

Sygn. akt: KIO 3247/23

WYROK
z dnia 20 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawcę: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] w postępowaniu prowadzonym przez: **GINA** [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia:
 - a) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 134 ust.1 pkt 9 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez zamieszczenie w rozdziale Specyfikacji Warunków Zamówienia sprzecznych informacji co do oczekiwanego sposobu wypełnienia JEDZ, co narusza zasadę przejrzystości prowadzenia postępowania (zarzut 1);
 - b) art. 99 ust. 1 w z art. 16 i art. 17 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez nałożenie na wykonawcę w pkt. 5.13 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia

obowiązku dążenia do wydzielania z frakcji zmieszanych odpadów komunalnych popiołu (zarzut 2);

- c) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez zaniechanie umieszczenia w specyfikacji warunków zamówienia informacji o przedmiotowych środkach dowodowych przy jednoczesnym nałożeniu w pkt 5.29 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 9 do Specyfikacji Warunków Zamówienia oczekiwania, by wykonawca do oferty dołączył wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (zarzut 4);
- d) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez wprowadzenie obowiązku realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia przy użyciu własnych narzędzi i sprzętu wykonawcy (zarzut 8);
z uwagi na ich wycofanie.

2. 2.1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:

- a) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych (zarzut 3);
- b) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 433 pkt 4 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez przewidzenie w § 7 ust. 5 projektu umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (zarzut 7);

2.2. Uwzględnia odwołanie częściowo w zakresie zarzutu naruszenia:

- a) art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1, art. 16, art. 17 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) oraz art. 353¹ oraz art. 5 Ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U.

z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 8 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku gdy średnia hurtowa ceny paliwa ON EKODIESEL za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zamiany ulegnie zmianie o więcej niż 20% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert, a także poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego (zarzut 5);

- b) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 i art. 134 ust. 1 pkt 20, art. 431 oraz art. 8 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 471, art. 487 § 2, art. 483 § 1 i art. 484, art. 5 Ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) w zw. z art. 3b Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1469) poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do § 10 wzoru umowy dwóch kar umownych z tytułu tego samego zdarzenia, tj. kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów oraz kary umownej za każdy brakujący 1% do osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu w danym roku kalendarzowym, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym,

narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję (zarzut 6);

i nakazuje Zamawiającemu: **GMINA** [REDACTED]

a) wykreślenia zapisów dotyczących odbierania odpadów terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej na żądanie i nakazuje określenia oczekiwanych częstotliwości odbioru tych odpadów, które zostaną uwzględnione w sporządzonym przez wykonawcę harmonogramie;

b) dokonania modyfikacji postanowień projektu umowy poprzez wprowadzenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowanej części przedmiotu zamówienia);

c) dokonania modyfikacji § 8 projektu umowy w sposób uwzględniający możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu cen także innych kosztów realizacji usługi niż tylko cena paliwa ON, w szczególności kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której przekazywane będą odpady oraz kosztów pracy, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że wniosek o dokonanie zmiany wynagrodzenia będzie możliwy w sytuacji wzrostu tych kosztów o więcej niż 7 % w stosunku do cen obowiązujących w dniu składania ofert;

d) dokonania modyfikacji projektu umowy poprzez wykreślenie postanowienia dotyczącego kar umownych za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu z § 10 ust. 1 pkt 10, wobec potwierdzenia się wskazanych wyżej zarzutów odwołania. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża **GMINE** [REDACTED]

3.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez [REDACTED] tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od **GMINY** [REDACTED]

[REDACTED] na rzecz [REDACTED]

[REDACTED] kwotę **19 451 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „[REDAKOWANE]
[REDAKOWANE]
[REDAKOWANE]), zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.10.2023 r. pod nr 2023/S 203-635985 przez GMINĘ [REDAKOWANE]
[REDAKOWANE] zwanej dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „NPzp” albo „ustawy PZP” albo „p.z.p”. W tym samym dniu opublikowano postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” (na platformie e-Zamówienia: ezamowienia.gov.pl).

Dnia 30.10.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem postanowień SWZ z 20.10.2023 r. złożyło [REDACTED]

zwane dalej: [REDACTED]
[REDACTED] albo „Odwołującym”. Kopie odwołania

Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) Naruszenie art. 16 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 134 ust.1 pkt 9 p.z.p. poprzez zamieszczenie w rozdziale SWZ sprzecznych informacji co do oczekiwanego sposobu wypełnienia JEDZ, co narusza zasadę przejrzystości prowadzenia postępowania;
- 2) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez nałożenie na wykonawcę w pkt. 5.13 OPZ obowiązku dążenia do wydzielania z frakcji zmieszanych odpadów komunalnych popiołu;
- 3) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych;
- 4) Naruszenie art. 16 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie

umieszczenia w specyfikacji warunków zamówienia informacji o przedmiotowych środkach dowodowych przy jednoczesnym nałożeniu w pkt 5.29 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 9 do SWZ oczekiwania, by wykonawca do oferty dołączył wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;

5) Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 8 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku gdy średnia hurtowa ceny paliwa ON EKODIESEL za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zamiany ulegnie zmianie o więcej niż 20% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert, a także poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;

6) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do § 10 wzoru umowy dwóch kar umownych z tytułu tego samego zdarzenia, tj. kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów oraz kary umownej za każdy brakujący 1% do osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu w danym roku kalendarzowym, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję;

7) Naruszenie art. 99 ust. 1 pkt p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 433 pkt 4 p.z.p. poprzez przewidzenie w § 7 ust. 5 projektu umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;

8) Naruszenie art. 99 ust. 1 pkt p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez

wprowadzenie obowiązku realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia przy użyciu własnych narzędzi i sprzętu wykonawcy.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Ponadto Odwołujący wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

1) Naruszenie art. 16 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 134 ust.1 pkt 9 poprzez zamieszczenie w rozdziale SWZ sprzecznych informacji co do oczekiwanego sposobu wypełnienia JEDZ, co narusza zasadę przejrzystości prowadzenia postępowania

W rozdziale IX PKT 1 SWZ – OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU WYKAZANIA BRAKU PODSATW WYKLUCZENIA ORAZ POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający określił, że Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). W rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 SWZ wskazano, że w części IV JEDZ Zamawiający żąda jedynie ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji (sekcja α), bez wypełniania poszczególnych Sekcji A, B, C i D). Następnie w rozdziale IX pkt 8 ppkt SWZ wskazano, że w JEDZ należy podać następujące informacje:

8.7. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów —informacja na temat posiadanych wpisów do:

a) rejestru działalności regulowanej (prowadzonej przez Wójta Gminy [REDAKTURA]) w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy [REDAKTURA] oraz aktualne zezwolenie na transport odpadów wydane przez właściwy organ (Starosta) zgodnie z ustawą o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.),

b) rejestru BDO (podmioty wprowadzające produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujące odpadami) należy podać w części IV lit. A (pkt 2) JEDZ/ESPD.

8.8. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia — informację nt. usług wykonanych lub wykonywanych (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie) polegających na odbiorze odpadów komunalnych co najmniej dwóch usług wykonanych na rzecz właścicieli nieruchomości zamieszkałych lub niezamieszkałych w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy o łącznej masie min 3000 Mg każda, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 1b) JEDZ/ESPD; We wskazanej części JEDZ/ESPD należy podać informacje nt. podmiotu, na rzecz którego były wykonywane usługi (ze wskazaniem nazwy i jego siedziby, terminu wykonywania usługi (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji), rodzaju wykonanych usług oraz wartości (brutto) wykonanych usług.

8.9. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. Zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego – informacje nt. bazy magazynowo – transportowej i wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, które należy podać e Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ/ESPD.

8.10. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej Części IV lit. B (pkt 5) JEDZ/ESPD. We wskazanej części należy podać informacje na temat ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego.

Zapisy rozdziału IX SWZ, a mianowicie pkt 2 SWZ i pkt 8 SWZ pozostają ze sobą w sprzeczności. W świetle powyższych zapisów po stronie wykonawców istnieje stan niepewności co do należytego sposobu wypełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p. Zamawiający naruszył więc zasadę przejrzystości, w świetle której wymagania Zamawiającego w stosunku do wykonawców powinny być formułowane jasno i jednoznacznie – tak, by wykonawcy nie musieli domyślać się intencji Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień rozdziału IX SWZ w sposób, który będzie jednoznacznie określał oczekiwany przez Zamawiającego sposób wypełnienia JEDZ.

2) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez nałożenie na wykonawcę w pkt. 5.13 OPZ obowiązku dążenia do wydzielania z frakcji zmieszanych odpadów komunalnych popiołu

W pkt 5.13 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 9 do SWZ Zamawiający sformułował względem wykonawcy realizującego zamówienie obowiązek dążenia do wydzielenia z frakcji zmieszanych odpadów komunalnych popiołu. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia świadczy o naruszeniu art. 99 ust. 1 p.z.p., gdyż Zamawiający całkowicie zignorował wymagania przepisów prawa co do postępowania z niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi o kodzie 20 03 01., a zatem nie uwzględnił wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Warto w tym względzie przytoczyć brzmienie przepisu art. 29a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Art. 29a ustawy o odpadach:.

1. 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, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4.
2. Wytwórca odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania, jest obowiązany przekazywać te odpady do instalacji komunalnej zapewniającej składowanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 3.
3. Odpady, o których mowa w ust. 1 i 2, przekazuje się do instalacji komunalnych, o których mowa w art. 38b ust. 1.

Jednocześnie zauważył, że w niniejszym postępowaniu to Zamawiający określił instalację, do której wykonawca zobligowany jest przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości oraz z PSZOK odpady tj. instalację prowadzoną przez [REDAKTOWANO]. Podmiot ten prowadzi instalację termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Odpady o kodzie 20 03 01 poddawane są termicznemu przekształceniu w spalarni, brak więc jakiegokolwiek prawnej czy faktycznej możliwości, by podejmować działania zmierzające do wydzielenia z frakcji zmieszanych odpadów komunalnych popiołu.

Podkreślenia wymaga fakt, że to, jakie rodzaje odpadów są selektywnie zbierane i odbierane „u źródła” określa Regulamin utrzymania czystości i porządku uchwalany przez radę gminy. Zgodnie z art. 4 ust. 2a pkt 1) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Rada gminy może w regulaminie wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w ust. 2 pkt 1 lit. a i b oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów. Wskazać należy, że to Zamawiający, oczekując odseparowania frakcji popiołu od niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, powinien nałożyć na mieszkańców gminy Strzałkowo obowiązek selektywnego zbierania popiołu. Tymczasem, w § 3 ust. 1 uchwały nr XVII/181/2020 Rady Gminy [REDAKTOWANO] z dnia 26 listopada 2020 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy [REDAKTOWANO], wśród frakcji odpadów komunalnych, co do których właściciele nieruchomości obowiązani są prowadzić selektywną zbiórkę, nie wymieniono popiołu, który klasyfikuje się pod kodem ex 20 01 99 – popioły z palenisk domowych.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisu 5.13 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia - załącznik nr 9 do SWZ.

- 3) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie

opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych Gminy [REDAKTOWANE]. Szczegółowe obowiązki wykonawcy realizującego zamówienie określono w załączniku nr 9 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia oraz załączniku nr 8 do SWZ – projekt umowy.

Jednym z podstawowych parametrów niezbędnych do należytego skalkulowania oferty jest określenie, z jaką częstotliwością powinny być odbierane odpady „u źródła”. O ile dla nieruchomości zamieszkałych jednorodzinnych i zagrodowych Zamawiający precyzyjnie określił częstotliwość odbioru odpadów poszczególnych frakcji, o tyle zapisy OPZ określające oczekiwaną częstotliwość odbioru odpadów poszczególnych frakcji z zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej pozostają nieprecyzyjne. W punkcie 4.3.5. ppkt 2 SOPZ, określając częstotliwość odbioru odpadów z zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej, wskazano, że odpady winny być odbierane:

- a) na żądanie/ średnio 1 raz w miesiącu/frakcje określone w kodach odpadów literami A [opakowania z papieru i tektury (15 01 01, 20 01 01)], B [zebrane łącznie opakowania z tworzyw sztucznych (15 01 02, 20 01 39,) opakowania z metali (15 01 04, 20 01 40), opakowania wielomateriałowe (15 01 05)] osobno każda z wymienionych frakcji;
- b) na żądanie/nie rzadziej niż 1 raz na dwa miesiące/ frakcja określona w kodach odpadów literą C [opakowania ze szkła (15 01 07, 20 01 02)];
- c) na żądanie/średnio 1 raz na tydzień w okresie od 1 kwietnia do 31 października w pozostałych okresach raz na dwa tygodnie/ frakcja określona w kodach odpadów literą D [odpady kuchenne ulegające biodegradacji (20 01 08), odpady z ogrodów ulegające biodegradacji (20 02 01)].

W dokumentach postępowania nie sprecyzowano w ogóle kto takie żądanie odbioru odpadów miałby zgłaszać wykonawcy. Nie jest jasne czy będzie to Zamawiający czy też mieszkańcy, a może wspólnoty mieszkaniowe lub spółdzielnie mieszkaniowe. Nie określono ani w jaki sposób żądanie takie miałyby być wykonawcy komunikowane, ani jaki jest czas reakcji wykonawcy na realizację odbioru odpadów po zgłoszeniu żądania odebrania odpadów.

Takie zapisy opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za uchybiające przepisom ustawy. Nie są one bowiem dostatecznie precyzyjne. Co więcej w § 10 ust. 2 pkt 2

Zamawiający przewidział karę umowną za każdy przypadek nieodebrania lub odebrania odpadów w terminie niezgodnym z harmonogramem, o którym mowa w pkt 5.15 OPZ. Zauważyć jednak należy, że pkt 5.15 OPZ mówi o obowiązku realizacji „reklamacji” w przeciągu 24 godzin od otrzymania zawiadomienia e-mail lub telefonicznie od

Zamawiającego. W tych okolicznościach nie wiadomo, od jakiego momentu taką karę można by było wykonawcy naliczyć.

Zapisy OPZ są nieprecyzyjne, nie uwzględniają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkują uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzają ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, gdyż każdy z wykonawców może poczynić odmienne założenia co do częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej. Postanowienia te naruszają więc nie tylko zasadę przejrzystości, ale także zasadę uczciwej konkurencji, a także zasadę efektywności udzielenia zamówień publicznych.

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że SOPZ obliguje wykonawcę do sporządzenia i skonsultowania z Zamawiającym harmonogramu odbioru odpadów. Warto przywołać zapisy SOPZ odnoszące się do obowiązku sporządzenia harmonogramów:

5.25. Najpóźniej na 15 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia Wykonawca dostarczy Zamawiającemu harmonogram odbioru odpadów obowiązujący w 2024 r.

5.26. Wykonawca jest zobowiązany skonsultować harmonogram odbioru odpadów z Zamawiającym.

5.27. Wykonawca odpowiada za informowanie właścicieli nieruchomości o harmonogramie odbierania poszczególnych rodzajów odpadów. W tym celu Wykonawca będzie sporządzać harmonogramy odbioru, które Zamawiający będzie akceptował, a Wykonawca w formie wydruków, będzie zobowiązany przekazać właścicielom nieruchomości podczas pierwszego odbioru odpadów oraz pierwszego odbioru odpadów w danym roku kalendarzowym.

5.28. Zamawiający będzie publikował harmonogramy odbioru odpadów na stronie internetowej Urzędu Gminy [REDAKTOWANE] [www.\[REDAKTOWANE\].pl](http://www.[REDAKTOWANE].pl).

5.29. Wykonawca do oferty dołączy wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W tych okolicznościach uznać należy, że postanowienia OPZ są wewnątrznie sprzeczne, nie jest bowiem możliwe sporządzenie harmonogramów w sytuacji, gdy odbiór odpadów ma się odbywać na żądanie. Jeżeli odbiory odpadów mają się odbywać zgodnie z harmonogramem, nie do końca jasne pozostaje, dlaczego odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej ma następować na żądanie, zaś z innych nieruchomości zgodnie z harmonogramem. Odwołujący podkreśla, że co do zasady świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych we wszystkich gminach w Polsce odbywa się zgodnie z harmonogramami świadczenia usługi, które

określane są przez wykonawcę na podstawie oczekiwań Zamawiającego określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Zasadnym jest więc określenie przez Zamawiającego częstotliwości, z jakimi mają być odbierane odpady poszczególnych frakcji odpadów z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej, tak aby możliwe było sporządzenie harmonogramu.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów dotyczących odbierania odpadów terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej na żądanie i nakazanie określenia oczekiwanych częstotliwości odbioru tych odpadów, które zostaną uwzględnione w sporządzonym przez wykonawcę harmonogramie.

4) Naruszenie art. 16 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie umieszczenia w specyfikacji warunków zamówienia informacji o przedmiotowych środkach dowodowych przy jednoczesnym nałożeniu w pkt 5.29 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 9 do SWZ oczekiwania, by wykonawca do oferty dołączył wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 5 p.z.p. specyfikacja warunków zamówienia powinna zawierać informacje o przedmiotowych środkach dowodowych. W niniejszym postępowaniu w SWZ brak zapisów odnoszących się do przedmiotowych środków dowodowych za wyjątkiem postanowienia rozdziału XIII ust. 12 SWZ, zgodnie z którym podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty i oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski.

W postanowieniach SWZ odnoszących się do opisu sposobu przygotowania oferty oraz dokumentów składanych wraz z ofertą na próżno szukać postanowień określających obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych, czyli środków służących potwierdzeniu zgodności oferowanych usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Niemniej jednak w pkt 5.29 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 9 do SWZ określono, że wykonawca do oferty dołączy wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Żądanie dołączenia do oferty wstępnego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości pozostaje dla Odwołującego całkowicie niezrozumiałe. Zamawiający nie wskazuje, w jakim celu taki dokument miałby zostać złożony. Harmonogram nie daje się powiązać z żadnym z kryteriów oceny ofert ani nie można go uznać – w świetle postanowień SWZ – za przedmiotowy środek dowodowy. Tym samym wymaganie to jest nadmiarowe i uchybia przepisom ustawy.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 5.29 SOPZ obligującego do dołączenia wstępnego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od

właścicieli nieruchomości do oferty.

5) Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 8 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku gdy średnia hurtowa ceny paliwa ON EKODIESEL za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zamiany ulegnie zmianie o więcej niż 20% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert, a także poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego

Zasady zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia określone zostały w § 8 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ, który ma następującą treść:

§ 8 Waloryzacja wynagrodzenia na podstawie art. 439 PZP

1. Wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, na zasadach określonych w niniejszym paragrafie.
2. Pierwsza zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy (rozumiana jako złożenie wniosku o zmianę) może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji Umowy.
3. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.
4. Strona Umowy żądająca zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, musi przedstawić drugiej Stronie odpowiednio uzasadniony wniosek, nie później niż do 30 dnia od daty zwiększenia kosztów ponad wysokość kosztów przyjętych do ustalenia wysokości wynagrodzenia o których mowa w ust. 3, zawierający dokładny opis proponowanej zmiany wraz ze szczegółową kalkulacją kosztów oraz zasadami sporządzenia takiej kalkulacji.
5. Wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony, jeśli od dnia, w którym upływa 8 miesięcy od momentu zawarcia umowy, średnia cena hurtowa paliwa ON EKODIESEL za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zmiany wg oficjalnych danych [REDAKTOWANE] ulegnie

zmianie o więcej niż 20% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert (spadek o więcej niż 20% lub wzrost o 20%).

6. Zmiana może obejmować cenę jednostkową określoną w § 7 ust. 2 obowiązującą w danym miesiącu w zakresie stanowiącym różnicę między wartością zmiany obliczoną zgodnie z ust. 5 i poziomem 20% (odpowiednio w liczbach dodatnich lub ujemnych jako wzrost lub spadek).

7. Wniosek musi zawierać dowody jednoznacznie wskazujące wpływ zmiany, o której mowa w ust. 5 na koszty wykonania zamówienia oraz ceny jednostkowe.

8. Strona, której przedłożono wniosek, w terminie 30 dni od otrzymania kompletnego wniosku, zajmie pisemne stanowisko w sprawie; za dzień przekazania stanowiska, uznaje się dzień jego wysłania na adres właściwy dla doręczeń pism odpowiednio do Zamawiającego lub Wykonawcy.

9. Jeżeli bezspornie zostanie wykazane, że zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Strony zawrą stosowny aneks do Umowy, określający nową wysokość wynagrodzenia Wykonawcy.

10. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

11. Zamawiający określa maksymalną, dopuszczalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy na poziomie 20% wartości cen jednostkowej określonej w § 7 ust. 2 Umowy oraz 5 % maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy należnego na podstawie niniejszej umowy.

W ocenie Odwołującego tak sformułowana klauzula waloryzacyjna nie pozwala na dokonanie zmiany wynagrodzenia w sytuacji wzrostu innych niż paliwo kosztów realizacji usługi, co pozostaje nie do pogodzenia z istotą przepisu art. 439 ust. 1 p.z.p.

W zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia z niemożnością zastosowania klauzuli waloryzacyjnej co do kluczowej części zamówienia obejmującej zagospodarowanie odpadów. Wskazać należy, że najbardziej kosztotwórczym elementem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nie jest koszt paliwa, lecz koszt zagospodarowania odpadów w instalacji. Co więcej brzmienie § 8 projektu umowy prowadzi do wniosku, że dokonanie waloryzacji wynagrodzenia jest wyłączone także w sytuacji wzrostu innych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że kolejnym istotnym czynnikiem kosztotwórczym w przypadku świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są koszty zatrudnienia pracowników. Wobec powyższego celowa jest modyfikacja postanowienia umownego, tj. § 8 umowy, odnoszącego

się do zasad waloryzacji wynagrodzenia w sposób umożliwiający zmianę stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie odpadów, jak też maksymalnego wynagrodzenia należnego wykonawcy na podstawie umowy, w sytuacji gdy wzrosną inne koszty realizacji usług niż tylko koszty paliwa, w szczególności koszty zagospodarowania odpadów oraz koszty pracy. Objęcie przez Zamawiającego jedynie wycinka zakresu zamówienia możliwością waloryzacji jest niezgodne z art. 439 ust. 1 p.z.p.

Konieczne jest także określenie poziomu zmiany cen uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na poziomie odpowiadającym spodziewanym w okresie realizacji zamówienia wzrostom, tak aby dokonanie waloryzacji wynagrodzenia miało realny charakter. W ocenie Odwołującego możliwość dokonania waloryzacji w sytuacji gdy mamy do czynienia ze wzrostem kosztów aż o 20% nie odpowiada wymaganiom ustawy, gdyż znacząco odbiega od spodziewanego poziomu inflacji. Projekcja NBP co do inflacji w roku 2024 wynosi 5,2%, a w roku 2025 3,6%. Inne scenariusze średniorocznej inflacji CPI w 2024 r. znajdują się w granicach między 4,8 % a 8,1 %, a w 2025 r. – między 3,1 % a 6,7 %.

Klauzula waloryzacyjna zawarta w § 8 projektu umowy nie odpowiada wymaganiom ustawy, gdyż nie zapewnia realizacji celu, dla którego ustawodawca wprowadził obowiązek zawarcia klauzuli waloryzacyjnej w umowie o zamówienie publiczne, tj. przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie realizacji umowy. Ustawodawca zobligował Zamawiającego do takiego określenia przesłanek zmiany wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, by realne było zwiększenie (lub zmniejszenie) ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia. Obowiązek ten nie może być realizowany przez Zamawiającego wyłącznie poprzez formalne umieszczenie klauzuli waloryzacyjnej odpowiadającej wymaganiom konstrukcyjnym, o których mowa w art. 439 ust. 2 p.z.p. w treści umowy. Zgodnie z tym przepisem w umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Wprawdzie ustanawiając obowiązek wprowadzenia do umowy odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej, ustawodawca pozostawił Zamawiającemu swobodę w doprecyzowaniu jej elementów, to jednak swoboda ta nie ma bezwzględnego charakteru. Przy formułowaniu klauzuli waloryzacyjnej zastosowanie mają zasady udzielania zamówień publicznych. Oznacza to, że klauzula waloryzacyjna musi być sformułowana w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny, a także zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Chodzi o to, by już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dla wykonawców wiadome było, w jakich okolicznościach nastąpi waloryzacja wynagrodzenia oraz by wynagrodzenie było adekwatne do warunków ekonomicznych istniejących na etapie realizacji umowy. Przesłanki waloryzacji wynagrodzenia muszą być także adekwatne do przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego, uznać należy, że formułując klauzulę waloryzacyjną Zamawiający zobligowany jest uwzględnić specyfikę danego zamówienia, w szczególności to, jakie materiały lub koszty będą kluczowe na etapie realizacji zamówienia lub ceny jakich materiałów oraz jakie koszty podlegają zmianom i w konsekwencji będą wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy.

Zwrócił uwagę, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie – leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku, z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę ofertową wszelkie ryzyka związane ze wzrostem kosztów realizacji usługi. Tym samym Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu się one zaktualizują na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zaś Zamawiający przewidzi w projekcie umowy klauzulę waloryzacyjną dostosowaną do warunków realizacji przedmiotowego zamówienia, Zamawiający poniesie wyłącznie realne koszty. Tezę tą potwierdzają także głosy doktryny: „co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenę ryzyka ich wzrostu.” Zob. M. Jaworska (red.), Komentarz do art. 439 Prawa Zamówień Publicznych, Legalis.

Postanowienia klauzuli waloryzacyjnej pozostają wewnętrznie sprzeczne i przez to budzą szereg wątpliwości co do tego, kiedy faktycznie waloryzacja wynagrodzenia będzie mogła nastąpić. Zgodnie z § 2 projektu umowy, termin realizacji przedmiotu umowy wynosi 24

miesiące od dnia 1 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2025 r. W § 8 ust. 2 wskazano, że pierwsza zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, z kolei w § 8 ust. 5 wskazano, że wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony, jeśli od dnia, w którym upływa 8 miesięcy od momentu zawarcia umowy, średnia hurtowa cena paliwa ON za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zmiany wg danych [REDAKTOWANE] ulegnie zmianie o więcej niż 20% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert. Podkreślić należy, że poszczególne zapisy klauzuli waloryzacyjnej nie harmonizują ze sobą. Prawo do złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia aktualizuje się bowiem już po 8 miesiącach od zawarcia umowy, przy czym na zmianę wynagrodzenia wykonawca musi oczekiwać dalsze 4 miesiące lub nawet dłużej – zmiana jest bowiem możliwa nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji Umowy. Podkreślić zaś należy, że podpisanie umowy i dzień rozpoczęcia realizacji umowy może dzielić nawet okres miesiąca.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 8 projektu umowy w sposób uwzględniający:

– możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu cen także innych kosztów realizacji usługi niż tylko cena paliwa ON, w szczególności kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której przekazywane będą odpady oraz kosztów pracy;

– dopuszczenie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 6 miesiącach od dnia podpisania umowy i kolejnych waloryzacji w okresach 6-miesięcznych.

6) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do § 10 wzoru umowy dwóch kar umownych z tytułu tego samego zdarzenia, tj. kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów oraz kary umownej za każdy brakujący 1% do osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu w danym roku kalendarzowym, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję

Zgodnie z pkt 5.3. SOPZ Wykonawca w okresie obowiązywania umowy zobowiązany

jest do osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, wielomateriałowych i szkła oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych w wysokości określonej w obowiązujących przepisach.

W § 10 ust. 1 pkt 10 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 20 000 zł za nieosiągnięcie przez Wykonawcę wymaganych w danym roku poziomów recyklingu, przygotowania do użycia i odzysku odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny, obliczony zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem.

Z kolei w § 10 ust. 1 pkt 11 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 2500 zł za każdy 1% brakujący do osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu w danym roku kalendarzowym.

Zgodnie z przepisem art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

1) (...)

4) 45% wagowo - za rok 2024;

5) 55% wagowo - za rok 2025.

Zgodnie z pkt 5.2.1. SOPZ Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, odpadów komunalnych zebranych w PSZOK zgodnie z aktualnym Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa [REDAKTOWANE], zasadami gospodarki odpadami określonymi w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ustawie z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach uwzględniając zapisy Uchwały nr VI/48/2011 Rady Gminy [REDAKTOWANE] z dnia 2 czerwca 2011 r. w sprawie przystąpienia Gminy [REDAKTOWANE] jako Wspólnika do spółki prawa handlowego [REDAKTOWANE] oraz uchwały Nr XIII/110/2011 Rady Gminy [REDAKTOWANE] z dnia 29 grudnia 2011 r. w sprawie powierzenia Spółce pod firmą: Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTOWANE] świadczenia usługi publicznej na rzecz Gminy w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi polegającej na odzysku i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych na instalacjach będących w posiadaniu MZGOK oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę [REDAKTOWANE] umowy wykonawczej na świadczenie usług w zakresie unieszkodliwiania odpadów komunalnych dla realizacji projektu pn.: „Uporządkowanie gospodarki odpadami na terenie subregionu [REDAKTOWANE]”.

W warunkach niniejszego zamówienia wykonawca ma niezwykle ograniczony zakres działań, które może podjąć, a które mają lub mogą mieć wpływ na osiągnięcie wymaganych

poziomów odzysku i recyklingu. Najistotniejszym z tych czynników jest możliwość przekazania odpadów komunalnych zebranych selektywnie do doczyszczania w sortowni. W pozostałym zakresie działania wykonawcy realizującego przedmiotową usługę są istotnie ograniczone, gdyż wykonawca nie ma wpływu na wybór instalacji, do których zostaną przekazane odpady w celu zagospodarowania.

Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu odpadów komunalnych z terenu gminy na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, tj. 45 % w 2024 r. i 55% w 2024 r. jest niemożliwe do zrealizowania.

Wskazać należy, że Zamawiający posługuje się w OPZ nomenklaturą, która już nie obowiązuje. Zamawiający odnosi się bowiem do obowiązku osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, wielomateriałowych i szkła oraz do poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych. Jednocześnie Zamawiający oczekuje osiągnięcia ich w wysokości określonej w obowiązujących przepisach.

Przytoczyć należy aktualnie obowiązujące przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

Art. 3aa. [Obowiązkowe poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku odpadów komunalnych w 2020 r.]

Gminy są obowiązane osiągnąć za rok 2020 poziom:

- 1) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości co najmniej 50% wagowo;
- 2) recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo.

Art. 3b. [Obowiązkowe poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych]

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.

1b. Przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne. (...)

Przepis art. 3b u.c.p.g. zmieniony został przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz.U.2019.1579) zmieniającej nin. ustawę z dniem 1 stycznia 2020 r. Wskazać także należy na przepisy rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, które weszło w życie w dniu 4 września 2021 r. Rozporządzenie to wprowadziło nowy sposób ustalania poziomu recyklingu, który następuje w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych oraz nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, uwzględniający ilość odpadów w punkcie obliczeniowym.

Podkreślił, że w odpadach selektywnie zbieranych, znajdują się wtrącenia, których nie da się poddać recyklingowi. Nie każdy rodzaj odpadów, nawet jeżeli są to odpady selektywnie gromadzone, podlega recyklingowi. Z uwagi na ograniczoną liczbę instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów w Polsce i dużą dostępność surowców na rynku, to recyklerzy dyktują warunki przyjęcia odpadów, narzucając wysokie standardy, jakim muszą odpowiadać odpady. Odwołujący podkreślił, że osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca.

Poprzez próbę obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu, Zamawiający zmierza do przerzucenia obowiązku realizacji zadań własnych gminy w całości na podmiot trzeci, który, w oczywisty sposób nie dysponuje odpowiednimi instrumentami celem wykonania tych zadań, przerzucenia ryzyka finansowego

związanego z brakiem osiągnięcia poziomów recyklingu przez gminy na taki podmiot trzeci, a w konsekwencji do pozbycia się przez gminy zarówno części zadań własnych, jak też uwolnienia się od sankcji administracyjnych w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, są to założenia i cele w oczywisty sposób sprzeczne z prawem, gdyż prowadzą do całkowitej utraty przez gminę zainteresowania podejmowaniem przez ich ograny działań w zakresie osiągania wymaganych poziomów recyklingu, m.in. działań edukacyjnych, działań propagujących należyłą segregację, działań organizacyjnych i działań sankcyjnych względem mieszkańców nierealizujących obowiązku selektywnej zbiórki odpadów.

Wykonawca nie może odpowiadać w stopniu przewidzianym przez Zamawiającego za brak osiągniętych poziomów recyklingu, ponieważ ich osiągnięcie zależy od wielu czynników, które w większości przypadków są całkowicie niezależne od wykonawcy. Wykonawca nie ma żadnego wpływu ani na ilość, ani na rodzaj wytworzonych na terenie Gminy odpadów komunalnych. Równie istotne znaczenie ma okoliczność, że Wykonawca nie ma swobody wyboru instalacji, do których będzie przekazywać odpady do zagospodarowania. Ponadto należy podkreślić, że ilość surowców możliwych do poddania recyklingowi w strumieniu odpadów komunalnych może się istotnie zmniejszyć z uwagi na wprowadzenie w Polsce systemu kaucyjnego od 1 stycznia 2025 r. Do systemu kaucyjnego trafią łatwo poddające się recyklingowi odpady – jednorazowe butelki z plastiku o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Co istotne Zamawiający będzie miał możliwość wliczenia tych odpadów do osiąganych przez Gminę poziomów. Z perspektywy wykonawcy, są to cenne surowce, które odpłyną ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do kar umownych, jakie przewidział Zamawiający w § 10 ust. 1 pkt 10 i pkt 11 projektu umowy, wskazać należy, że w ujęciu art. 483 k.c. i art. 484 k.c., kara umowna stanowi ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi z tytułu odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się zatem wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego jest następstwem okoliczności, za które on ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywać się powinien z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia samych przepisów jej dotyczących. Tymczasem Zamawiający przewidział nałożenie na Wykonawcę kar umownych za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu, w sytuacji gdy nieosiągnięcie tych poziomów nie jest uzależnione wyłącznie od działań Wykonawcy, w sytuacji gdy jedynie w niewielkim stopniu jego działania mogą przyczynić się do osiągnięcia ww. poziomów. Co więcej, nieuprawniona jest również kumulacja kar umownych za to samo naruszenie, czego dokonuje Zamawiający wprowadzając zapisy §

10 ust. 1 pkt 10 i pkt 11 projektu umowy. Niedopuszczalność kumulowania kar umownych, tj. naliczania 2 różnych kar umownych za tę samą okoliczność faktyczną jest przyjętym od lat stanowiskiem zarówno doktryny, jak i orzecznictwa. W świetle powyższego zasadnym jest zarówno wykreślenie z postanowień SOPZ postanowienia 5.3. obligującego wykonawcę do osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia wskazanych w nim frakcji odpadów oraz § 10 ust. 1 pkt 10 i pkt 11 projektu umowy, które przewidują nałożenie na wykonawcę kar umownych z tytułu tego samego zdarzenia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SOPZ i projektu umowy poprzez wykreślenie obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz postanowień dotyczących kar umownych za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu.

7) Naruszenie art. 99 ust. 1 pkt p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 433 pkt 4 p.z.p. poprzez przewidzenie w § 7 ust. 5 projektu umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron

Zamawiający postanowił o wprowadzeniu do projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ postanowienia § 7 ust. 5 o następującym brzmieniu:

Strony zgodnie oświadczają, iż są świadome tego, że rzeczywiste ilości odebranych i zagospodarowanych na podstawie niniejszej Umowy odpadów mogą różnić się od ilości odpadów komunalnych wskazanych w formularzu ofertowym.

W przypadku, gdy ilość ton odpadów zmaleje w stosunku do wielkości podanych w formularzu ofertowym Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w stosunku do Zamawiającego, w tym żądanie realizacji umowy do wysokości 100 % ceny oferty brutto umowy.

W dokumentach zamówienia Zamawiający nie określił minimalnego gwarantowanego zakresu zamówienia. Tym samym powyższy zapis § 7 ust. 5 projektu umowy jest nieuprawniony i pozostaje w sprzeczności z dyspozycją art. 433 pkt 4 p.z.p. Zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, Zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień projektu umowy poprzez wprowadzenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowanej części przedmiotu zamówienia).

8) Naruszenie art. 99 ust. 1 pkt p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez

wprowadzenie obowiązku realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia przy użyciu własnych narzędzi i sprzętu wykonawcy

W pkt 5.5. SOPZ Zamawiający przewidział, że Wykonawca będzie wykonywał usługę stanowiącą przedmiot niniejszego zamówienia przy użyciu własnych narzędzi i sprzętu, w szczególności: sprzęt użyty przy realizacji przedmiotowej usługi winien spełniać wymagania wynikające z obowiązujących polskich norm przenoszących normy europejskie i aprobat technicznych polskich bądź europejskich, utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych, spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych: zapewnienie, dla właściwej realizacji przedmiotu umowy, przez cały czas trwania umowy dostatecznej ilości środków technicznych, gwarantujących terminowe i jakościowe wykonania przedmiotu zamówienia.

Dla Odwołującego całkowicie niezrozumiałe jest oczekiwanie, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia ma być realizowana przy użyciu narzędzi i sprzętu stanowiącego własność Wykonawcy. Wskazać należy, że takie oczekiwanie jest niczym nieuzasadnione. Zapis ten wyklucza możliwość wykorzystania przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem sprzętu, który jest w wyłącznej dyspozycji Wykonawcy, ale do niego nie należy, np. pojazdami wyleasingowanymi lub wdzierżawionymi przez Wykonawcę. Zapis ten ogranicza możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego oraz możliwość powierzenia realizacji części przedmiotu zamówienia podwykonawcy, a zatem narusza podstawowe instytucje prawa zamówień publicznych.

Postanowienie pkt 5.5. SOPZ w zakresie, w jakim wymaga wykonania przedmiotu zamówienia przy użyciu własnych narzędzi i sprzętu wykonawcy, narusza zasadę proporcjonalności oraz zasadę efektywności udzielania zamówień, a także może skutkować nieporównywalnością złożonych ofert. Wskazać należy, że możliwość wyleasingowania lub wdzierżawienia sprzętu pozwala na optymalizację kosztów realizacji zamówienia. Uniemożliwienie wykonawcy dysponowania sprzętem przeznaczonym do realizacji usługi w inny sposób niż na podstawie prawa własności stanowi nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego i w żaden sposób nie przekłada się na efektywność realizowanego zamówienia, wręcz przeciwnie uniemożliwia lub istotnie utrudnia uzyskanie najlepszej jakości usług w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, a także uzyskanie najlepszych efektów zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowienia pkt 5.5 SOPZ poprzez wykreślenie obowiązku wykorzystania własnych narzędzi i sprzętu do wykonywania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

Zamawiający w dniu 31.10.2023 r. (na platformie e-Zamówienia: ezamowienia.gov.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 14.11.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości. Kopia odpowiedzi na odwołanie została przekazana Odwołującemu.

Ad.1. Z uwagi na zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 9 p.z.p. poprzez zamieszczenie w rozdziale SWZ sprzecznych informacji co do oczekiwanego sposobu wypełnienia JEDZ, Zamawiający dokonał zmiany SWZ, tj. w rozdziale IX PKT 8 SWZ - OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA ORAZ POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU wykreślono ppkt 8.7, 8.8, 8.9, 8.10, przez co zarzut stał się bezprzedmiotowy.

Ad.2. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez nałożenie na wykonawcę w pkt 5.13 OPZ obowiązku dążenia do wydzielania z frakcji zmieszanych odpadów komunalnych popiołu z uwagi na wprowadzone zmiany w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia również stał się bezprzedmiotowy.

Ad.3. Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy wielorodzinnej w opinii Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Należy zauważyć, że obowiązkiem Zamawiającego jest udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych (art. 17 ust. 1 p.z.p.). Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w celu określenia częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej użył sformułowania „na żądanie/ (średnio co tydzień)” i jego zdaniem zapis ten nie narusza zasady przejrzystości oraz zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności udzielania zamówień publicznych. Sformułowanie zapisu w ten sposób daje możliwość sporządzenia rzetelnej kalkulacji ceny oferty i nie powoduje ryzyka złożenia nieporównywalnych ofert.

Zgodnie z art. 6m ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1469 ze zm.) - żądanie odbioru odpadów zgłaszają osoby i podmioty zobowiązane do składania deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi (są nimi właściciele nieruchomości/zarządcy). Zgłoszenie odbioru odbywa się w sposób uzgodniony z Wykonawcą wyłonionym w przetargu, zaakceptowany

przez Zamawiającego. Taki system odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej umożliwia dostosowanie indywidualnych harmonogramów do faktycznych potrzeb, a także eliminuje przejazd „na pusto” oraz gwarantuje utrzymanie czystości i porządku na terenach spółdzielni mieszkaniowych i wspólnot. Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

System odbioru na żądanie został wypracowany już od 2013 r. wspólnie z zarządcami wspólnot i spółdzielni mieszkaniowych, radnych gminy i Wójta. Z aprobatą został przyjęty przez mieszkańców i jego funkcjonowanie spełnia standardy prawidłowego utrzymania czystości i porządku na terenie gminy. Przyjęcie sztywnego harmonogramu w zabudowie wielorodzinnej doprowadzi do chaosu, wzrostu kosztów dla mieszkańca i nie będzie gwarancją utrzymania czystości i porządku na terenie gminy. Działanie takie byłoby społecznie nieuzasadnione.

Ad.4. Z uwagi na wprowadzone 10.11.2023 r. zmiany w SWZ (tj. wykreślenie pkt 5.29 dot. przedłożenia wstępnego harmonogramu odbioru odpadów) zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

Ad.5. W opinii Zamawiającego zarzut naruszenia art.439 ust.1 p.z.p. w zw. z art.99 ust.1, art.16 i 17 ust.1 p.z.p. oraz art.353¹ k.c. oraz art.5 k.c. w zw. z art.8 ust.1 p.z.p. w związku z zapisami §8 projektu umowy (zał. Nr 8 do SWZ) jest bezzasadny.

Klauzula waloryzacyjna w §8 projektu umowy zawiera wszystkie przewidziane art. 439 ust.2 p.z.p. elementy. Zamawiający uznał wzrost cen paliwa (w aktualnej sytuacji ekonomicznej) za element mający bardzo istotny wpływ na wzrost kosztów, przy realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że najbardziej kosztotwórczym elementem są koszty zagospodarowania odpadów w instalacji oraz koszty zatrudnienia pracowników. Zamawiający dokonał analizy wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji do której wykonawca będzie miał obowiązek przekazywać odpady. Analiza wykazała, że cena odpadów niesegregowanych w latach 2021-2024, które stanowią około 39% wszystkich odpadów pochodzących z terenu Gminy [REDAKTOWANE] pozostaje od 2020 r. na tym samym poziomie i w cenniku na rok 2024 nie jest planowany jej wzrost. Podobnie cena za zagospodarowanie odpadów frakcji - papier, tworzywa sztuczne czy szkło od 2022 r. nie uległa zmianie i nie jest planowana jej zmiana. Planowany natomiast w 2024 r. wzrost ceny za zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji jest na poziomie 26,8% przy czym odpady te stanowią średnio ok. 28% odpadów przekazywanych z terenu Gminy [REDAKTOWANE], a planowany w 2024 r. wzrost ceny za zagospodarowanie popiołu wynosi 16,7%, przy czym ilość tych odpadów przekazywanych z terenu Gminy [REDAKTOWANE] ulega sukcesywnemu zmniejszeniu, co jest efektem wymiany źródeł ciepła na ekologiczne. Reasumując planowany

wzrost ceny za zagospodarowanie odpadów biodegradowalnych oraz za zagospodarowanie popiołów, przy malejącej ilości popiołów do zagospodarowania, niezmienna cena za zagospodarowanie odpadów zmieszanych i odpadów zbieranych selektywnie (papier, plastik i szkło) oraz zmniejszająca się z roku na rok masa odpadów przekazanych do zagospodarowania - nie powinny mieć wpływu na wzrost opłaty za 1 (Mg) przekazanych do zagospodarowania odpadów z grupy 20... odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie. W świetle powyższego Zamawiający uznał, że wzrost cen paliwa jest właściwym elementem wpływającym na wzrost kosztów realizacji usługi. Jeśli chodzi o koszty zatrudnienia to w § 9 ust. 1 Zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia z uwagi na zmiany przepisów prawa w zakresie wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej. Za możliwością dokonania waloryzacji wynagrodzenia po 12 miesiącach od daty umowy przemawia specyfika zamówienia, gdzie każda zmiana w tym zakresie spowoduje automatycznie konieczność wprowadzenia zmiany wysokości opłaty za zagospodarowanie odpadów, którą ponoszą mieszkańcy gminy. Ponadto ustawodawca nie wprowadził obowiązkowej waloryzacji po 6 miesiącach.

W związku z powyższym w opinii Zamawiającego zawarta w projekcie umowy klauzula waloryzacyjna została sporządzona prawidłowo i nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

Dowód:

1) analiza porównawcza ilości odpadów.

Ad.6. Zarzut naruszenia przepisów art.99 ust.1 p.z.p. w zw. z art.16 pkt 1 i 3 p.z.p. i art.134 ust.1 pkt 20 i art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust.1 p.z.p. w zw. z art.5 k.c., art. 353¹, 471, 487 §2, 483 §1 i 484 k.c. w zw. z art.3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym w.w. poziomów, zdaniem Zamawiającego nie zasługuje na uznanie.

Opis przedmiotu zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych. Skoro gmina ma obowiązek powierzyć przedsiębiorcy wyłoniionemu w przetargu wykonywanie zadania odbierania i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób ich wykonywania ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. Zarówno na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - dalej KIO jak i sądów administracyjnych gmina może "przerzucić" na wykonawcę odpowiedzialność za

obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. W ustawie o utrzymaniu czystości i porządku nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina. Jednocześnie zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny - dalej k.c. sposób wyegzekwowania od wykonawcy wypełnienia tego zobowiązania. Gmina ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. (Wyrok NSA z 17.02.2022 r. II SA/GL 1326/21, wyroki KIO z 29.11.2012 r. KIO 2544/12 i z 29.05.2013 KIO 1125/13). Gmina jest zobowiązana podejmować takie działania aby w sposób rzetelny i gospodarny wydatkować środki publiczne. Gmina ma obowiązek zorganizować przetarg na realizację usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zatem ustawodawca przyjął, że realizacja obowiązku odbioru i zagospodarowania odpadów zostaje zlecona podmiotowi wyłonionemu w drodze przetargu. Zdaniem Zamawiającego umowa o zamówienie publiczne powinna w tym przypadku przewidywać mechanizm pozwalający na weryfikację tego, czy całość zamówienia została wykonana tak, by osiągnąć zamierzone poziomy recyklingu.

Osiągnięcie określonych poziomów recyklingu nie jest zadaniem, lecz miernikiem rezultatu. Zadaniem gminy jest stworzenie na swoim terenie takiego systemu gospodarki odpadami, który umożliwi osiągnięcie poziomów recyklingu na zakładanym poziomie. Zadanie gminy nie polega w istocie na osiąganiu poziomów recyklingu, lecz na zbudowaniu systemu, który jest środkiem do tego celu. Elementami systemu gminnego są gmina jako organizator, mieszkańcy, lokalne prawo, rozwiązania organizacyjne i techniczne oraz szczególnie podmiot, któremu powierzono zadanie odbierania i gospodarowania odpadami. To łączne działanie tych elementów, stopień ich dopasowania i koordynacji mają kluczowe znaczenie dla osiągnięcia rezultatu, tj. poziomów recyklingu.

Prawidłowa realizacja w/w usługi ma bezpośredni i znaczący wpływ na wypełnienie obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku. Osiągnięcie zakładanego poziomu recyklingu w danym roku zależy więc od należytej realizacji obowiązków przez wybranego wykonawcę. Mając na uwadze powyższe, zamawiający ma prawo oczekiwać, że wykonawca zrealizuje umowę w taki sposób, że przewidywane na dany rok poziomy recyklingu zostaną osiągnięte. Brak obwarowania prawidłowego wykonania usługi karami umownymi byłoby poważnym narażeniem środków publicznych.

Ad.7. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 pkt p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 433 pkt 4 p.z.p. poprzez przewidzenie w §7 ust. 5 projektu umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, zdaniem

Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zapis ten nie jest sprzeczny z prawem. Zamawiający nie jest w stanie określić minimalnej ilości jaka będzie odebrana w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Przepis § 7 ust. 5 w żaden sposób nie narusza art. 433 pkt 4 ustawy PZP, gdyż zapis ten nie przewiduje możliwości ograniczenia zakresu zamówienia, a jedynie wskazuje, że ustalone zgodnie z § 7 ust. 1 i 2 wynagrodzenie jest „wynagrodzeniem tonażowym”. W związku z powyższym Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia w kwocie przyjętej w formularzu ofertowym gdzie ilość odpadów będąca podstawą do ustalenia ceny ofertowej jest szacunkowa tak jak i wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie usługi.

Dodatkowo zauważył, że Zamawiający ma obowiązek ustalenie wynagrodzenia tonażowego, tj. od 1 Mg odebranych odpadów.

Ad.8. Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 pkt p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 433 pkt 4 p.z.p. poprzez wprowadzenie obowiązku realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia przy użyciu własnych narzędzi i sprzętu wykonawcy to Zamawiający dookreślił w tym zakresie zapisy SWZ tj. pkt 5.5. SOPZ i tym samym zarzut stał się bezprzedmiotowy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Zamawiający nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, projektu umowy (załącznika nr 8 do SWZ) i Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznika nr 9 do SWZ).

Poza tym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie na okoliczności wskazane w odpowiedzi:

- 1) zmiana treści SWZ z 10.11.2023r.;
- 2) analiza porównawcza ilości odpadów w latach 2021-2023 (do IX).

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone przez Odwołującego podczas rozprawy:

- 1) wydruk projekcji inflacji i PKB – listopad 2023 oraz na rok 2024 i 2025 na okoliczność tego, że inflacja z 2024 r. ma wynosić 4, 6 %, a w 2025 r. – 3, 7%;
- 2) tabela – opracowanie własne możliwe do osiągnięcia poziomu recyklingu w Gminie [REDAKTOWANE] w 2023 r na podstawie danych z 2022 r. na okoliczność jej treści;
- 3) artykułu prasowego: „Polska tonie w tanim plastiku. Recylerzy apelują o zmiany” na okoliczność sytuacji Recyklerów;
- 4) artykułu prasowego: „Recyklerzy apelują w sprawie ROP” na okoliczność sytuacji Recyklerów;
- 5) artykułu prasowego: „System kaucyjny na Słowacji po roku działania” na okoliczność sytuacji Recyklerów.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron (Zamawiający nieobecny) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) Naruszenie art. 16 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 134 ust.1 pkt 9 p.z.p. poprzez zamieszczenie w rozdziale SWZ sprzecznych informacji co do oczekiwanego sposobu wypełnienia JEDZ, co narusza zasadę przejrzystości prowadzenia postępowania;
- 2) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez nałożenie na wykonawcę w pkt. 5.13 OPZ obowiązku dążenia do wydzielania z frakcji zmieszanych odpadów komunalnych popiołu;
- 3) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty i stwarzający ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców, co jednocześnie narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych;
- 4) Naruszenie art. 16 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie umieszczenia w specyfikacji warunków zamówienia informacji o przedmiotowych środkach dowodowych przy jednoczesnym nałożeniu w pkt 5.29 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 9 do SWZ oczekiwania, by wykonawca do oferty dołączył wstępny harmonogram odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;

- 5) Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegający na zastrzeżeniu w § 8 projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ, że zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może podlegać waloryzacji w przypadku gdy średnia hurtowa ceny paliwa ON EKODIESEL za miesiąc poprzedzający wniosek o dokonanie zamiany ulegnie zmianie o więcej niż 20% w stosunku do średniej ceny obowiązującej w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert, a także poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami innych niż paliwo kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;
- 6) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., art. 431 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i wprowadzenie do § 10 wzoru umowy dwóch kar umownych z tytułu tego samego zdarzenia, tj. kary umownej za nieosiągnięcie w danym roku kalendarzowym ww. poziomów oraz kary umownej za każdy brakujący 1% do osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu w danym roku kalendarzowym, w sytuacji gdy wykonawca nie ma swobody w wyborze instalacji, do której będą przekazywane odpady do zagospodarowania, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawców ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję;
- 7) Naruszenie art. 99 ust. 1 pkt p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 433 pkt 4 p.z.p. poprzez przewidzenie w § 7 ust. 5 projektu umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 8) Naruszenie art. 99 ust. 1 pkt p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez wprowadzenie obowiązku realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia przy użyciu własnych narzędzi i sprzętu wykonawcy.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie i zmianą SWZ z 10.11.2023 r. wycofuje zarzut nr 1, 2, 4 oraz zarzut nr 8. W pozostałym zakresie podtrzymał zarzuty zawarte w odwołaniu.

W następnej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych.

Izba przywołuje wskazane w pismach treść postanowienia SOPZ, tj. pkt 4.3.4 ppkt 2, pkt. 5.3, pkt 5.15 oraz projektu umowy, tj. § 2 termin wykonania przedmiotu umowy, § 7 ust. 1 i 2 oraz § 7 ust. 5 warunki i terminy płatności wynagrodzenia, § 8 waloryzacja wynagrodzenia na podstawie art. 439 PZP, § 9 ust. 1 pkt 2 zmiana wysokości wynagrodzenia na podstawie art. 436 pkt 4 PZP, § 10 ust.1 pkt 10 i 11 oraz § 10 ust.2 pkt 2 kary umowne.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu. Izba podzieliła argumentację Odwołującego z rozprawy w zakresie tego zarzutu, iż ustalenie ściśle częstotliwości odbioru odpadów z zabudowy wielorodzinnej dla danej frakcji np.: 2 razy w miesiącu w 1 i 3 poniedziałek miesiąca spowoduje, że koszty związane z wywózką zostaną zoptymalizowane, gdyż kurs będzie odbywał się w określonych dniach, tygodniach, miesiącach. Utrzymanie dotychczasowych postanowień „na żądanie” spowoduje, że będzie mógł mieć miejsce brak koordynacji, gdyż nie będzie jeden z mieszkańców wiedział o tym, że drugi takie wezwanie wystosował. Może to spowodować, iż Wykonawca będzie jeździł nawet kilka razy w tygodniu. Określenie takiej częstotliwości jest także ważne w kontekście obowiązku sporządzenia harmonogramu wywózki. Odwołujący także wskazywał, że w innych gminach sporna częstotliwość (jej brak) jest określona na „sztywno”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu siódmego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W zakresie tego zarzutu należy stwierdzić, że wynagrodzenie tonażowe ustalone zgodnie z § 7 ust.1 i 2 projektu umowy nie zwalnia Zamawiającego z konieczności podania wartości albo wielkości świadczenia, która będzie gwarantowana. Nie przecząc bowiem, że brak jest możliwości określenia jaki poziom odpadów będzie miał miejsce w roku 2024 i 2025, należy zauważyć, że Zamawiający dysponuje danymi historycznymi. Inaczej mówiąc

Zamawiający ma obowiązek podać wartość na podstawie danych historycznych np. z danego roku chociażby ubiegłego jako poziom gwarantowany lub jakiś jego odsetek.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu piątego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający częściowemu uwzględnieniu.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że jeśli przyjąć, iż instalacja do której Wykonawca będzie miała obowiązek przekazywać odpady nie przewiduje podwyżek (według aktualnej wiedzy Zamawiającego), czyli wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji (która ma charakter instalacji komunalnej z udziałem gminy), to nie znaczy, że taki wzrost nie będzie miał miejsca. Należy podzielić stanowisko Odwołującego, że skoro dotychczas cena ta nie uległa w zakresie większości frakcji zmianie mimo wysokiej inflacji, to w przyszłym roku koszty z tym związane mogą ulec zwiększeniu, chociażby po wyborach samorządowych. Z tych względów Izba uznała konieczność wprowadzenia waloryzacji w sytuacji wzrostu cen, tj. kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, do której przekazywane będą odpady.

Izba uznała także konieczność waloryzacji w sytuacji wzrostu cen w razie wzrostu kosztów zatrudnienia. Wskazany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie § 9 ust. 1 projektu umowy przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia z uwagi na zmiany przepisów prawa w zakresie wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej. Żaden jak oświadczył Odwołujący na rozprawie z kierowców, czy też ładowaczy nie zarabia minimalnego wynagrodzenia z uwagi na wiadome warunki pracy zawodowej. W efekcie Izba uznaje że waloryzacja jest konieczna także w wypadku wzrostu cen innych kosztów, w tym kosztów pracy.

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający winien zmienić istniejące postanowienia umowy, w taki sposób aby przewidzieć dodatkową waloryzację w wypadku wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji oraz kosztów pracy, z zastrzeżeniem, że będzie to możliwe w sytuacji wzrostu tych kosztów o więcej niż 7% w stosunku do cen obowiązujących w dniu składania ofert.

Z kolei Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego i oddaliła zarzut, co do możliwości dokonania waloryzacji po 6 miesiącach od dnia podpisania umowy i kolejnych waloryzacji w okresach 6 miesięcznych. Należy wskazać, że obowiązek stosowania klauzuli waloryzacyjnej dotyczy umów zawartych na okres powyżej 12 miesięcy (art. 439 ust.1 Pzp). Wprowadzenie więc takiego rozwiązania u Zamawiającego, jak kwestionowane w odwołaniu, ma swoje uzasadnienie w założeniach Ustawodawcy w zakresie stosowania mechanizmu waloryzacji. Przyjęcie rozwiązania Odwołującego skutkowałoby tym, że to Zamawiający

przyjąłby na siebie w pełni ryzyko związane ze wskazanymi w uzasadnieniu powyżej wzrostami kosztów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu szóstego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający częściowemu uwzględnieniu.

Po pierwsze Izba uznała, że brak jest podstaw do wykreślenia obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia w roku 2024 i 2025, oddalając zarzut w tym zakresie.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że skoro gmina ma obowiązek powierzyć przedsiębiorcy wyłonionemu w przetargu wykonywanie zadania odbierania i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób ich wykonywania ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiąganiem wymaganych recyklingów. Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzecznictwa, że gmina ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na Wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. (Wyrok NSA z 17.02.2022 r. II SA/GL 1326/21, wyroki KIO z 29.11.2012 r. KIO 2544/12 i z 29.05.2013 KIO 1125/13).

Jednakże, Izba wzięła pod uwagę istniejące uwarunkowania na rynku recyklingów, na które wskazywał Odwołujący na rozprawie (poparte złożonymi trzema artykułami prasowymi), uznając, że należy wykreślić § 10 ust.1 pkt 10 projektu umowy, czyli uwzględniając zarzut w tym zakresie, przy jednoczesnym zachowaniu § 10 ust.1 pkt 11 projektu umowy. Izba także w tym zakresie wzięła pod uwagę, że złożona tabela przez Odwołującego operując na poziomie recyklingu u Zamawiającego w 2023 r. to 43%, czyli poziom zbliżony do osiągnięcia w roku 2024 – 45%. Izba uznała, że zachowanie obowiązku osiągnięcia poziomu recyklingu przez Wykonawcę, przy jednoczesnym zachowaniu kar umownej z § 10 ust.1 pkt 11 projektu umowy zmotywuje do osiągnięcia tych poziomów nie tylko Wykonawcę, ale także Zamawiającego, który także wpłynie na mieszkańców gminy. Jednocześnie wykreślenie jednej z kar umownych było motywowane tym, że w ten sposób usunięta została kumulacja kar umownych za to samo naruszenie. W konsekwencji, Izba w tym zarzucie podjęła próbę pogodzenia rozbieżnych interesów Zamawiającego, jak i Wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 -2 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) c) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, jak i dojazdu na rozprawę 851,00 zł, czyli łącznie 19 451 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Jednocześnie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów w oparciu o § 7 ust. 5 wskazanego wyżej rozporządzenia. Uznając, że przemawia za tym rodzaj uwzględnionego zarzutu, jego waga, jak i sytuacja procesowa, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim uwzględnione zarzuty Odwołującemu daje szansę na osiągnięcie celu wynikającego z wniesionego odwołania.

Przewodniczący:

.....