

WYROK

Warszawa, dnia 1 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez ██████████ Sp. z o.o. z siedzibą w ██████████ w postępowaniu prowadzonym przez

orzeka:

1. A. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany § 7 ust. 1, 4, 5 i 6 projektowanych postanowień umowy (PPU), przez nadanie im treści:

„Zamawiający zobowiązuje się do współpracy w celu wykonania umowy, w szczególności przy przekazywaniu drogą elektroniczną informacji niezbędnych dla prawidłowego wykonywania umowy, w szczególności informowania o zmianach w liczbie i adresach nieruchomości objętych obowiązkiem odbierania odpadów komunalnych oraz sposobie gospodarowania odpadami komunalnymi. Zamawiający zobowiązuje się do:

1. wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (ucpg) wobec wszystkich nieruchomości, co do których Wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania Wykonawcy o toku poszczególnych postępowań,
4. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w odniesieniu do nieruchomości wielolokalowych w ilości co najmniej 100 nieruchomości miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcie postępowań, o których mowa w ust. 1 powyżej, a także informowania o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,
5. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli miejsc, w których prowadzone jest zbieranie odpadów komunalnych na terenie Gminy ██████████, pod kątem rzetelności ewidencjonowania przyjmowania odpadów komunalnych przez podmioty

posiadające pozwolenia na zbieranie na terenie Gminy [REDAKTOR] oraz terminowego złożenia oraz rzetelności sporządzania przez te podmioty sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 9nb ucpg.

6. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli złożenia i rzetelności sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi.”

oraz przez dodanie w treści § 11 ust. 1 po jego dotychczasowej treści:

„przy czym należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg za dany rok (a w przypadku obowiązywania Umowy przez okres krótszy niż rok w danym roku kalendarzowym – kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg za dany rok pomnożona przez wynik dzielenia masy odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę w ramach niniejszej Umowy w danym roku kalendarzowym w stosunku do masy wszystkich odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Gminy [REDAKTOR] w danym roku), pomniejszona o opłaty podwyższone o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpg oraz pieniężne kary administracyjne, o których mowa w art. 9x ust. 2 i 3 ucpg, nałożone ostatecznymi decyzjami Prezydenta Miasta Zamawiającego lub Samorządowego Kolegium Odwoławczego, które są należne za dany rok, przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg, a także wykorzystać w pełni możliwość uzyskania zawieszenia, a następnie umorzenia administracyjnej kary pieniężnej zgodnie z przepisami ucpg (przy czym Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych wniosków lub środków odwoławczych, a Wykonawca winien tą argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym złożenie wniosku lub środka odwoławczego); kara ta będzie wymagalna w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, o których mowa powyżej”,

B. w pozostałym zakresie odwołanie oddala.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego [REDAKTOR] Sp. z o.o. z/s w [REDAKTOR] oraz Gminę [REDAKTOR] i :

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego [REDAKTOR] Sp. z o.o. z/s w [REDAKTOR] tytułem wpisu od odwołania;
- b. zasądza od Gminy [REDAKTOR] na rzecz [REDAKTOR] Sp. z o.o. z/s w [REDAKTOR] kwotę 7 500 zł (słownie siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania w wysokości połowy wpisu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina [REDAKTOWANO] prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu Gminy [REDAKTOWANO] od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie na okres od 01.10.2024 do 31.12.2026 r.” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Załączniku do DzUUE [REDAKTOWANO], zmiana ogłoszenia [REDAKTOWANO]

Odwolujący: [REDAKTOWANO] Sp. z o.o. z/s w [REDAKTOWANO] wniósł 2 września 2024 r. odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania, zaskarżając czynności Zamawiającego polegające na:

- ukształtowaniu przedmiotu zamówienia w sposób, który obciąża Wykonawcę negatywnymi konsekwencjami działań lub zaniechań Zamawiającego, a także działań podmiotów trzecich, w tym mieszkańców Gminy [REDAKTOWANO], a to w postaci zawarcia w § 1 ust. 1, § 2 ust. 3 pkt 9) lit. e) oraz § 7 ust. 1 - 5 Załącznika nr 7 do SWZ – projektowanych postanowień umowy (dalej: PPU), jak również w postaci zawarcia w ust. 7 pkt 7.14 ppkt 5) Załącznika nr 4 do SWZ – Opisie Przedmiotu Zamówienia (w brzmieniu nadanym Modyfikacją numer I treści Specyfikacji Warunków Zamówienia datowaną na dzień 23 sierpnia 2024 roku, opublikowaną dnia 26 sierpnia 2024 roku), przez zobowiązanie Wykonawcy do osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w wysokości określonej w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: ucpg) w odniesieniu do odpadów odbieranych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości oraz odpadów odbieranych z gminnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych i obciążenie Wykonawcy karą umowną z tytułu braku osiągnięcia tych poziomów w treści § 11 ust. 1 PPU,

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 3531, art. 483 § 1, art. 473 § 1, 471, 354 § 2, art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 2) i 3) oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 ustawy PZP, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/35/WE z 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu w treści § 1 ust. 1, § 2 ust. 3 pkt 9) lit. e) oraz § 7 ust. 1 - 5 oraz w § 11 ust. 1 PPU w zakresie określonej w nich odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie wskazanych tam poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu mimo tego, że:

- Wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części odpadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Gminy ██████, podczas gdy to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia tych poziomów, czemu służy wykonywanie obowiązków określonych w treści art. 3b ust. 1 ucpg,
- postanowienia odnoszące się do zobowiązań Zamawiającego co do koniecznego współdziałania z Wykonawcą w celu wykonania narzucanego Wykonawcy jednostronnie obowiązku osiągnięcia tych poziomów, w istocie narzucają tylko dodatkowe obowiązki na Wykonawcę i tylko iluzorycznie spełniają wymogi współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą,
- poza odpadami odbieranymi przez Wykonawcę, na terenie Gminy ██████ niezależnie od umowy, która zostanie zawarta w ramach niniejszego postępowania, odbierane są odpady od części właścicieli nieruchomości niezamieszkałych przez inne podmioty wpisane do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Gminy ██████, a właściciele nieruchomości mają prawo do przekazywania odpadów także do innych miejsc zbierania odpadów na terenie gminy oraz poza nią (tzw. punktów skupu surowców wtórnych lub punktów przyjmowania odpadów), podczas gdy dokumentacja niniejszego postępowania czyni Wykonawcę tego zamówienia publicznego odpowiedzialnym za osiągnięcie wyżej wskazanych poziomów pomimo, że właściciele nieruchomości odpady nadające się do recyklingu mogą przekazywać do innych podmiotów, a tym samym prowadzić do obniżenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na skutek działań podejmowanych przez samych właścicieli nieruchomości,
- 14 kwietnia 2023 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi, wprowadzająca w Polsce tzw. system kaucyjny polegający na tym, że butelki jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje o pojemności do trzech litrów, włącznie z ich zakrętkami i wieczkami z tworzyw sztucznych, z wyłączeniem szklanych lub metalowych butelek na napoje, których zakrętki i wieczka są wykonane z tworzyw sztucznych, puszki metalowe o pojemności do jednego litra, butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do półtora litra, będą obciążone kaucją, która będzie zwracana w chwili zwrotu wyżej wskazanych opakowań do sklepów, przez co znacząco zmniejszeniu ulegnie masa odpadów segregowanych odbieranych w ramach umowy, a w konsekwencji od 1 stycznia 2025 roku nie będzie istniała możliwość wykonania obowiązków, o których mowa powyżej wobec braku odpadów nadających się do recyklingu w strumieniu odpadów, które będą przekazywane do odbioru przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy w stopniu umożliwiającym osiągnięcie tych poziomów,
- Wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jakie odpady zostaną przez mieszkańców umieszczone w pojemnikach przeznaczonych do odbioru przez Wykonawcę, wobec czego nie ma wpływu na skład tych odpadów,

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania,
3. zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia w treści § 1 ust. 1 odniesienia do zobowiązania Wykonawcy do osiągnięcia wskazanych tam poziomów, a także wykreślenia § 2 ust. 3 pkt 9) lit. e) oraz § 7 ust. 1 oraz w § 11 ust. 1 PPU, ewentualnie:
4. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany § 7 ust. 1 PPU, przez nadanie mu następującej treści:

„Zamawiający zobowiązuje się do współpracy w celu wykonania umowy, w szczególności przy przekazywaniu drogą elektroniczną informacji niezbędnych dla prawidłowego wykonywania umowy, w szczególności informowania o zmianach w liczbie i adresach nieruchomości objętych obowiązkiem odbierania odpadów komunalnych oraz sposobie gospodarowania odpadami komunalnymi. Zamawiający zobowiązuje się do:

1. wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpg wobec wszystkich nieruchomości, co do których Wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania Wykonawcy o toku poszczególnych postępowań,
2. przeprowadzenia w prasie lokalnej co najmniej 6 akcji edukacyjnych polegających na publikacji zasad selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, składu odpadów najbardziej przydatnych do recyklingu oraz konsekwencji nieprawidłowego gromadzenia odpadów komunalnych, co najmniej raz w miesiącu, obejmującej co najmniej jedną szpaltę,
3. przeprowadzenia w okresie kwiecień-maj wspólnie z Wykonawcą pikniku o charakterze ekologicznym wraz z prezentacjami promującymi prawidłową segregację odpadów oraz zwracającą uwagę na skład odpadów, jakie są najlepsze w celu prowadzenia ich recyklingu,
4. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w odniesieniu do nieruchomości wielolokalowych w ilości co najmniej 100 nieruchomości miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcie postępowań, o których mowa w ust. 1 powyżej, a także informowania o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,
5. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli miejsc, w których prowadzone jest zbieranie odpadów komunalnych na terenie Gminy ██████, pod kątem rzetelności ewidencjonowania przyjmowania odpadów komunalnych przez podmioty posiadające pozwolenia na zbieranie na terenie Gminy ██████ oraz terminowego złożenia oraz rzetelności sporządzania przez te podmioty sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 9nb ucpg.

6. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli złożenia i rzetelności sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi.

W przypadku zaniechania przez Zamawiającego wykonania którychkolwiek obowiązków, o których mowa powyżej, § 11 ust. 1 Umowy nie znajduje zastosowania.

oraz przez dodanie w treści § 11 ust. 1 po jego dotychczasowej treści:

„przy czym należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg za dany rok (a w przypadku obowiązywania Umowy przez okres krótszy niż rok w danym roku kalendarzowym – kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg za dany rok pomnożona przez wynik dzielenia masy odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę w ramach niniejszej Umowy w danym roku kalendarzowym w stosunku do masy wszystkich odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Gminy ██████ w danym roku), pomniejszona o opłaty podwyższone o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpg oraz pieniężne kary administracyjne, o których mowa w art. 9x ust. 2 i 3 ucpg, nałożone ostatecznymi decyzjami Prezydenta Miasta Zamawiającego lub Samorządowego Kolegium Odwoławczego, które są należne za dany rok, przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg, to znaczy winien złożyć odwołanie od decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego a także wykorzystać w pełni możliwość uzyskania zawieszenia, a następnie umorzenia administracyjnej kary pieniężnej zgodnie z przepisami ucpg (przy czym Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych wniosków lub środków odwoławczych, a Wykonawca winien tą argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym złożenie wniosku lub środka odwoławczego); kara ta będzie wymagalna w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, o których mowa powyżej”,
względnie

5. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany § 11 ust. 1 PPU, przez ustalenie, że kara wyniesie połowę wskazanego tam iloczynu.

UZASADNIENIE

W ocenie Odwołującego, doszło w sprawie do naruszenia przepisów Pzp, w szczególności przez naruszenie praw wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a to na skutek naruszenia równowagi Stron stosunku zobowiązaniowego i wykorzystanie przez Zamawiającego pozycji uprzywilejowanej jako autora dokumentacji postępowania i umowy w stopniu, który narusza powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w tym art. 3531 i art. 5 k.c.

W związku z tym Odwołujący wniósł pierwotne odwołanie w stosunku do opublikowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej, które było rozpoznawane w KIO 2900/24. Na skutek zmian dokonanych przez Zamawiającego 26 sierpnia 2024 r., 30 sierpnia 2024 r. doszło do umorzenia postępowania.

W odniesieniu do przedmiotu niniejszego odwołania, Zamawiający w istocie na nowo ukształtował obowiązki związane z koniecznością osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Faktycznie, modyfikując OPZ oraz PPU, wprowadził dodatkowe obowiązki w stosunku do Wykonawcy przez przerzucenie obowiązków przeprowadzenia akcji edukacyjnych właśnie na wykonawcę (jedynie wskazując na konieczność dokonania niektórych uzgodnień z Zamawiającym w zakresie tych akcji), ale nie zmieniając w tym zakresie obowiązków Zamawiającego w jakimkolwiek stopniu w kierunku tych zmian, które były wnioskowane w postępowaniu KIO 2900/24, a mogłyby mieć faktyczny wpływ na osiągnięte poziomy recyklingu; oznaczałoby to bowiem konieczność przeprowadzenia postępowań administracyjnych o nałożenie opłat podwyższonych w stosunku do właścicieli nieruchomości - wyborców, przed czym Zamawiający się wzbraniają.

Zamawiający w ramach dokonanych zmian całkowicie zmienił zasady naliczania kary umownej tytułu braku osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, zmniejszając je stopniowo w miarę wzrastania osiągniętych poziomów. Nie zmienia to jednak faktu, że: - w ten sposób w dalszym ciągu w ramach umowy obecne jest zobowiązanie Wykonawcy, które jest niemożliwe do osiągnięcia,

- kara umowna może przekroczyć w sposób znaczący karę, która mogłaby być płatna przez Zamawiającego na rzecz Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, prowadząc w ten sposób w istocie do wzbogacenia się Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz składowania

Zamawiający wskazał w treści PPU na zobowiązanie Wykonawcy do osiągnięcia odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania zastrzegł, że w przypadku nieosiągnięcia poziomów, o których mowa powyżej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę za nieosiągnięcie tych poziomów określoną w treści § 11 ust. 1 PPU.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreśla, że nie neguje konieczności postępowania z odpadami komunalnymi zgodnie z przepisami prawa, w tym w szczególności zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami komunalnymi. Z tej też przyczyny w całości zgadza się z tym, że Wykonawca w ramach realizacji niniejszego zamówienia publicznego, winien zapewniać zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi

przepisami prawa. Odwołujący także nie kwestionuje, że prowadzone przez Wykonawcę zamówienia winny umożliwiać Zamawiającemu osiągnięcie wskazanych poziomów.

Odwołujący natomiast kwestionuje pozostałą część skarżonych, a to z uwagi na kształt systemu gospodarki odpadami komunalnymi w kraju, który już obecnie w praktyce uniemożliwia osiągnięcie wysokich poziomów odzysku i recyklingu odpadów (które w roku 2024 wynoszą już 45%, a w kolejnych latach wzrastają), przy czym w roku 2025 wchodzi w życie kolejna zmiana w tym zakresie, to jest wprowadzony zostanie system kaucyjny, który doprowadzi do usunięcia z odpadów odbieranych przez Wykonawcę znaczącej masy odpadów nadających się do recyklingu, przez co wręcz drastycznie spadnie poziom recyklingu w ramach samych umów obejmujących odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. W założeniu bowiem ustawodawcy, odpady nadające się do recyklingu znajdą się poza masą odpadów odbieranych przez takich przedsiębiorców jak Odwołujący, a będą zbierane w sklepach i przekazywane podmiotowi reprezentującemu, na podstawie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi. Już obecnie dostrzegalne jest ograniczanie zawartości surowców wtórnych w odpadach, bowiem poszczególne podmioty, w tym sieci sklepów, zaczynają wprowadzać projekty pilotażowe, zbierając opakowania po napojach, co wpływa już w sposób istotny na poziom, jakie będą mogły zostać osiągnięte w roku 2024.

Powszechnie się przyjmuje, że poziom skuteczności systemu kaucyjnego w Polsce, po jego uruchomieniu, może osiągnąć 90%. Oznacza to, że 90% podstawowego strumienia odpadów nadających się do recyklingu, zostanie „wyjętych” z odpadów odbieranych przez wykonawcę niniejszej usługi.

Powyższe co do zasady nie powinno wpłynąć na poziom przygotowania do ponownego użytku i recyklingu odpadów komunalnych osiąganym przez Zamawiającego jako jednostkę samorządu terytorialnego, ponieważ podmioty reprezentujące wprowadzających napoje w opakowaniach będą zobowiązani do składania gminom sprawozdań w oparciu o art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi. Z drugiej jednak strony wpłynie to na poziom osiąganym przez wykonawców usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, bowiem to właśnie ze strumienia w dużej mierze przez te podmioty odbieranego, odpady te zostaną ujęte.

Nie można tak dalece zmieniać systemu gospodarki odpadami komunalnymi, bez uwzględnienia konsekwencji, jakie wystąpią na rynku w odniesieniu do ogromnej części podmiotów, które na tym rynku już funkcjonują. Niestety ustawodawca nie dokonał żadnych zmian w kontekście poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu wymaganych od gmin, ale Gminy – w oparciu o przepisy w szczególności art. 3531 k.c. i art. 5 k.c., nie mogą

wykorzystywać swojej pozycji dominującej w stosunku do Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia i obciążyć go obowiązkami, które nie są realne do wykonania.

Na problematykę z tym związaną, powołują się także przedstawiciele samorządów, a pomimo tego, Zamawiający w niniejszym postępowaniu ukształtował treść dokumentacji postępowania właśnie w sposób, który wykorzystuje z naruszeniem przepisów prawa swoją pozycję dominującą wobec Wykonawców.

W ocenie Odwołującego zapisy naruszają przepisy prawa wskazane na wstępie, bowiem obciążają wyłącznie Wykonawcę odpowiedzialnością za brak osiągnięcia wskazanych poziomów, podczas gdy to Zamawiający jest przede wszystkim odpowiedzialny z ich osiągnięcie, co wynika wprost z przepisów prawa administracyjnego, to znaczy z treści ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a dokładnie z treści art. 3b tejże ustawy.

Największa masa odpadów, jaka podlega odbiorowi z terenu Gminy ██████, to zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne 20 03 01. W roku 2022 na terenie Gminy wytworzono 1773,644 Mg odpadów komunalnych, z czego odpadów o kodzie 20 03 01 było 942,32 Mg. W roku kolejnym (2023) łącznie odebrano 1.901,358 Mg odpadów komunalnych, z czego 942,02 Mg odpadów to odpady zmieszane.

Trzeba wskazać, że z odpadów tej frakcji stopień recyklingu jest znikomy, wahający się w zależności od instalacji komunalnej oraz od składu odpadów w zakresie od 1 do 4 % (gdzie należy przypomnieć, że w roku 2024 poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu wynosi 45%, w roku 2025 już 55%, a w roku 2026 – 56%).

Żadna z instalacji komunalnych nie deklaruje możliwości ich osiągnięcia w wyższym stopniu, a z uwagi na zakładane przy tzw. rewolucji śmieciowej bilansowanie się tworzonych instalacji z masą odpadów wytwarzanych na terenie funkcjonujących wówczas regionów gospodarki odpadami komunalnymi, większość instalacji przyjmuje odpady z pewnych określonych gmin, z których to odpady są do nich kierowane już od szeregu lat, i nie dysponują wolnymi mocami przerobowymi. To z kolei skutkuje tym, że odpady z Gminy kierowane były dotychczas do szeregu instalacji, z których żadna nie osiągnęła wyższych poziomów

Dowody: - analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy ██████ za lata 2021 - 2023

Odpady o kodzie 20 03 01 stanowią większość odpadów odbieranych z terenu Gminy, to aż 53,129% odpadów. W 2023 odpady zmieszane stanowiły 49,544% ogółu odpadów.

Potwierdza się zatem pewien stały udział odpadów zmieszanych w ogólnej masie odbieranych odpadów komunalnych, a tym samym brak faktycznej możliwości osiągnięcia 45% i wyższych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych w ramach umowy zawieranej pomiędzy Zamawiającym oraz wykonawcą usługi objętej niniejszym postępowaniem.

W konsekwencji zatem, pozostałych zatem odpadów podlegających odbiorowi jest niecałe 47 – 50,5%, co powoduje, że już z tej tylko przyczyny nie ma faktycznej możliwości, aby uzyskać poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych w wysokości 45% w roku 2024, a tym bardziej 55% w roku 2025 i 56% w roku 2026.

W aktualnym stanie prawnym, odpady budowlane, które są ujęte w wyżej wskazanych wyliczeniach, nie stanowią już obecnie odpadów komunalnych, wobec czego nie podlegają uwzględnieniu w ustaleniu osiągniętych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu.

Powyższe także potwierdza, że osiągnięcie poziomu recyklingu i ponownego przygotowania odpadów komunalnych na poziomie 45% w roku 2024 jest niemożliwe, bowiem odpadów selektywnie zbieranych jest tylko około 47-50,5%, a nie wszystkie te odpady faktycznie nadają się do recyklingu.

Mając na uwadze wieloletnie doświadczenie Spółki, z odpadów segregowanych odbieranych z terenu gmin, możliwych do recyklingu i przygotowania do ponownego użycia jest około: 75% - w przypadku odpadów papieru, 1% - w przypadku odpadów metalu, 70% - w przypadku odpadów szkła, 20% - w przypadku odpadów z tworzyw sztucznych, 5% - w przypadku odpadów wielkogabarytowych.

W tych frakcjach odpadów zawarta jest znaczna część zanieczyszczeń (np. resztki po jedzeniu, zabrudzony i zatłuszczony papier, który nie nadaje się do recyklingu w papierniach, szkło lustrzane, fajans itp.).

Jednocześnie część odpadów – w szczególności gromadzonych w PSZOK – można jedynie poddać unieszkodliwianiu, a nie recyklingowi. Tak jest w szczególności w przypadku odpadów niebezpiecznych takich jak farby, opakowania po farbach, inne odpady zawierające rtęć, urządzenia zawierające freony, leki inne niż wymienione w 20 01 31.

Uwzględniając ilości poszczególnych odpadów w tych kategoriach, jeszcze bardziej obniżeniu ulega masa odpadów, jakie mogą być poddane recyklingowi i ponownemu przetworzeniu.

W obecnych warunkach z terenu Gminy ██████ możliwe jest osiągnięcie poziomu nie wyższego aniżeli 40-43%, a to na skutek znacznej ilości odpadów w pojemnikach na odpady zmieszane na skutek nieprawidłowej segregacji odpadów.

Wykonawca natomiast:

- nie ma wpływu na to, co właściciele nieruchomości umieszczą w pojemnikach na odpady zmieszane (niesegregowane),
- nie ma wpływu na przekazywanie odpadów nadających się do recyklingu (np. metale, szkło, papier) do punktów skupu i innych miejsc zbierania odpadów (w tym do miejsc zbierania

odpadów na terenie innych gmin – np. przy okazji dojazdu do pracy mieszkańców gminy ██████,

- nie ma wpływu na przekazywanie odpadów opakowaniowych szklanych (tzw. zwrotnych) do sklepów w zamian za kaucję (podczas gdy odpady te następnie są przygotowywane przez podmioty wprowadzające napoje do ponownego użytku, a zatem powinny być uwzględniane w osiągniętych przez gminę poziomach recyklingu i przygotowania do ponownego użycia),

- w roku 2024 i kolejnych tym bardziej nie będzie miał wpływu na oddawanie szeregu rodzajów odpadów opakowaniowych do sklepów, które będą obniżały jeszcze bardziej masę odpadów selektywnie zbieranych odbieranych w ramach Umowy, skutkując jeszcze wyższym udziałem odpadów zmieszanych oraz innych odpadów nienadających się do recyklingu w masie odpadów komunalnych odbieranych w ramach Umowy,

- nie ma wpływu na właścicieli nieruchomości niezamieszkałych i podmioty odbierające odpady z takich nieruchomości; podmioty te natomiast wytwarzają duże ilości odpadów nadających się do recyklingu, w szczególności papieru i tektury, który to odpad – w odróżnieniu od tego samego rodzaju odpadu odbieranego z nieruchomości zamieszkałych – najczęściej jest odpadem czystym, bez zabrudzeń np. po żywności, przez co bardzo dobrze nadającym się do recyklingu.

Zgodnie z postanowieniami ucpg Wykonawca posiada wyłącznie wpływ na odpady selektywnie gromadzone, bowiem w tym przypadku – jeśli stwierdzi nieprawidłowość w zakresie selektywnej zbiórki odpadów przez mieszkańców – ma obowiązek poinformować właściciela nieruchomości o nieprawidłowej segregacji odpadów, ale w konsekwencji – ma obowiązek odebrać te odpady jako zmieszane. Brak jest natomiast mechanizmu „odwrotnego”, w ramach którego możliwe byłoby stwierdzenie obowiązku „rozsegregowania” odpadów zmieszanych przez właściciela nieruchomości.

Warto w tym miejscu także wskazać, że w roku 2024 obowiązuje uzyskanie wagowo 45% odpadów przygotowanych do ponownego użycia lub poddanych recyklingowi, z uwagi na skokowy wzrost przewidzianych poziomów aż do 2025 roku, kiedy osiągnie poziom 55% (i wówczas ten wzrost zwolni aż do 2035 roku).

Wobec powyższego stwierdzić należy, że Wykonawca nie będzie miał możliwości uzyskania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

Dowód: - opinia biegłego z zakresu gospodarki odpadami na potwierdzenie faktu braku możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu w latach 2024, 2025 i 2026 na terenie Gminy ██████ z uwagi na skład odpadów przekazywanych do odbioru i ich jakość, a także wprowadzenie systemu kaucyjnego.

Kolejną kwestią pozostaje także to, że zarówno zgodnie z polską ustawą o odpadach jak i regulacjami europejskimi, obowiązuje zasada, że to zanieczyszczający płaci jak chodzi o gospodarkę odpadami. Jeśli zatem mieszkańcy wytwarzają odpady, których recykling nie jest możliwy, to winni ponieść z tego tytułu odpowiedzialność. Przerzucenie zatem odpowiedzialności w niniejszym przypadku na Wykonawcę narusza art. 22 ustawy o odpadach oraz dyrektywę 2004/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu, jak również art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy bowiem tym samym sprowadza się do zwolnienia z odpowiedzialności faktycznych sprawców zanieczyszczenia, a przenosi na Wykonawcę.

Ponadto wskazać należy, że istnieje obowiązek minimalizacji skutków szkody, inaczej nazywany także obowiązkiem współdziałania, który wynika bezpośrednio z treści art. 354 KC, a którego brak w realizacji postanowień zawartych w treści dokumentacji toczącego się postępowania. Zamawiający wprost przerzuca konsekwencje swojego działania lub zaniechania na Wykonawcę usługi. Tymczasem, na podstawie art. 354 § 1 KC dłużnik powinien wykonywać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób im odpowiadający. § 2 tego przepisu zakłada zaś, iż w taki sam sposób wierzyciel (w tym przypadku Zamawiający) powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania, czego Zamawiający w niniejszym postępowaniu jednoznacznie odmawia.

Wskazać bowiem należy, że w treści Umowy, której wyłącznym autorem jest Zamawiający, brak jest jakichkolwiek obowiązków Zamawiającego, których wykonanie mogłoby choćby zbliżyć Wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych.

Przepis art. 354 kc stanowi w pewnym sensie odpowiednik ogólnej normy art. 56 k.c. dotyczącej treści stosunków prawnych wynikających z czynności prawnej, w której dla określenia treści czynności prawnej znajdują również zastosowanie oceny płynące z zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Powinności stron związane z określonym sposobem wykonania zobowiązania są elementem treści zobowiązania. Zakresy obu przepisów jednak tylko częściowo się przecinają. Wpływa na to przede wszystkim okoliczność, że art. 354 ma zastosowanie do wszystkich rodzajów zobowiązań bez względu na źródło ich

powstania: czynność prawna, czyn niedozwolony, bezpodstawne wzbogacenie, ustawa, akt administracyjny itp.

Odnosząc się bezpośrednio do obowiązków Zamawiającego to wskazać w tym miejscu trzeba na przepis art. 3 Ustawy z 13 września 1996 r. ucpg określającego szereg obowiązków gminy. Wypełnienie tych obowiązków ma służyć poprawie gospodarowania odpadów na jej terenie. Jak wynika z art. 2 ucpg Gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności /.../:

W przypadku jednak tzw. systemu gminnego, ustawodawca jednoznacznie obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i ewentualną karą, obciążył gminę, a na poziomy osiągnięte przez gminę składa się szereg podmiotów, które także zbierają w szczególności odpady nadające się do recyklingu, które w ten sposób są „wyjmowane” ze strumieni odpadów odbieranych przez Wykonawcę usługi objętej niniejszym postępowaniem.

Nie jest z pewnością zgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa przerzucenie na wykonawcę usługi wymogu stawianego przez przepisy prawa administracyjnego, a już w szczególności gdy Zamawiający nie wskazuje, w jaki sposób zamierza realnie współdziałać, aby w ogóle osiągnięcie wymaganych poziomów stało się możliwe.

Co warto zauważyć, kara administracyjna płacona przez gminę powinna pochodzić ze środków otrzymywanych przez gminę od właścicieli nieruchomości. Jest zatem oczywiste, że jeśli osoby te w sposób nieprawidłowy segregują odpady, to i te osoby finalnie powinny być obciążone negatywnymi konsekwencjami swojego postępowania, a nie podmiot świadczący usługę zgodnie z przepisami prawa, to jest przekazując odpady do zagospodarowania zgodnie z zasadami bliskości i postępowania z odpadami.

Mając na uwadze, że Zamawiający nie wypełnił szeregu wyżej wskazanych obowiązków m.in. w zakresie działań edukacyjnych i informacyjnych dotyczących prawidłowej gospodarki odpadami (w tym w kontekście tego, jakie odpady np. z tworzyw sztucznych nadają się do recyklingu, a jakie nie), jak również w odniesieniu do postępowań o nałożenie opłat podwyższonych w związku z nieprawidłową segregacją odpadów, należy uznać, że nie zrobił niczego, by zapewnić prawidłową gospodarkę odpadami oraz aby uzyskać wymagane prawem poziomy recyklingu.

Co należy po raz kolejny podkreślić, to na Zamawiającego zostały nałożone ustawowe obowiązki m.in. w zakresie dyscyplinowania mieszkańców do selektywnego zbierania odpadów, gdyż to Gmina, jako podmiot publiczny, dysponuje dodatkowymi instrumentami prawnymi, do których z korzystania nie jest uprawniony Wykonawca. Gmina posiada m.in. możliwość nałożenia na mieszkańców wyższej opłaty za gospodarowanie odpadami w

sytuacji, w której to pomimo złożenia deklaracji na odpady selektywnie zbierane, mieszkańcy nie dopełniają obowiązku segregacji odpadów.

Jak wynika z wyżej przytoczonych przepisów to gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, m.in. przez zapewnienie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Przy czym selektywne zbieranie odpadów komunalnych jest jedną z metod służących do osiągnięcia przez gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu. W przypadku niskiej świadomości mieszkańców (na którą Wykonawca nie posiada jakiegokolwiek wpływu) nie będzie możliwe uzyskanie wymaganych prawem poziomów recyklingu.

W tym stanie rzeczy, obowiązek nałożony przez Zamawiającego na Wykonawcę jest obowiązkiem niewykonalnym. Na uwagę zasługuje również fakt, że obok Wykonawcy występować będą kolejne podmioty, które są odpowiedzialne za procesy związane z odbieraniem lub zbieraniem odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie nieruchomości w tym:

- inne miejsca zbierania odpadów na terenie gminy oraz poza terenem gminy, gdzie trafiają odpady selektywnie gromadzone, które „normalnie” znalazłyby się w pojemnikach/workach przekazywanych Wykonawcy do odbioru i zagospodarowania (mające najczęściej charakter surowcowy),
- podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, na które to podmioty – w przypadku braku osiągnięcia poziomów recyklingu – Zamawiający może nałożyć administracyjną karę pieniężną na podstawie przepisów u.c.p.g.,
- sklepy, które już obecnie zbierają odpady np. w ramach systemu kaucyjnego poza ustawowego, a które rozpoczną już stopniowo w roku 2024 wprowadzanie systemu kaucyjnego ustawowego, jak również sklepy które zbierają zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny.

Na okoliczność braku pełnej odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie poziomów zwraca się uwagę w orzecznictwie. Przykładowo WSA w Krakowie w wyroku z 13 marca 2018 r., II SA/Kr 1649/17 wskazał, że: „(...) Sąd stwierdza, że przywołać jednak należy i to spostrzeżenie, w którym sąd zwrócił uwagę na fakt, że art. 9x ust. 2 ucpg nie przewiduje badania zawinienia, jako przesłanki odpowiedzialności. Powyższe powoduje, że organ zwolniony jest od badania tej okoliczności z urzędu. W sytuacji jednak, gdy osoba zagrożona karą podnosi, że nie mogła osiągnąć danego poziomu recyklingu bądź spełnienia pozostałych wymagań określonych w

art. 9g ucpg, z powodów za które nie ponosi odpowiedzialności, może dojść do odstąpienia od wymierzenia kary. Jak słusznie bowiem podniosła skarżąca, odpowiedzialność obiektywna na gruncie wspomnianego przepisu nie jest i być nie może odpowiedzialnością absolutną. Oznacza to w tym przypadku tyle, iż organ nie zajmuje się badaniem strony subiektywnej z urzędu, zatem istnieje tu swoiste domniemanie winy. Jednakże domniemanie to może być obalone przez podmiot zainteresowany”.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że odpowiedzialność Wykonawcy umowy o świadczenie usług jest ograniczona jedynie do obowiązku starannego działania - nie może być ona zobowiązana do osiągnięcia rezultatu. Nawet gdyby jednak tak było, to wówczas należałoby dokonać analogii do umowy o dzieło, w którym to przypadku – jeśli Zamawiający dostarcza materiał do wykonania dzieła (a tak należy w tym przypadku uznawać odpady przekazywane przez Wykonawcę do odbioru), to właśnie Zamawiający jest w istocie odpowiedzialny za to, by materiał ten nadawał się do wykonania tego dzieła (w tym przypadku – osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu). Zgodnie bowiem z przepisami ucpg rolą Gminy jest zapewnienie i propagowanie selektywnej zbiórki odpadów, a także informowanie mieszkańców o tym w jaki sposób przebiegać powinna prawidłowa segregacja odpadów, co zostało już szczegółowo wskazane we wcześniejszej części pisma.

Należy w tym miejscu podkreślić, że jedynie wyłączna wina Wykonawcy, uzasadniałaby powstanie obowiązku zwrotu naliczonej Zamawiającemu kary administracyjnej – czy to w formie odszkodowania, czy – jak w tym przypadku – kary umownej. Skoro zatem Wykonawca nie posiada bezpośredniego wpływu na poziom selektywnej zbiórki odpadów w Gminie, a także na ilość odpadów poddawanych recyklingowi w instalacji, gdyż wykonuje swoje obowiązki zgodnie z treścią Umowy, nie sposób uznać iż to Wykonawca winien zapłacić karę umowną za nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Kara umowna czy świadczenie gwarancyjne co do zasady, może być naliczane w stosunku do wykonawcy zamówienia publicznego wyłącznie w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi następuje z winy wykonawcy. Jak wyjaśniła m.in. KIO w wyroku z 7 maja 2013 roku, sygn. akt KIO 909/13: „Wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia nakładającego na wykonawcę kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności ocenione zostać powinno, w świetle klauzuli generalnej ograniczającej wykonywanie praw podmiotowych oraz zasadę swobody umów poprzez odesłanie do zasad współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 i 353[1] KC, za niewłaściwe”.

W kontekście powyższego stwierdzenia KIO, nie ma znaczenia to, czy w umowie zapisano karę umowną sensu stricte czy świadczenie o charakterze gwarancyjnym.

Obecna treść ustawy Pzp wzmacnia te zasady wskazując, że postanowienia przenoszące na Wykonawcę odpowiedzialność kontraktową za nie swoje działania lub zaniechania, stanowią klauzule abuzywne.

Ponadto zgodnie z art. 471 KC Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Powyższe oznacza, że wina jest obligatoryjną przesłanką naliczenia kary umownej ale także i świadczenia gwarancyjnego. Jeżeli Wykonawca nie ponosi winy, to nie może być mowy o karze umownej lub obowiązku świadczenia gwarancyjnego. Wiąże się z tym również fakt, że podmiot musi ponosić odpowiedzialność za naruszenie ciężącego na nim obowiązku. Brak odpowiedzialności wyłącza możliwość poniesienia negatywnych konsekwencji.

Mając powyższe na uwadze, w odniesieniu do zarzutów dotyczących obowiązku Wykonawcy osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz składowania odpadów komunalnych, wnoszę jak na wstępie odwołania.

Załączniki: prezentacja K. K. z Komitetu Ochrony Środowiska Krajowej Izby Gospodarczej – Nowy System ROP – Oczekiwania Rynku i Perspektywa Wdrożenia, prezentacja A.P – SSW, Abrys – System ROP vs system kaucyjny analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy [REDAKTOWANE] za lata 2021 - 2023

Zamawiający: Gmina [REDAKTOWANE] / Urząd Miasta i Gminy w [REDAKTOWANE] w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w ustosunkowaniu się do zarzutu odwołania wskazuje następujące twierdzenia: Wykonawca zarzucił naruszenie art. 3531, art. 483 § 1, art. 473 § 1, 471, 354 § 2, art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 16 pkt 2) i 3) oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 ustawy PZP, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającą niektóre dyrektywy oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/35/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu w treści § 1 ust. 1, § 2 ust. 3 pkt 9) lit. e) oraz § 7 ust. 1 oraz w § 11 ust. 1 PPU w zakresie

określonej w nich odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie wskazanych tam poziomów przygotowania do ponownego użycia.

Wskazać należy, że Zamawiający, odpowiadając na zarzuty poprzedniego odwołania w dniu 23 sierpnia 2024 r. znacząco złagodził zapisy odnośnie osiągnięcia poziomu recyklingu, poprzez modyfikację § 1 ust. 1, § 2 ust. 3 pkt 9 lit. e i f, § 7 oraz § 11, w którym wskazano, że Wykonawca ma świadczyć usługę w sposób umożliwiający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r. poz. 399), oraz zapisami uchwały numer [REDAKTOWANE] Sejmiku Województwa [REDAKTOWANE] z dnia 26 października 2023 roku w sprawie uchwalenia aktualizacji Planu gospodarki odpadami dla województwa świętokrzyskiego 2023-2028". Co zauważyło KIO w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 2900/24 z 30 sierpnia 2024 r.

Zgodnie z art. 6c ust. 1 „ucpg”, gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Dodatkowo - jak stanowi art. 6c ust. 2 ucpg - rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Z kolei z art. 6d ust. 1 wynika, że realizacja powyższego obowiązku musi polegać na udzieleniu zamówienia publicznego albo na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, albo zarówno na odbieranie, jak i zagospodarowanie tych odpadów. Przy czym z art. 6c ust. 2a ucpg wynika dodatkowo, że dla zorganizowania odbierania takich odpadów od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych obligatoryjny jest tryb przetargu zorganizowanego na podstawie przepisów ustawy pzp. Jednocześnie treść przywołanego powyżej art. 3b ust. 1 ucpg prowadzi do wniosku, że wymaganym rezultatem zorganizowanego w ten sposób przez gminę gospodarowania odpadami komunalnymi ma być osiągnięcie w kolejnych latach kalendarzowych, wskazanych w tym przepisie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu tych odpadów, pod rygorem nałożenia na gminę kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2a pkt 1 ucpg, w wysokości obliczonej w sposób określony w art. 9x ust. 3 ucpg, tj. w uproszczeniu adekwatnie do stopnia nieosiągnięcia obowiązującego w danym roku poziomu. Przy czym w przypadku nieruchomości niezamieszkałych, nieobjętych systemem odbierania odpadów komunalnych, zorganizowanego przez gminę analogicznie wyliczane kary pieniężne obciążają już z mocy prawa bezpośrednio przedsiębiorcę, z którym właściciel takiej nieruchomości zawarł umowę na odbieranie odpadów komunalnych (art. 9g pkt 1 w zw. z art. 9x ust. 2 pkt 1 i ust. 2 ucpg).

Z uwagi na powyższe uwarunkowania prawne wydaje się, że niezadbanie przez gminę o zastrzeżenie w umowie, w sprawie zamówienia publicznego, dotyczącego gospodarowania odpadami komunalnymi, wytwarzanymi na jej obszarze, kar umownych, odpowiadających

administracyjnoprawnym karom pieniężnym, które sama poniesie w razie nieosiągnięcia wymaganych przepisami poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, należałoby poczytać za udzielenie takiego zamówienia w sposób niezapewniający odpowiednio: po pierwsze - najlepszej jakości usługi, pomimo że jest to uzasadnione charakterem tego zamówienia, w ramach środków, które może przeznaczyć na jej realizację, po drugie - uzyskania najlepszych efektów, w tym społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych.

Jak to trafnie wywiedziono w uzasadnieniu wyroku z 13 czerwca 2022 r. KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22, KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22 - biorąc pod uwagę przepisu ustawy o ucpg nie może dziwić, że gmina organizując odbieranie odpadów komunalnych przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciąża wykonawcę takiego zamówienia obowiązkiem, którym sama została przez ustawodawcę obciążona. W tym kontekście przeniesienie do opisu przedmiotu zamówienia wskaźnika w wysokości określonej w ucpg nie stanowi naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa. Ponadto uwolnienie od tego obowiązku wykonawców odbierających odpady komunalne w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu byłoby wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g ucpg obowiązku osiągnięcia określonego w art. 3b ust. 1 ucpg poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Można zatem wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągania wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu.

Jak wskazał to odwołujący i wynika to ze sprawozdań Gminy [REDAKTOWANE], sukcesywnie poprawia się poziom recyklingu na terenie Gminy w roku 2021 wyniósł 26,28%, w roku 2022 r. wyniósł 36,05%, a w roku 2023 wyniósł 43,92%. Wynika to z faktu, że Gmina ciągle edukuje swoich mieszkańców w zakresie prawidłowych metod segregacji odpadów i w tym celu uruchomiono w roku 2024 aplikację, która pozwala w wypadku wątpliwości mieszkańca, w którym pojemniku umieścić odpad, uzyskać taką informację. Za pomocą tejże aplikacji również rozsyłane są również komunikaty o prawidłowej segregacji odpadów.

Dowód: - umowa na aplikację, na fakt posiadania przez Gminę [REDAKTOWANE] aplikacji do edukacji mieszkańców

- oferta aplikacji „Kiedy śmieci” na fakt że za pomocą aplikacji mieszkaniec pozyska informację o prawidłowej segregacji odpadów.

Trudno również mówić, że system kaucyjny w całości pozbawi Gminę możliwości ich wykazania w strumieniu odpadów ulegających recyklingowi, biorąc pod uwagę zapisy ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (Dz. U. z 2024 r. poz. 927, ze zm.). Ustawa bowiem zakłada zmianę w zakresie sprawozdawczości dotyczącej odpadów komunalnych. Podmiot reprezentujący jest obowiązany do sporządzenia

rocznych sprawozdań o odpadach opakowaniowych zebranych z jednostek handlu detalicznego i hurtowego oraz innych punktów zbierających opakowania i odpady opakowaniowe objęte systemem kaucyjnym. Sprawozdanie podmiot reprezentujący będzie obowiązany złożyć wójtowi, związkowi międzygminnemu albo związkowi metropolitalnemu w terminie do dnia 31 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy oddzielnie dla każdej gminy, w której takie odpady zostały odebrane (art. 40p ustawy). Sprawozdanie obejmie m.in. informacje o masie odpadów opakowaniowych zebranych w ramach systemu kaucyjnego oraz masie tych odpadów przygotowanych do ponownego użycia i do recyklingu. W związku z powyższym odpady zebrane w danej gminie z jednostek handlu detalicznego i hurtowego oraz innych punktów zbierających opakowania i odpady opakowaniowe objęte systemem kaucyjnym, a następnie przekazane do recyklingu będą mogły zostać rozliczone w ramach sprawozdań gminnych. Zatem również nadal te odpady będą wpływać na poziom recyklingu w gminie Zamawiającego.

Odnosząc się do wskazania, iż Wykonawca nie ma wpływu na odpady selektywnie zbierane przez mieszkańców, bowiem nie może nakazać im rozsegregowania śmieci, jest sprzeczne warunkami wskazanymi w PPU, bowiem jak wskazał Zamawiający w § 2 ust. 3 pkt 3 lit. h PPU, w wypadku stwierdzenia, że odpady są źle posegregowane ma pozostawić odpady z informacją dla mieszkańca, o konieczności ich przesegregowania. Z czynności tej zobowiązany jest wytworzyć dokumentację fotograficzną i poinformować Zamawiającego. Jest to praktykowane już w obecnej umowie z Wykonawcą i sytuacje takie obecnie zdarzają się bardzo sporadycznie, bowiem mieszkańcy mają świadomość, że odpady nie zostaną od nich odebrane w takim wypadku.

Zamawiający w ww. zmianie zmodyfikował także zasady naliczania kar za nieosiągnięcie poziomu recyklingu, dzieląc odpowiedzialność pomiędzy Gminę a Wykonawcę, w tak znaczący sposób, że po osiągnięciu jak wskazał sam odwołujący (str. 10 odwołania 5 akapit) poziomu co najmniej 41%, zmniejszył karę do jedynie 100 zł/Mg, gdzie Gmina zobowiązana będzie zapłacić kwotę 375,25 zł za jeden Mg, zgodnie z pkt 2 obwieszczenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 4 sierpnia 2023 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2024 (M.P.2023.914), należy uznać za system sprawiedliwy, bowiem po stronie Zamawiającego głównie będzie leżał obowiązek jej zapłaty.

Zamawiający uznaje fakt, że Wykonawca odbierający i zagospodarowujący odpady nie ma wpływu na szereg okoliczności, od których zależy ostatecznie osiągnięty poziom recyklingu. W szczególności wykonawca nie ma wpływu na rzetelność segregowania odpadów przez ich wytwórców, czyli głównie - mieszkańców gminy, na obowiązujące przepisy prawa, w tym na sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, czy też na sposób

funkcjonowania w Polsce od 2025 r. systemu kaucyjnego. Nie oznacza to jednak, zdaniem Zamawiającego, że wykonawca może zostać zwolniony z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, skoro poziomy te zostały określone przez ustawodawcę i stanowią obligatoryjny wymóg dla Zamawiającego, który w tym stanie rzeczy uprawniony jest do postawienia tożsamy wymogów wykonawcy (por. wyrok KIO 102/24). KIO w tym orzeczeniu dopuściło do pokrywania przez Wykonawcę połowę opłaty, jaką zobligowana będzie Gmina uiszczać, mając już na względzie wejście systemu kaucyjnego. Natomiast zaproponowany system przez Zamawiającego ma mobilizować Wykonawców do osiągnięcia jak najwyższego poziomu recyklingu. I jak sam wskazał odwołujący możliwy poziom do osiągnięcia to 41%. Zatem Zamawiający przewidział za niedotrzymanie tego poziomu znacznie niższą karę bo wynoszącą jedynie 26,5% jej wysokości.

Trudno również uznać co odwołujący miał na myśli wskazując, że Gmina ma zamiar zarabiać na nakładanych karach na Wykonawcę, bowiem w żadnym z punktów § 11 ust. 1 kara za 1 Mg nie przekracza kary, jaką ma zapłacić Gmina z tytułu niedotrzymania poziomu recyklingu. Warto również zaznaczyć, jakie obciążenie może być nałożone na Wykonawcę, biorąc pod uwagę poziom możliwy do osiągnięcia w gminie. Będą to kary w wysokości około 5 – 6 tys. złotych, co przy umowie o wartości przekraczającej progi unijne należy uznać za symboliczne. Ponadto wskazać należy, że również nie ma racji Wykonawca, iż Gmina pokrywając kary za niedotrzymanie poziomu recyklingu może to uczynić z wpłat do systemu od mieszkańców. W odpowiedzi RIO, którą przedkłada się w załączeniu jako dowód w sprawie, wskazano, że „środki z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi nie mogą być wykorzystane na cele niezwiązane z pokrywaniem kosztów funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi”. Izba wyjaśnia, że kluczowe regulacje prawne w tym zakresie zostały zawarte w art. 6r ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. - W ocenie tut. Izby przywołane wyżej regulacje prawne powinny być interpretowane w sposób ścisły, co oznacza dopuszczalność pokrywania m.in. ww. kosztów obsługi administracyjnej funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, lecz tylko takich, które są bezpośrednio związane z tym systemem. Nie ma jednak podstaw, aby pokrywać z ww. opłat kosztów, które są skutkiem braku realizacji przez gminę określonych wymogów wynikających z przepisów ww. ustawy. Są to bowiem koszty, nie tyle związane z systemem gospodarowania odpadami komunalnymi w rozumieniu ww. przepisów art. 6r ustawy, co ściśle powiązane z nieosiągnięciem wymaganego poziomu recyklingu odpadów – podaje RIO.

Dowód: odpowiedź RIO w Gdańsku z 29 sierpnia 2022 r., że kary powiązane z nieosiągnięciem wymaganego poziomu recyklingu odpadów nie mogą być pokrywane z wpłat mieszkańców

Trudno również zgodzić się, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób współpracy z Wykonawcą w § 7 ust. 5 PPU jest niewystarczający i nie zapewnia realnego współdziałania. Zapisy umowy wręcz przeciwnie włączają Zamawiającego jako partnera w Wykonaniu umowy. Gmina owszem winna edukować swoich mieszkańców i nie uchyla się od tego obowiązku, dlatego zaoferowała pomoc w redakcji treści ulotki opracowywanej przez Wykonawcę, o której mowa w § 2 ust. 3 pkt 10 lit. j umowy oraz po jej opracowaniu zamieszczeniu jej na stronie internetowej Urzędu Miasta i Gminy w [REDAKCYJA]. Jak również zadeklarowała, że zapewni mieszkańcom nieodpłatny dostęp do dedykowanej aplikacji zawierającej harmonogram odbioru odpadów, informacje o prawidłowej segregacji oraz indywidualnie skonfigurowaną wyszukiwarkę odpadów, która to aplikacja była wskazana powyżej w odpowiedzi. Zdaniem Zamawiającego trudno uznać za zasadę umieszczenia w prasie lokalnej, aż 6 akcji edukacyjnych, co najmniej raz w miesiącu, obejmującej co najmniej jedną szpaltę, bowiem w obecnych czasach prasa jest słabym medium, co wynika z zasad doświadczenia życiowego. Mieszkańcy głównie posługują się formą elektroniczną przekazu. Nakład na 7 gmin oraz miasto [REDAKCYJA] (czyli potencjalnych odbiorców około ponad 110 tys.) gazety lokalnej pod tytułem „Gazeta Ostrowiecka” wynosi zaledwie 6000 egzemplarzy. Zatem prędkiej do nich dotrze informacja w sposób zaproponowany przez Zamawiającego niż Wykonawcę. Ponadto zaproponowane ulotki również docierają do każdego domu, są skuteczniejszą formą.

Dowód: oferta aplikacji „Kiedy śmieci” na fakt funkcjonalności aplikacji tj. informowania mieszkańców o zasadach prawidłowej segregacji.

Nie można powiedzieć, że Zamawiający zapisami SWZ i PPU przerzucił odpowiedzialność za edukację mieszkańców na Wykonawcę. Zamawiający zleca ją Wykonawcy za wynagrodzeniem, które powinien wyszacować Wykonawca. Zamawiający nie musi samodzielnie realizować swoich zadań może je zlecać na zewnątrz, co czyni w SWZ i PPU.

Trudno również uznać, że przy każdym zgłoszeniu o nieprawidłowej segregacji śmieci przez mieszkańca należy wszcząć postępowanie administracyjne. Organ winien mieć możliwość autonomii w tym zakresie. Zapisy zaproponowane pozbawiają jej go. Ponadto prowadzenie procedury odwoławczej do ostatniej instancji może jedynie doprowadzić do wzrostu kosztów i być całkowicie ekonomicznie nieuzasadnione. Zapisy uznać należy za wkraczające w rolę organu i za zbyt daleko idące. Wykonawca chciałby wcielić się za pomocą nich w rolę Burmistrza Miasta i Gminy [REDAKCYJA].

W konsekwencji nie może też być uznane za zasadne żądanie przez Odwołującego, aby Zamawiający całkowicie wykreślił z projektu umowy § 11 ust. 1 przewidujący kary umowne za nieosiągnięcie ww. poziomów recyklingu. 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. Żądanie Odwołującego ma więc w istocie na celu zwolnienie go z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, co stoi w sprzeczności nie tylko z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ale także z art. 3531 k.c. choćby w takim w zakresie, w jakim przepis ten wskazuje na ograniczenie zasady swobody umów z uwagi na sprzeczność treści i celu stosunku prawnego z ustawą.

Mając powyższe na uwadze i biorąc pod uwagę uregulowania zawarte w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, domaganie się, aby Zamawiający zrezygnował z zabezpieczenia się przed poniesieniem negatywnych skutków finansowych nieosiągnięcia wymaganych w tej ustawie rezultatów gospodarowania odpadami komunalnymi, a jednocześnie był gotowy zapłacić przedsiębiorcom, którym udzielił dla realizacji tego zadania zamówień, wynagrodzenie w określonej przez nich wysokości na zasadach wysokości, budzi wręcz sprzeciw. Innymi słowy według Odwołujących sprzeczna z zasadami swobody umów (art. 3531 k.c.) byłaby sytuacja i klauzule te są abuzywne, w której przedsiębiorca, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie niniejszego zamówienia, będzie zarabiała na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych wytworzonych na terenie gminy [REDAKTOWANE] a ta, czyli finalnie de facto mieszkańcy gminy, którzy z mocy art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tworzą tę wspólnotę samorządową, ponoszą skutki finansowe, jeżeli nie uda się osiągnąć wymaganych przez przepisy rezultatów gospodarowania tymi odpadami i nie podejmie trudu ich osiągnięcia.

W świetle powyższego wnosi się o uznanie, że Zamawiający nie naruszył powołanych w odwołaniu przepisów.

Załączniki: 3) umowa na aplikację „Kiedy śmieci”; 4) oferta na aplikację „Kiedy śmieci”;
5) odpowiedź Regionalnej Izby Obrachunkowej w [REDAKTOWANE] z dnia 29 sierpnia 2022 r.

W replice na odpowiedź zamawiającego odwołujący podtrzymał stanowisko.

Wskazał, że wniesiona odpowiedź na odwołanie nie zmieniła stanowiska Odwołującego w kwestii dokonanych przez Zamawiającego naruszeń w odniesieniu do wymogu osiągnięcia przez wykonawcę zamówienia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz – w konsekwencji – obowiązku zapłaty kary umownej na rzecz Zamawiającego, która w warunkach niniejszego Zamówienia byłaby z pewnością należne przy utrzymaniu obecnych postanowień dokumentacji przetargowej.

Zobowiązanie, do którego miałby się zobowiązać wykonawca, jest bowiem świadczeniem (zobowiązaniem) obciążonym pierwotną niemożliwością jego wykonania. Fakt, iż

Zamawiający złagodził pierwotne postanowienia w tym zakresie, nie zmieniają wcale tego faktu. Zamawiający w istocie bowiem jedynie ograniczył na skutek wprowadzonych przez siebie zmian wysokość kary umownej, przez co przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za brak osiągnięcia tych poziomów ponad miarę, która powinna być dostosowana do aktualnych warunków rynku gospodarki odpadami, w tym także odpowiednio obciążać Zamawiającego konsekwencjami braku osiągnięcia poziomów, jeśli brak osiągnięcia tych poziomów wynika przede wszystkim ze składu odpadów, jakie są przez mieszkańców gminy Zamawiającego (a zatem przez samego Zamawiającego) przekazywane wykonawcy do odbioru i zagospodarowania odpadów.

Nie można bowiem nie dostrzec, że obowiązek przeprowadzenia recyklingu odpadów jest w istocie obowiązkiem przetworzenia odpadów na surowce czy półprodukty, które będą mogły zostać wykorzystane w dalszym etapie produkcyjnym. Zatem materiał, z którego należy wytworzyć konkretne produkty czy surowce musi nadawać się do tego, aby je wytworzyć. Tak jak z drewna nie wytworzy się szkła czy z tworzywa nie wytworzy się papieru, tak samo z części odpadów nie ma możliwości ponownego wytworzenia materiału o charakterze surowcowym, nadającym się do dalszego przetworzenia. W tym zatem zakresie zobowiązanie wykonawcy w ramach niniejszego zamówienia ma charakter zbliżony do umowy o dzieło, w ramach której Zamawiający dostarcza materiał do wykonania tego dzieła (w tym przypadku przekazuje odpady wytworzone przez mieszkańców zamieszkujących teren gminy). W takim przypadku – gdy materiał dostarczony przez zamawiającego dzieło nie jest odpowiedni do jego wykonania, wykonawca winien go poinformować o tym fakcie – i to właśnie czyni Odwołujący w niniejszej sprawie – informując, że nie wszystkie odpady mogą zostać w taki sposób przetworzone, aby osiągnąć wymagane przez Zamawiającego poziomy recyklingu.

Należy zauważyć bowiem, że w istocie Zamawiający jest odpowiedzialny za to, jakie odpady są przekazywane do odbioru przez Wykonawcę. Zgodnie bowiem z ustawą o samorządzie gminnym – gmina to wspólnota jej mieszkańców. Gminę tworzą jej mieszkańcy. Wobec tego nie może dojść do oddzielenia Zamawiającego od odpowiedzialności za to, jakiego rodzaju i w jakiej masie mieszkańcy Gminy przekazują odpady do zagospodarowania.

Przytoczone przez Zamawiającego przepisy u.c.p.g. odnoszące się do obowiązku ciążącego na gminie co do zorganizowania postępowania przetargowego na odbiór i zagospodarowanie odpadów faktycznie obowiązują. Jednak:

- nie zobowiązują Zamawiającego do tego, aby przenieść kary administracyjne na wykonawcę,
- nie zobowiązują do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego oraz prawa Unii Europejskiej, które są podstawą stawianych zarzutów.

Cytowane natomiast przez Zamawiającego orzeczenia z 13 czerwca 2022 roku wydane zostały w innych warunkach prawnych, w których to:

- poziomy odnoszące się do roku 2023 były niższe – 35%, a nie 55% jak dla roku 2025,
- brak było systemu kaucyjnego, który spowoduje „wyjęcie” z masy odpadów podlegających odbiorowi przez wykonawcę odpadów postaci puszek metalowych na napoje, butelek szklanych na napoje oraz butelek PET, a zatem odpadów, które stanowią wysoki procent odpadów, jakie są przekazywane do odbioru przez mieszkańców i które – co jest istotne – nadają się do recyklingu. W konsekwencji pozostaną do odbioru odpady, które trudniej poddaje się recyklingowi lub które w ogóle takiemu procesowi nie będą mogły zostać poddane.

Mając to na uwadze, nawet jeśli by uznać, że świadczenie jest potencjalnie możliwe do wykonania – w zakresie osiągnięcia poziomów – to z pewnością nie może to prowadzić do sytuacji, w której wykonawca tej usługi będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary wyższej aniżeli tak, która będzie płatna przez Zamawiającego na rzecz właściwego organu. Przy tym jednak – wobec faktu, że gmina posiada możliwości odwoławcze od takiej kary, sporządzenia planu naprawczego, po wykonaniu którego kara może zostać umorzona – winna mieć obowiązek w takim przypadku wykorzystać całą tę ścieżkę, a nie „iść na łatwiznę” przerzucając wprost karę na wykonawcę, nie podejmując się możliwości działań obronnych przed nałożoną na gminę karą, którymi dysponuje.

Odnosząc się do możliwości zaliczenia mas odpadów poddanych recyklingowi w ramach systemu kaucyjnego należy wskazać, że co prawda faktycznie ustawodawca nakazuje podmiotowi reprezentującemu przekazanie odpowiedniej informacji do Gminy, jednak żaden przepis prawa nie wskazuje uprawnienia gminy do zaliczenia tej masy do poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

W dalszej części należy wskazać, że Zamawiający w nadal nie dostrzega problemów selektywnej zbiórki odpadów. Jak wskazano już w treści odwołania – w przypadku odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01 nie ma możliwości nakazania ich rozsegregowania przez mieszkańców. Nawet gdyby była taka prawna możliwość – byłyby one już tak zanieczyszczone (np. papier płynami, co dyskwalifikuje go z jakiegokolwiek recyklingu), tworzywa sztuczne olejami i innymi substancjami, itp., że nie nadawałyby się do ponownego wykorzystania.

W przypadku odpadów selektywnie zbieranych natomiast często taki problem nie zachodzi – istotny jest natomiast skład. Do recyklingu np. nie nadaje się papier magazynowy (błyszczący),

bowiem jest już na tyle zmieniony jego skład, że papiernie go nie przyjmą do ponownego wykorzystania z uwagi na zawarte w nim substancje i mikroplastik.

Podobnie w przypadku tworzyw sztucznych, nie każde tworzywo nadaje się do przetworzenia. Im bardziej złożone tworzywo sztuczne (np. takie pochodzące z zabawek) nie nada się do ponownego przetworzenia, w szczególności z uwagi na to, że jest wzbogacony dodatkowymi substancjami chemicznymi.

Co więcej – dużo łatwiej jest właśnie przeprowadzić recykling z odpadów znajdujących się pojemnikach żółtym, niebieskim i zielonym niż z najbardziej problematycznego pojemnika czarnego – z którego recykling często nie przekracza nawet 1% w warunkach Polski.

Tu należy wskazać, zgodnie z badaniami przeprowadzonymi przez Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy, w ramach odpadów papieru i tektury (niebieski worek), same zanieczyszczenia wynosiły 4,4% (w przypadku wsi) do 6,5% w przypadku miast.

W przypadku tworzyw sztucznych zbieranych selektywnie, zanieczyszczenia wynosiły 3,3% dla wsi do 7% w przypadku miast. Z kolei w przypadku szkła zanieczyszczenia określono na nieco ponad 1%.

W dalszej części raportu Instytut ten wskazuje, że w związku z dokonywaniem wstępnego sortowania odpadów selektywnie zbieranych, należy dokonać korekty masowej związanej z odrzuceniem zanieczyszczeń oraz tych odpadów danej frakcji, które nie nadają się do recyklingu – jeszcze na etapie sortowni odpadów lub instalacji MBP przyjmujących odpady selektywnie zebrane do sortowania.

W przypadku papieru i szkła jest to równoznaczne z brakiem przydatności około 15% masy tych odpadów zebranych selektywnie, a w przypadku odpadów z worka żółtego (tworzywa sztuczne, metale i opakowania wielomateriałowe) – jest to aż 30%.

Dowód: - Morfologia odpadów komunalnych wytwarzanych w Polsce, Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy.

Jak wskazuje natomiast raport „Global Recycling League Table” Phase One report, przygotowany przez Eunomia Research & Consulting Ltd, maksymalny możliwy recykling w odniesieniu do odpadów zmieszanych to 6%. Wskazuje to w odniesieniu do poziomów recyklingu osiągniętych przez Hiszpanię i Niemcy, w odniesieniu do których dokonano

skorygowania oficjalnych danych podawanych przez te kraje z uwagi na to, że raportuje się tam odpady zebrane do recyklingu, a nie faktycznie poddane recyklingowi.

Jak wskazuje raport dla Hiszpanii: „w kraju szeroko stosuje się obróbkę mechaniczno-biologiczną (MBT) , a wszystkie odpady wprowadzane do zakładów MBT są wliczane do wskaźnika recyklingu. W oparciu o naszą wiedzę na temat składu wyjściowego MBT i losów strumieni wyjściowych wykluczaliśmy z tonażu poddanego recyklingowi wszystkie oprócz 6% odpadów trafiających do MBT”.

Podobnie w przypadku Niemiec w raporcie tym stwierdzono: „Ponadto dane liczbowe traktują większość odpadów trafiających do MBT jako pochodzących z recyklingu. Zastosowaliśmy zanieczyszczenia i straty sortowania (aby odzwierciedlić straty materiału między zbiorem a punktem obliczeniowy UE), a także usunęliśmy z tonażu wszystkie odpady trafiające do MBT z wyjątkiem 6%”

Dowód: - część 2.1 i A.2.0 „Global Recycling League Table” Phase One report wraz z tłumaczeniem maszynowym na język polski.

W dalszej części „Global Recycling League Table” Phase One report, potwierdza on występowanie zanieczyszczeń, które są wysortowywane w sortowniach, przy czym przyjmuje on następujące ilości w ramach krajów Unii Europejskiej:

- dla metali – 5%,
- dla papieru – 4%,
- dla szkła – 8%,
- dla tworzyw sztucznych – 25%.

Niemniej, raport ten prezentuje także występujące straty w recyklingu odpadów, do których badanie morfologii odpadów przeprowadzonych przez polski instytut się nie odnosi (bowiem tylko obejmuje badanie samego składu, a nie mas odpadów faktycznie nadających się do recyklingu). Wynoszą one odpowiednio:

- dla metali – 14%,
- dla papieru – 10%,
- dla szkła – 5%,
- dla tworzyw sztucznych – 29%.

Raport ten opiera się już na najnowszych zasadach obowiązujących w Unii Europejskiej, które są również stosowane w Polsce w odniesieniu do określania poziomów recyklingu, to znaczy

przyjmują, że do poziomów recyklingu zostaje zaliczona masa odpadów na wejściu do samego procesu recyklingu, a nie na etapie sortowania wstępnego w sortowni, a także już po sortowaniu odpadów dokonanych przez samego recyklera, który wprowadza odpad do faktycznego procesu recyklingu.

Reasumując, z obu opracowań łącznie wynika, że aktualnie stosowane procesy prowadzące do recyklingu odpadów komunalnych, z uwagi na skład morfologiczny odpadów, w tym szczegółowy skład odpadów danej frakcji (pod kątem nadawania się do faktycznego przeprowadzenia recyklingu) powodują, że w stosunku do odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów należy zastosować następujące korekty masy, aby móc ustalić, jaka jest rzeczywista masa odpadów nadających się do faktycznego recyklingu: - dla metali – 19%,

- dla papieru – 14%,
- dla szkła – 13%,
- dla tworzyw sztucznych – 54%.

Przenosząc to na odpady przewidziane przez Zamawiającego do odbioru w ramach niniejszej Umowy wskazać należy, że:

- przy odebranych odpadach metalu w ilości 2,98 Mg – możliwe jest potencjalnie osiągnięcie recyklingu na poziomie 2,4138 Mg,
- przy odebranych odpadach papieru w ilości 29,86 Mg możliwe jest potencjalnie osiągnięcie recyklingu na poziomie 25,679 Mg,
- przy odebranych ilościach szkła w ilości 152,2 Mg – możliwe jest potencjalnie osiągnięcie recyklingu na poziomie 132,414 Mg,
- przy odebranych tworzywach sztucznych w ilości 289,46 Mg – możliwe jest potencjalnie osiągnięcie recyklingu na poziomie 133,152 Mg,
- przy odbieranych odpadach zmieszanych w ilości 942 Mg - możliwe jest potencjalnie osiągnięcie recyklingu na poziomie około 9,42 Mg.

Dowód: - część A.1.3 „Global Recycling League Table” Phase One report wraz z tłumaczeniem maszynowym na język polski.

Łącznie zatem możliwe byłoby z masy odpadów wskazanych przez Zamawiającego poddanie recyklingowi przeciętnie 303,078 Mg odpadów, dodatkowo uwzględniając możliwość poddania recyklingowi bioodpadów selektywnie zbieranych (masa około 206 Mg), to łącznie możliwe jest poddanie recyklingowi około 30% odpadów, co jest dalekie od poziomu wymaganego 55%. Natomiast

Gmina będzie mogła w swoim sprawozdaniu podwyższyć te masy poprzez uwzględnienie:

- poziomów osiągniętych przez podmioty odbierające odpady od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych

- poziomy osiągnięte poprzez prowadzenie przydomowych kompostowników,
- poziomy osiągnięte z odpadów w punktach skupu surowców wtórnych funkcjonujących na terenie gminy.

Jeśli natomiast faktycznie uda się uzyskać wyższy poziom, to będzie to uzależnione wyłącznie od faktycznego składu odpadów, jakie zostaną wytworzone przez mieszkańców, jednak osiągnięcie aż 55% poziomu recyklingu nie jest możliwe.

Przyczyną dla powyższego jest przede wszystkim znaczne zanieczyszczenie tych odpadów, ale także – w przypadku tworzyw sztucznych – wykorzystywanie w produktach takich rodzajów tworzyw, które nie nadają się do ponownego wykorzystania (pomimo nakazu wynikającego z Dyrektywy UE, aby w Polsce obowiązywał tzw. system ROP, czyli rozszerzona odpowiedzialność producenta).

W konsekwencji, tak bardzo istotne jest to, aby właściciele nieruchomości w jak najlepszym stopniu dokonywali selektywnego gromadzenia odpadów, oddzielając frakcje surowcowe od frakcji nie surowcowej, gromadzonej w pojemniku przeznaczonym na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, bowiem tylko wówczas mają one szansę zostać poddane recyklingowi.

W pozostałym zakresie Odwołujący także podtrzymuje dotychczasowe swoje twierdzenia co do konieczności wzmocnienia współpracy Zamawiającego z wykonawcą w celu osiągnięcia poziomów. Oczywiście – oznacza to więcej pracy również po stronie urzędników Zamawiającego, jednak jest to niezbędne wobec tak wysoko stawianych przez ustawodawcę warunków gospodarowania odpadami komunalnymi przy jednoczesnym braku wprowadzenia do polskiego porządku prawnego rozszerzonej odpowiedzialności producenta, czym Rzeczpospolita Polska już narusza przepisy unijne zobowiązujące kraje członkowskie do wprowadzenia takiej odpowiedzialności producentów. Tym samym nie można przerzucać z kolei kosztów zagospodarowania odpadów – ponownie wbrew treści kolejnej dyrektywy wskazanej w zarzucie stawianym w odwołaniu – na podmiot, który zajmuje się transportem i zagospodarowaniem odpadów.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron 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 przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Rozstrzygnięcie w sprawie wynika z uznania za uzasadnione stanowisko odwołującego wskazującego na zasadę ekwiwalentności świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa zawarta w wyniku przeprowadzonego przez zamawiającego postępowania przetargowego.

Zasadnie podnosi zamawiający, że w celu wykonania ciężącym na nim obowiązków określonych w ucpg, musi on wyłonić wykonawcę za stosowne wynagrodzenie.

W ocenie izby jednakże przewidziany w PPU poziom kar umownych, jakie mają obciążać wykonawcę, jest nadmierny i nieadekwatny do okoliczności, zwłaszcza, że przewidziano kary oparte na zdarzeniach, na które wykonawca w ogóle nie ma wpływu. Fakt, iż Zamawiający złagodził pierwotne postanowienia w tym zakresie, nie zmieniły znacząco tej okoliczności.

Należy przypomnieć, że odwołujący podnosi, iż nałożony przez zamawiającego obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „poziom recyklingu”) jest niemożliwy do spełnienia, co narusza wg niego zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i zasadę współżycia społecznego, a także uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty. Nie ulega wątpliwości, że ww. obowiązek jest oparty na przepisie prawa. W tym kontekście uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia wskaźników pochodnych w stosunku do określonych w ustawie nie może więc stanowić samo w sobie naruszenia przepisu prawa.

Izba zgadza się przy tym z odwołującym, że wykonawca odbierający i zagospodarowujący odpady nie ma wpływu na szereg okoliczności, od których zależy ostatecznie osiągnięty poziom recyklingu. W szczególności wykonawca nie ma wpływu na rzetelność segregowania odpadów przez ich wytwórców, czyli głównie mieszkańców gminy, na obowiązujące przepisy prawa, w tym na sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi, czy też sposób funkcjonowania w Polsce od 2025 r. systemu kaucyjnego, który z dużym prawdopodobieństwem pozbawi wykonawców dostępu do strumienia odpadów najbardziej nadających się do recyklingu. Nie oznacza to jednak, że wykonawca może zostać zwolniony z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, skoro poziomy te zostały określone przez ustawodawcę i stanowią obligatoryjny wymóg dla zamawiającego, który w tym stanie rzeczy uprawniony jest do postawienia tożsamy wymogów wykonawcy.

Zachowanie adekwatnej kary umownej stanowić powinno instrument służący do wyegzekwowania wykonania umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w zakresie tychże poziomów recyklingu.

W świetle powyższego Izba uznała jednocześnie, że Zamawiający nie naruszył powołanych w odwołaniu przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach co do wymagań w zakresie poziomów recyklingu.

W zakresie uwzględnionego zarzutu izba wzięła pod uwagę przede wszystkim wskazany wyżej fakt, że wykonawca nie ma wpływu na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na obowiązujące przepisy, w tym te dotyczące metodologii wyliczenia poziomu recyklingu i na skutki planowanego wprowadzenia systemu kaucyjnego. Wszystkie te okoliczności mają wpływ na to, czy realne będzie osiągnięcie w okresie realizacji umowy poziomów recyklingu wymaganych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przez zamawiającego.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami). Orzeczono stosownie do wyniku uznając, że uwzględniono w połowie zarzuty odwołania, co znalazło tożsamy skutek w kosztach w postaci obciążenia każdej strony połową wpisu tj. kwotą 7 500 zł.

Przewodniczący