia 03.03.2025 r. wykonawca [REDAKTOWANE] sp. z o.o., [REDAKTOWANE] (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie. W dniu 12.03.2025 r. Przystępujący przedstawił pisemnie swoje stanowisko w sprawie.

W dniu 11.03.2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w zakresie zarzutów nr 3, 4, 5 i 6 oraz o dokonanych zmianach w dokumentach zamówienia. W zakresie zarzutów nr 1 i 2 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania co do zarzutów nr 3, 4, 5 i 6, postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, w trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp: projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną

odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Zgodnie z art. 3b ust. 1 i ust. 1a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 399 ze zm.), dalej: „u.c.p.g.”:

1. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

- 1) 20% wagowo - za rok 2021;
- 2) 25% wagowo - za rok 2022;
- 3) 35% wagowo - za rok 2023;
- 4) 45% wagowo - za rok 2024;
- 5) 55% wagowo - za rok 2025;
- 6) 56% wagowo - za rok 2026;
- 7) 57% wagowo - za rok 2027;
- 8) 58% wagowo - za rok 2028;
- 9) 59% wagowo - za rok 2029;
- 10) 60% wagowo - za rok 2030;
- 11) 61% wagowo - za rok 2031;
- 12) 62% wagowo - za rok 2032;
- 13) 63% wagowo - za rok 2033;
- 14) 64% wagowo - za rok 2034;
- 15) 65% wagowo - za rok 2035 i za każdy kolejny rok.

1a. Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

Zgodnie z art. 6ka u.c.p.g.:

1. W przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości.

2. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta na podstawie powiadomienia, o którym mowa w ust. 1, wszczyna postępowanie w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

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

Zgodnie z art. 9z ust. 2a i ust. 3 pkt 1 u.c.p.g.:

2a. Gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c - podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu:

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

3. Kary pieniężne, o których mowa w:

- 1) ust. 2 i ust. 2a pkt 1 i 2 - oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 3;

Zgodnie z art. 9x ust. 3 u.c.p.g.:

3. Karę pieniężną, o której mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Zgodnie z art. 6 ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2024 r. poz. 1717): w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2024 r. poz. 399) po art. 12a dodaje się art. 12b w brzmieniu:

„1. Kary pieniężne, o których mowa w art. 9x ust. 2 pkt 1 i 2, art. 9y ust. 2 pkt 1 i 2 oraz art. 9z ust. 2a pkt 1 i 2, oblicza się za 2024 r. i 2025 r. jako połowę iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Zgodnie z § 3 ust. 5 rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530): w przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne:

- 1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;
- 2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne.

Zgodnie z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia:

3. 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.

Zgodnie z pkt 7 i 8 rozdziału VII Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia („SOPZ”):

7. Wykonawca zapewnia zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych, w sposób umożliwiający Gminie osiągnięcie poziomów określonych w art. 3b ust. 1, ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Z 2024 poz. 399). Poziomy o których mowa wyżej muszą zostać osiągnięte, niezależnie od okresu świadczenia usługi, w danym roku kalendarzowym.

8. Wykonawca będzie zobowiązany do osiągnięcia ww. poziomów w odniesieniu do odpadów odebranych bezpośrednio z nieruchomości objętych zamówieniem oraz odpadów odebranych z PSZOK.

Zgodnie z § 2 ust. 14 i 15 projektu umowy:

14. Wykonawca podczas realizacji zamówienia zapewni osiągnięcie określonych w art. 3b ust. 1, ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomu składowania w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych bezpośrednio z nieruchomości objętych zamówieniem i odpadów odebranych z PSZOK niezależnie od okresu świadczenia usługi, w danym roku kalendarzowym. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za niewykonanie wymagań dotyczących poziomów recyklingu.

15. Wykonawca ma świadomość ryzyk wynikających z pkt. 14 i w celu wykonania obowiązku dotyczącego poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomu składowania podejmie wszelkie niezbędne działania mające na celu osiągnięcie wymaganych poziomów określonych w art. 3b ust. 1 oraz ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2024 r., poz. 399 z późn. zm.) m.in.:

a) opracowania i wdrożenia odpowiednich działań edukacyjnych oraz informacyjnych skierowanych do właścicieli nieruchomości, mających na celu podniesienie świadomości w zakresie segregacji,

b) organizowania oraz prowadzenia kampanii informacyjnych, szkoleń, warsztatów lub innych form edukacji w celu zapewnienia prawidłowej segregacji odpadów wśród mieszkańców, w szczególności w zakresie selektywnej zbiórki odpadów komunalnych,

c) ścisłej współpracy z właścicielami nieruchomości oraz jednostkami organizacyjnymi gminy,

w celu zapewnienia jak najwyższych poziomów odzysku i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Wykonawca zobowiązuje się do ponoszenia pełnej odpowiedzialności za wdrożenie powyższych działań, w tym za ich efektywność i skuteczność, oraz do bieżącego monitorowania i raportowania osiągniętych wyników w zakresie realizacji celów recyklingu, zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz innych obowiązujących przepisach prawa.

Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy: w przypadku gdy Wykonawca nie osiągnie poziomów o których mowa w § 2 pkt 14 niniejszej umowy, podlega karze umownej obliczonej dla wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i poziomu składowania. Kara zostanie ustalona w wysokości stanowiącej iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. Zamawiający ustali wysokość kary na podstawie złożonego przez Wykonawcę sprawozdania, o którym mowa w art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i sprawozdania, o którym mowa w art. 9na ww. ustawy złożonego przez podmiot prowadzący PSZOK. Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości kary także po zakończeniu realizacji umowy lub jej rozwiązaniu.

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 odwołania Izba w pierwszej kolejności zgodziła się z Odwołującym, że wykonawca realizujący usługę polegającą na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach zamieszkałych przez mieszkańców gminy ma znikomy wpływ na możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu przewidzianych przez ustawodawcę w art. 3b ust. 1 u.c.p.g.

Przed wszystkim należy zauważyć, że osiągnięcie jakichkolwiek poziomów recyklingu zależy w dużej mierze od jakości segregacji odpadów „u źródła”, czyli przez samych mieszkańców Gminy. Im więcej odpadów mieszkańcy prawidłowo przypiszą do właściwej frakcji i wrzucą do właściwego pojemnika, tym więcej spośród nich będzie mogło zostać poddane recyklingowi. Im większy natomiast jest strumień odpadów zmieszanych, tym mniejsza szansa na ich recykling. Zwłaszcza, że nawet odpady teoretycznie należące do frakcji podlegających recyklingowi, wśród odpadów zmieszanych ulegają zanieczyszczeniu powodującemu ich dalszą nieprzydatność do recyklingu. W efekcie bardzo niewielką część odpadów zebranych jako zmieszane udaje się poddać recyklingowi, o czym świadczą też

przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci pism [REDAKTOWANE] sp. z o.o., [REDAKTOWANE] sp. z o.o. i [REDAKTOWANE] sp. z o.o., z których wynika, że w różnych okresach z lat 2022 – 2024 z frakcji odpadów zmieszanych udało im się odzyskać do recyklingu odpowiednio jedynie ok. 0,5%, ok. 2,5% i ok. 5% odpadów. Tym samym prawidłowe segregowanie odpadów przez mieszkańców tak, by jak najwięcej z nich mogło być odebranych selektywnie w podziale na co najmniej 5 frakcji, stanowi jeden z podstawowych elementów, od których zależy możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu przewidzianych przez ustawodawcę. Sam Zamawiający jest zresztą tego świadomy, o czym świadczy przedłożony przez Odwołującego dowód w postaci Analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy [REDAKTOWANE] za 2023 r., w której wskazano m.in.: *„Problemy z recyklingiem zaczynają się już na „początku łańcucha”, czyli w domach, mieszkaniach jeszcze zanim przygotowane do wyrzucenia odpady trafią do pojemnika, worka lub altany śmietnikowej. Gdy zawiedzie pierwsze ogniwo tego długiego łańcucha przetwarzania odpadów, czyli segregacja u źródła, szansa na odzyskanie wartościowych surowców drastycznie spada i nie pomogą tu najlepsze nawet instalacje. Mimo obowiązującego od lat systemu selektywnego zbierania odpadów w podziale na pięć frakcji, segregacja w [REDAKTOWANE] gospodarstwach domowych wciąż kuleje. I chociaż świadomość ekologiczna mieszkańców zdecydowanie rośnie i z każdym rokiem coraz więcej osób zaczyna poprawnie segregować, to jednak w świetle zebranych danych, wciąż są to postawy reprezentowane przez mniejszość. Efekt jest taki, że na 12 048 ton odpadów komunalnych, które wytworzono w gospodarstwach domowych w 2023 roku, ponad 70% trafiło do instalacji komunalnej jako odpady zmieszane. A to bezpowrotna strata setek ton surowców, które mogłyby być odzyskane i przetworzone, gdyby tylko nie trafiły do instalacji wymieszane i zabrudzone poprzez kontakt z innymi odpadami”*.

Jednocześnie należy zauważyć, że wykonawca odbierający odpady ma niewielki wpływ na sposób ich segregacji przez mieszkańców Gminy. Zamawiający wprowadzie w § 2 ust. 15 projektu umowy nałożył na wykonawcę obowiązek m.in.:

„a) opracowania i wdrożenia odpowiednich działań edukacyjnych oraz informacyjnych skierowanych do właścicieli nieruchomości, mających na celu podniesienie świadomości w zakresie segregacji,

b) organizowania oraz prowadzenia kampanii informacyjnych, szkoleń, warsztatów lub innych form edukacji w celu zapewnienia prawidłowej segregacji odpadów wśród mieszkańców, w szczególności w zakresie selektywnej zbiórki odpadów komunalnych,

c) ścisłej współpracy z właścicielami nieruchomości oraz jednostkami organizacyjnymi gminy, w celu zapewnienia jak najwyższych poziomów odzysku i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”,

jednak czynności tego rodzaju, podejmowane powszechnie w całej Polsce, działają

motywująco tylko na część mieszkańców, więc nie skutkują co do zasady znaczącym wzrostem ilości odpadów prawidłowo segregowanych. Tym samym nie należy się też spodziewać, aby w przypadku Gminy [REDAKTOWANE] spowodowały osiągnięcie poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g.

Art. 6ka u.c.p.g. przewiduje natomiast procedurę, w ramach której wykonawca odbierający odpady informuje wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości o przypadkach niewłaściwego segregowania odpadów, a wójt, burmistrz lub prezydent miasta może nałożyć odpowiednią opłatę tytułem „kary” za niestosowanie się do zasad segregacji. Nakładanie takich opłat mogłoby działać motywująco na tych mieszkańców, którzy nie segregują prawidłowo odpadów mimo akcji edukacyjnych i informacyjnych. Nieznane są jednak przypadki nakładania takich opłat przez Zamawiającego, ani tym bardziej skala ich nakładania (o ile w ogóle były nakładane). Trudno zatem stwierdzić, czy Zamawiający wykorzystuje ww. ustawowe narzędzia, które mogłyby się przyczynić do podniesienia ilości odpadów prawidłowo segregowanych na poszczególne frakcje i tym samym do podniesienia poziomów recyklingu. Tymczasem należy zauważyć, że zgodnie z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. to gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej w tym przepisie, zatem nie może być tak, że cała odpowiedzialność za osiągnięcie tych poziomów zostaje przerzucona na wykonawcę, w dodatku przy braku skutecznego korzystania przez zamawiających z instrumentów przewidzianych w art. 6ka u.c.p.g., tj. braku nakładania opłat w każdym przypadku niewłaściwej segregacji.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy wykonawca ma ponosić pełną odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu, mimo że będzie odbierać odpady tylko z miejsc objętych zakresem przedmiotu zamówienia, czyli nie będzie miał dostępu do odpadów np. z nieruchomości niezamieszkałych. Tymczasem Zamawiający, zgodnie z § 3 ust. 5 rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, będzie mógł jako gmina zaliczyć do osiągniętych poziomów recyklingu odpady:

- 1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g u.c.p.g.,
- 2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne.

Oznacza to, że Zamawiający obciąża wykonawcę karą umowną w takiej samej wysokości jakiej sam podlega w myśl ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (z zastrzeżeniem, o którym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia), mimo że posiada szerszy dostęp do odpadów wytwarzanych na terenie Gminy niż wykonawca.

Dodatkowo nie można tracić z pola widzenia, że od października 2025 r. planowane jest uruchomienie w Polsce systemu kaucyjnego, z którego z dużym prawdopodobieństwem - z powodu zwracanej kaucji oraz zakładanej dostępności - korzystać będzie wiele osób. Tymczasem to właśnie w ramach tego systemu mają być zbierane odpady najbardziej nadające się do recyklingu (butelki z tworzyw sztucznych i szkła, metalowe puszki), co oznacza, że w dużej mierze „wypadną” one ze strumienia odpadów dostępnych wykonawcy. Zatem brak dostępu do części odpadów wytwarzanych na terenie Gminy z powodu takiego a nie innego zakresu przedmiotu zamówienia oraz brak dostępu do najwartościowszych odpadów z powodu wejścia w życie systemu kaucyjnego, jest kolejną okolicznością świadczącą o tym, że wykonawca ma znikome szanse na osiągnięcie poziomów recyklingu przewidzianych w art. 3b ust. 1 u.c.p.g., a tym samym kara umowna w wysokości przewidzianej w § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy nie jest zasadna.

Należy także zwrócić uwagę, że nawet odpady dostępne wykonawcy nie zawsze będą mogły być poddane recyklingowi. Powyżej była już mowa o odpadach, które wyrzucane jako zmieszane ulegają takim zanieczyszczeniom, że nie nadają się do recyklingu, mimo że mogłyby być w ten sposób wykorzystane, gdyby od początku („u źródła”) zostały prawidłowo posegregowane i zaliczone do właściwej frakcji. Jednak nawet spośród odpadów dostępnych wykonawcy i selektywnie przez niego zebranych, nie wszystkie będą mogły podlegać recyklingowi. Ze względów technologicznych bowiem nie każdy odpad będący np. tworzywem sztucznym zostanie przyjęty przez recyklera. Jak wynika z dowodów przedłożonych przez Odwołującego w postaci oferty czy informacji ze stron internetowych [REDAKTOWANE] sp. z o.o., [REDAKTOWANE] sp. z o.o., [REDAKTOWANE] sp. z o.o. i [REDAKTOWANE] S.A., przykładowo:

- drewno i płyty wiórowe muszą być wolne od zanieczyszczeń metalowych, mineralnych, z tworzyw sztucznych, komunalnych i toksycznych,
- opakowania z tworzyw sztucznych nie powinny zawierać tzw. tworzyw twardych PP, butelek PET, opakowań po jogurtach i wkładach do zniczy oraz wtrąceń innych tworzyw, nie mogą też być zanieczyszczone klejem, smołą, olejami i innymi trudno zmywalnymi zanieczyszczeniami oraz nie powinny zawierać kamieni i elementów metalowych,
- butelki PET nie powinny być brązowe, nie powinny zawierać: resztek zawartości, przekładek z tekstury i pleksy, etykiet termokurczliwych, zabrudzeń olejami, smarami, farbami i ziemią, niedopuszczalne też są opakowania zawierające kamienie lub metal, opakowania medyczne, butelki z elementami metalu, folia, blistry, preformy PET,
- wśród stłuczki szklanej całkowicie niedopuszczalne jest m.in.: szkło nieopakowaniowe z kineskopów, ołowiowe, zbrojone, szyby samochodowe, lustra, świetlówki, szkło laboratoryjne, szkło borowe-krzemowe, szyby kominkowe, naczynia termiczne, płyty

kuchenkowe, odpady po truciznach, smarach, olejach, środkach chemicznych i niebezpiecznych.

Odwołujący przedłożył też dowody w postaci informacji o odpadach sporządzonych w trybie art. 90a u.c.p.g. przez [REDAKTOWANO] sp. z o.o. i [REDAKTOWANO] sp. z o.o. oraz oświadczenia [REDAKTOWANO] S.A., z których wynika, że w różnych okresach w latach 2023 i 2024 udało im się poddać recyklingowi np. 67% papieru, 25% plastiku, 70% popiołu i 6% plastiku uzyskanego z tzw. gabarytów.

Wyżej wskazane wymagania recyklerów wynikające z dostępnych technologii oraz przykładowe ilości odpadów, które mogły zostać poddane recyklingowi pokazują, że szanse na poddanie recyklingowi wszystkich odpadów, nawet tych zebranych selektywnie, są co do zasady małe. Nawet bowiem część odpadów prawidłowo posegregowanych, ze względów technologicznych nie zostanie dopuszczona przez recyklerów do procesu recyklingu.

W tym miejscu należy wskazać, w jaki sposób poziomy recyklingu są obliczane. Zgodnie z art. 3b ust. 1a u.c.p.g., poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych. Natomiast zgodnie z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych: masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Z przepisu wynika, że do masy odpadów poddanych recyklingowi zalicza się tylko te odpady, które zostały dopuszczone przez recyklerów i zostały wprowadzone do procesu recyklingu (§ 5 ust. 1 ww. rozporządzenia) w celu przetworzenia na inne produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Przy czym zgodnie z § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia 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. Zatem do masy odpadów poddanych recyklingowi zalicza się tylko odpady wprowadzone do procesu recyklingu (po spełnieniu wymagań recyklerów), które zostaną przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, ale [REDAKTOWANO] z pominięciem przetworzenia np. na paliwa czy inne formy energii. Tym samym technologiczne ograniczenia w przetwarzaniu odpadów i wynikające z nich wymagania recyklerów przekładają się na to, ile spośród masy zebranych odpadów wykonawca może ostatecznie zaliczyć do osiągniętego poziomu recyklingu. Są to kolejne okoliczności świadczące o tym, że warunki realizacji

zamówienia co najmniej nie sprzyjają celowi osiągnięcia poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g., co oznacza, że obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości wskazanej w § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy nie jest zasadne.

W świetle wyżej opisanych ustaleń należy stwierdzić, że osiągnięcie poziomów recyklingu przewidzianych w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. w obecnym czasie w zasadzie nie jest realne. Aby ich osiągnięcie stało się możliwe, w pierwszej kolejności musiałaby być prawidłowo wykonana segregacja odpadów „u źródła”, żeby radykalnie zmniejszyć ilość odpadów zmieszanych i zwiększyć ilość odpadów selektywnie zbieranych, z których w efekcie dałoby się wprowadzić większą ilość odpadów do procesu recyklingu (pomijając w tym miejscu zupełnie inną kwestię dotyczącą samej produkcji odpadów). Sam Zamawiający w obecnym stanie rzeczy nie osiąga wymaganych poziomów recyklingu, o czym świadczą przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci Analiz stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy [REDAKTOWANE] za lata 2021 – 2023, z których wynika, że w 2021 r. osiągnięto poziom 18,48%, w 2022 r. – 20,28%, a w 2023 r. – 23,94%. Są to poziomy niższe od wymaganych przez ustawodawcę na lata 2021 – 2023, a tym bardziej niższe od wymaganych w okresie realizacji zamówienia, tj. na rok 2025 (55%), na rok 2026 (56%) i na rok 2027 (57%). Oznacza to, że Zamawiający przerzuca na wykonawcę obowiązek, któremu sam nie jest w stanie sprostać, w dodatku obciążając go za niespełnienie tego obowiązku karą umowną w wysokości, której podlegałby sam Zamawiający (z zastrzeżeniem, o którym mowa w dalszej części uzasadnienia). Tym samym Zamawiający całkowicie zwalnia się z ponoszenia odpowiedzialności, w tym finansowej, za nieosiągnięcie ww. poziomów recyklingu, mimo że obowiązek w tym zakresie zgodnie z przepisami u.c.p.g. spoczywa na nim. Takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na ochronę, ponieważ narusza zasady współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 k.c. i art. 353¹ k.c. (poprzez odesłanie w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). O ile bowiem Zamawiający ma prawo powierzyć wykonanie zadania publicznego innemu podmiotowi i w tym zakresie przenieść na ten podmiot ciężące na Zamawiającym obowiązki, o tyle obciążenie tego podmiotu odpowiedzialnością za wykonanie ww. zadania nie może odbywać się z naruszeniem ww. norm. Jak wskazano w wyroku Izby z dnia 20.11.2015 r. o sygn. akt KIO 2399/15: *„Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla*

stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”.

Zamawiający nakładając karę umowną w wysokości określonej w § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy nie uwzględnił wyżej wskazanych okoliczności takich jak: brak prawidłowego segregowania odpadów przez wielu mieszkańców, co skutkuje wysokim wskaźnikiem odpadów odbieranych jako zmieszane, brak dostępu wykonawcy do odpadów nie objętych przedmiotem zamówienia i odpadów, które trafią do systemu kaucyjnego, wysokie wymagania recyklerów co do odpadów podlegających recyklingowi, a także sposób obliczania poziomu recyklingu. Na wszystkie te okoliczności wykonawca nie ma wpływu (poza podejmowaniem akcji zachęcających mieszkańców do prawidłowej segregacji, których skuteczność jest ograniczona), a mimo to Zamawiający obarczył go całkowitą odpowiedzialnością za osiągnięcie poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. pod rygorem nałożenia kary umownej. Świadczy to o nałożeniu kary umownej w oderwaniu od okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.).

Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 08.05.2014 r. o sygn. akt V CSK 322/13 „(...) odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania (...)”. Jako zasady współżycia społecznego należy rozumieć również takie zasady, jak zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, czy równej pozycji stron umowy. Wyżej opisane okoliczności, w których Zamawiający nałożył na wykonawcę karę umowną, świadczą o niezgodności tej kary również z ww. zasadami, a tym samym o niezgodności z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp).

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę na kolejną kwestię, którą jako zastrzeżenie do wysokości kary umownej Izba podnosiła już wyżej w niniejszym uzasadnieniu. Zamawiający bowiem w § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy nałożył na wykonawcę karę „w wysokości stanowiącej iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na

podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - *Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu*”, czyli karę w wysokości równej karze, jakiej podlegałby sam Zamawiający w myśl art. 9z ust. 2a pkt 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 9x ust. 3 u.c.p.g. Tymczasem Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 6 ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw, ustawodawca dodał w u.c.p.g. art. 12b, zgodnie z którym ww. karę oblicza się za 2024 r. i 2025 r. jako połowę opisanego wyżej iloczynu. Innymi słowy: na mocy dodanego art. 12b kara za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, jakiej podlega Zamawiający za 2024 i 2025 r., została obniżona o połowę. Jednocześnie wskazane obniżenie kary nie zostało uwzględnione przez Zamawiającego w § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy, co oznacza, że Zamawiający w istocie nałożył na wykonawcę karę umowną nie tyle równą karze, jakiej sam by podlegał, ale wręcz o połowę wyższą od kary, jakiej sam by podlegał. Taka sytuacja jest wprost niezgodna z funkcją kary umownej, której nałożenie nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Skoro zatem, w ocenie Izby, niezasadne jest w warunkach realizacji niniejszego zamówienia obciążenie wykonawcy karą umowną równą karze, której podlegałby Zamawiający, to tym bardziej niezasadne jest obciążenie wykonawcy karą umowną o połowę wyższą od kary, której podlegałby Zamawiający. Izba ponownie stwierdza zatem naruszenie przez Zamawiającego zasad współżycia społecznego.

W świetle wyżej poczynionych ustaleń Izba uznała zarzuty nr 1 i 2 za zasadne, niemniej nie będąc związana żądaniami zawartymi w odwołaniu nie nakazała Zamawiającemu wykreślenia obowiązku osiągnięcia przez wykonawcę poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. oraz kary umownej, o której mowa w § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy. Izba uznała bowiem, że skoro poziomy recyklingu zostały określone przez ustawodawcę, to obowiązek ich osiągnięcia jest zgodny z tą ustawą (u.c.p.g.), choć biorąc pod uwagę okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu, Zamawiający nie powinien przerzucać całości odpowiedzialności w tym zakresie na wykonawcę. Izba wzięła też pod uwagę to, że jedną z funkcji kary umownej jest funkcja motywacyjna (prewencyjna, zabezpieczająca) polegająca na mobilizowaniu dłużnika do należytego wykonania obowiązków i jednocześnie zabezpieczająca wierzyciela przed niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Jak wskazano w wyroku Izby z dnia 31.01.2024 r. o sygn. akt KIO 102/24: „Kara umowna powinna mieć między innymi charakter motywacyjny, zatem usunięcie jej w całości z projektu umowy doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca bez ponoszenia żadnych konsekwencji mógłby nie podejmować wysiłków w celu osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Jednocześnie Zamawiający zostałby pozbawiony jakiegokolwiek instrumentu służącego do wyegzekwowania od wykonawcy wykonania umowy zgodnie z obowiązującymi

przepisami prawa, w tym w zakresie tychże poziomów recyklingu”.

W celu zatem zachowania funkcji motywacyjnej kary umownej, ale też przywrócenia w niniejszym postępowaniu zasad współżycia społecznego, w tym zasady równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych w zakresie omawianym w niniejszej sprawie, Izba postanowiła nakazać Zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy w ten sposób, aby wykonawca, który nie osiągnie poziomów, o których mowa w § 2 pkt 14 tej umowy, podlegał karze umownej w wysokości maksymalnie 50% wysokości kary, której podlega Zamawiający zgodnie z przepisami u.c.p.g., ale z uwzględnieniem też innych przepisów regulujących wysokość tej kary, w tym przepisów ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw. Innymi słowy: nakładana na wykonawcę kara umowna za nieosiągnięcie poziomów recyklingu nie może być wyższa niż połowa kary, jakiej podlegałby Zamawiający w myśl przepisów nie tylko u.c.p.g., ale też innych regulujących wysokość tej kary.

Zatem w obecnym stanie prawnym, w myśl art. 12b dodanego na podstawie ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi oraz niektórych innych ustaw, wykonawca nie mógłby być obciążony karą umowną za 2025r. wyższą niż $\frac{1}{4}$ kary aktualnie opisanej w § 7 ust. 3 pkt 3.7. projektu umowy (skoro kara przewidziana w u.c.p.g. została za 2025 r. obniżona o połowę, to wykonawca może być obciążony maksymalnie połową połowy przypadającej na Zamawiającego).

Odnosząc się jednocześnie do podniesionego przez Odwołującego wyroku KIO 3638/24 z dnia 28.10.2024 r., w którym Izba nakazała całkowite wykreślenie kary umownej nakładanej na wykonawcę, należy wyjaśnić, że Izba kierowała się w tym zakresie wykładnią art. 554 ust. 6 ustawy Pzp jednak „pozostawiając zamawiającemu decyzję o tym, w jakim kierunku będzie dążył do umożliwienia wykonawcy realizacji tej umowy na realnym poziomie jakości”, co oznacza, że nie wykluczyła możliwości nakładania kary umownej na wykonawcę, a jedynie powstrzymała się od narzucenia zamawiającemu szczegółowych rozwiązań w tym zakresie. Natomiast w niniejszej sprawie z przyczyn wskazanych wyżej Izba uznała, że kara umowna nie powinna zostać całkowicie wykreślona z projektu umowy, a ponadto nakazanie Zamawiającemu obniżenia jej o połowę stanowi dozwoloną zmianę treści istniejącej już w projekcie umowy.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o dowody Odwołującego i stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Zasądzona na rzecz Odwołującego kwota obejmuje koszty: wpisu od odwołania (15.000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł), dojazdu pełnomocnika na rozprawę (851 zł – podróż i 516 zł – hotel) oraz opłatę skarbową od pełnomocnictwa (17 zł).

Przewodnicząca