



Banaszewska
Gieruń-Banaszewski
Kancelaria Prawna

Wrocław, 1 lipca 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.
ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław
NIP: 8862370555, REGON: 890691182,
KRS: 0000114684
numer telefonu: 71 33 75 125
e-mail: przetargi.ads@alba.com.pl

reprezentowana przez:

adw. dr Annę Banaszewską

adres do doręczeń:

Kancelaria Prawna BGB sc.
ul. Piłsudskiego 3/3, 50-048 Wrocław
numer telefonu: 509 857 574
e-mail: ab@banaszewscy.pl

Zamawiający:

Gmina Głuszycza
ul. Parkowa 9, 58-340 Głuszycza
numer telefonu: 74 84 59 479
e-mail: sekretariat@gluszycza.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Głuszycza w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z tereny Gminy Głuszycza” (numer postępowania: NIBITZKiZP.271.3.8.2024, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE 118/2024 w dniu 19.06.2024 r. pod numerem 361243-2024)

ODWOŁANIE

Działając w imieniu ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Odwołujący”, w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis znajduje

adw. Jadwiga Banaszewska tel. 508 24 13 74, e-mail jb@banaszewscy.pl
r.pr. Zbigniew Gieruń-Banaszewski tel. 501 66 36 47, e-mail: zgb@banaszewscy.pl
adw. Maria Banaszewska tel. 509 39 77 05, e-mail mb@banaszewscy.pl
adw. dr Anna Banaszewska tel. 509 85 75 74, e-mail ab@banaszewscy.pl

się w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: „p.z.p.”), składam odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Głuszyca w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z tereny Gminy Głuszyca” (numer postępowania: NIBITZKiZP.271.3.8.2024, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE 118/2024 w dniu 19.06.2024 r. pod numerem 361243-2024) wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) Naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p., art. 431 p.z.p., art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c. art. 353¹ k.c., art. 387 § 1 k.c. i art. 471 k.c., w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów nieprecyzyjnych i nieuwzględniających wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty, gdyż Zamawiający przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, mimo że:**
 - to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych za dany rok kalendarzowy;
 - Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;
 - mieszkańcy oraz właściciele nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych mogą przekazywać odpady nadające się do recyklingu innym podmiotom niż wykonawca (punkty skupu, zbiórki akcyjne, butelkomaty), co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
 - mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
 - Wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części odpadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy Głuszyca w roku 2024;
 - brak jest w dokumentacji postępowania postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego co do koniecznego współdziałania z wykonawcą w celu wykonania narzucanego Wykonawcy jednostronnie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych;

co narusza zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy, jako że zakłada nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w sytuacji, gdy ich osiągnięcie na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotowej usługi i co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, bowiem *a priori* obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych; jednocześnie działanie takie narusza art. 16 p.z.p., gdyż obowiązek nałożony na Wykonawcę pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako taki narusza zasady uczciwej konkurencji

- 2) Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p. i art. 16 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości 45% za rok 2024 kary umownej w wysokości rażąco wygórowanej i oderwanej od stopnia zawinienia wykonawcy, co narusza zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, a także bez jednoznacznego określenia, że dotyczy ona strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawcy ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż Zamawiający pomija, że osiągnięcie ww. poziomu nie zależy wyłącznie od wykonawcy, ale także od działań podejmowanych przez Zamawiającego oraz od zachowania podmiotów trzecich m.in. mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem, gdyż osiągnięcie poziomów recyklingu uzależnione jest od jakości zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”, a także od uwarunkowań rynkowych, w szczególności sytuacji na rynku recyklerów, w sytuacji gdy odpowiedzialność wykonawcy kształtować się powinna tylko w odniesieniu do zachowań, które mogą mu być rzeczywiście przypisane;

co uniemożliwia wykonawcom należyte zidentyfikowanie a następnie wycenienie ryzyk kontraktowych, a tym samym prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu i nieporównywalności złożonych przez nich ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia poprzez:

wykreślenie zapisów SWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu (§ 8 ust. 2 projektu umowy) oraz kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów (§ 14 ust. 3 projektu umowy), ewentualnie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień projektu umowy w sposób następujący:

- § 8 ust. 2 projektu umowy:

Wykonawca podczas realizacji zamówienia będzie dążył do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (określonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Wykonawca zapewni podczas realizacji zamówienia ograniczyć masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania do poziomu określonego w art. 3c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

- 14 ust. 3 projektu umowy:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za niezyskanie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 45% w stosunku do masy odpadów odebranych w toku realizacji przedmiotowej usługi w wysokości wynoszącej 50% iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

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

Zachowanie terminu

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 p.z.p. w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. W niniejszym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 19.06.2024 r. pod numerem 361243-2024. Zgodnie z art. 509 ust. 2 p.z.p. jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Tym samym termin do wniesienia został zachowany.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest zainteresowany złożeniem oferty. Działania Zamawiającego, który w sposób uchylający przepisom ustawy sformułował treść specyfikacji warunków zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Nie ulega wątpliwości, że odwołanie mające na celu doprowadzenie zapisów SWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa wyczerpuje przesłanki określone w art. 505 ust. 1 p.z.p. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 p.z.p. została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący oświadcza, że uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie dokonania przelewu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z tereny Gminy Głuszycza”. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych z:

- 1) nieruchomości zamieszkałych, częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych,
- 2) domków letniskowych,
- 3) Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych,
- 4) cmentarza komunalnego na terenie Gminy Głuszycy.

Zgodnie z postanowieniem § 8 ust. 2 projektu umowy: *Wykonawca zapewni podczas realizacji zamówienia osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z art. 3b i 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W przypadku braku osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną na zasadach określonych w § 14 ust. 3 Umowy.*

Zgodnie z postanowieniem § 14 ust. 3 projektu umowy: *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzyskanie poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów komunalnych (papier, szkło, tworzywa sztuczne, metale) i/lub nieuzyskania odpowiedniego poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w wysokości obliczonej zgodnie z art. 9z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.*

Określenie spoczywającego na wykonawcy obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i związanej z jego nieosiągnięciem kary umownej nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i budzący wątpliwości co do podstaw i sposobu naliczenia kary umownej z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawcę wymaganych poziomów recyklingu z następujących względów:

- Wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części opadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy Głuszycy w roku 2024, zaś w projekcie umowy nie wskazano, że wyliczenie kary umownej nastąpi wobec strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia.

Wymagany w 2024 r. poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wynosi 45% wagowo. Obowiązek osiągnięcia poziomów przez gminę określany jest w stosunku rocznym. Wskazać należy, że strumień odpadów charakteryzuje pewna sezonowość – zmienia się on w poszczególnych miesiącach, co przekłada się w istotny sposób na możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu przez wykonawcę realizującego umowę wyłącznie przez pięć miesięcy. Wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienie, nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem. Innymi słowy, **wykonawca nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania w toku realizacji przedmiotowej umowy.** Zgodnie z szacunkami Zamawiającego, tj. określonymi w formularzu oferty ilościami poszczególnych frakcji odpadów przewidzianymi do odbioru w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, aż 57,86%

strumienia odpadów odbieranych w systemie gminnym to odpady zmieszane. Co więcej dane historyczne o ilości odpadów zmieszanych odbieranych z terenu gminy Głuszycy wskazują, że w 2023 roku niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne stanowiły aż 75,32% strumienia odpadów komunalnych.

Osiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu w przypadku tak znaczącego strumienia odpadów zmieszanych jest niemożliwe do zrealizowania. Poziom recyklingu możliwy do osiągnięcia z odpadów zmieszanych wynosi około 3%. W tej sytuacji nawet przy kontrfaktycznym założeniu, że odpady zbierane selektywnie z terenu gminy Głuszycy zostaną poddane recyklingowi w 100%, brak jest realnej możliwości osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych na poziomie 45%. Masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejsza się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacjach podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które z uwagi na stosowane technologie nie mogą zostać przetworzone na nowe produkty, materiały lub substancje. Strumień odpadów zmieszanych jest bardzo zanieczyszczony, co finalnie determinuje brak możliwości osiągnięcia poziomu recyklingu na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie.

Wykonawca nie ma żadnego wpływu ani na ilość ani na rodzaj wytworzonych na terenie gminy odpadów komunalnych. Wykonawca w żaden sposób nie może wpłynąć na zmniejszenie ilości odpadów wytwarzanych przez mieszkańców gminy, które nie będą się nadawały do ponownego użycia i poddania ich recyklingowi, co w konsekwencji zwiększyłoby szanse osiągnięcia pożądaných przez Zamawiającego poziomów. Nawet jeżeli poprawie ulegnie segregacja odpadów „u źródła”, to należy pamiętać, że nie każdy rodzaj odpadów, nawet jeżeli są to odpady selektywnie gromadzone, podlega recyklingowi.

Wśród odpadów z gospodarstw domowych do recyklingu szczególnie nadają się:

- butelki plastikowe po napojach typu PET,
- opakowania po żywności (jogurtach, serach, itp.)
- butelki plastikowe po kosmetykach i środkach czystości,
- duże folie opakowaniowe,
- torebki foliowe,
- puszki aluminiowe,
- butelki szklane po napojach,
- opakowania z kartonu,
- biomasa roślinna.

Do recyklingu nie nadają się natomiast:

- zabrudzone opakowania z tworzyw sztucznych,

- brudny papier i karton,
- foliowany papier,
- papier termiczny,
- szkło stołowe i żaroodporne,
- ceramika,
- lustra,
- niezużyte dezodoranty i lakiery w sprayu,
- zużyte szczotki i szczoteczki (do zębów, włosów, czyszczenia, toalety),
- gumki do włosów,
- zużyte maszynki do golenia,
- kredki, flamastry,
- środki higieniczne.

Zgodnie z pkt 9.1. OPZ Wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego sprawdzenia zawartości pojemnika na odpady zmieszane, a w przypadku stwierdzenia, że w pojemniku na odpady zmieszane zgromadzone zostały odpady podlegające zbiórce selektywnej, celem zawiadomienia mieszkańca o nieprawidłowej segregacji wykonawca poinformuje właściciela w formie pisemnej lub innej o braku prawidłowej segregacji (zaleca się przyklejenie naklejki informującej o złej segregacji). W przypadku powtórzenia się nieprawidłowego segregowania pod tym samym adresem, wykonawca zobowiązany jest zawiadomić o tym fakcie Zamawiającego, dołączając materiał dowodowy umożliwiający identyfikację nieruchomości oraz w sposób niepodważalny potwierdzający brak segregacji odpadów lub segregację niezgodną z regulaminem. Czynność należy wykonać w terminie do 5 dni roboczych od zaistniałego zdarzenia.

Powyższe obowiązki powodują zwiększenie udziału odpadów zmieszanych w całym strumieniu zebranych odpadów, co znacząco utrudnia osiągnięcie poziomów recyklingu, np. odebranie papieru czy tworzyw sztucznych razem z odpadami zmieszanyymi uniemożliwia poddanie ich recyklingowi z uwagi na zanieczyszczenia. 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, czy wręcz odmawiając przyjęcia odpadów surowcowych wysortowanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych w instalacjach komunalnych. Surowce wtórne wysortowane ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia.

Poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie, jednakże strumień tych odpadów jest zbyt mały, aby możliwe było osiągnięcie poziomu recyklingu na poziomie 45%.

Poniższa tabela wskazuje, jaką ilość odpadów można poddać recyklingowi, biorąc pod uwagę realne do osiągnięcia poziomy recyklingu, uwzględniające uwarunkowania wynikające z ograniczeń faktycznych, jak i prawnych zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, określającym sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi.

Lp.	Rodzaj odpadów	Szac. ilości odpadów w Mg	Poziom recyklingu z poszczególnej frakcji	Ilość odpadów poddana recyklingowi
1	Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne	545	3%	16,35
2	bioodpady	136,2	90%	122,58
3	tworzywo sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe,	88,8	30%	26,64
4	szkło	56,3	90%	50,67
5	papier	41,1	90%	36,99
6	Bioodpady z terenów ogrodów działkowych	30,5	50%	15,25
7	Odpady wielkogabarytowe, zużyty sprzęt elektryczny	40,75	10%	4,075
8	Tekstylia	3,25	0%	0
9	przeterminowane leki i chemikalia, odpady pochodzące z iniekcji i monitoringu poziomu substancji we krwi, tj. igły i strzykawki	0,01	0%	0
10	Razem	941,91		272,555
11	Ilość odpadów wymagana do osiągnięcia poziomu recyklingu na poziomie 45 % [Mg]			423,8595
12	Brakująca ilość odpadów poddanych recyklingowi [Mg]			151,3045

Powyższa tabela dowodzi, że nawet wykonawca, który prawidłowo, z dochowaniem należytej staranności będzie wykonywał umowę, nie osiągnie poziomów recyklingu i będzie zmuszony do zapłaty kary umownej. Poziomy te uzależnione są od odpadów wytwarzanych na terenie gminy, które zostały przekazane do odbioru i następnie zagospodarowania przez wykonawcę. Odwołujący wskazuje, że mieszkańcy oraz właściciele nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych mogą przekazywać odpady nadające się do recyklingu innym podmiotom niż wykonawca (punkty skupu, zbiórki akcyjne, butelkomaty), co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę. Co więcej mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co również bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do

ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę. Co istotne w takiej sytuacji gmina nie traci uprawnień do wliczenia masy odpadów poddanych kompostowaniu czy przekazanych do innych podmiotów zbierających odpady do poziomów, z których rozlicza się gmina.

Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. W § 5 ust. 1 rozporządzenia podkreśla się, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu. W § 5 ust. 2 Rozporządzenia wskazano, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi”. Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów”, zaś w § 7 ust. 2 wskazano, że „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane”.

Odwołujący podkreśla, że osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jest szczegółowym obowiązkiem gminy wynikającym z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. **To na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych za dany rok kalendarzowy.** To również Zamawiający jako gmina ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów poprzez edukację społeczeństwa, stosowanie zachęt ekonomicznych, sankcjonowanie nieprawidłowości w realizacji obowiązku selektywnego gromadzenia odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. W praktyce zachowania mieszkańców w zakresie spełniania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów w istotny sposób odbiegają od zachowań pożądaných, co przekłada się bezpośrednio na możliwość osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę. Bez działań podejmowanych przez Zamawiającego, nie jest możliwa zmiana przyzwyczajęń mieszkańców.

Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonanie świadczenia umownego było możliwe, a skutki jego niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku

zobowiązaniowego, jak i zasadom współżycia społecznego, w tym zasadom uczciwości obrotu oraz lojalności i zaufania względem kontrahenta.

W ocenie Odwołującego obciążenie wyłącznie jednej strony umowy obowiązkiem i karą umowną za nieosiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych stanowi naruszenie przepisów ustawy i nadużycie prawa ze strony Zamawiającego. Kara umowna z § 14 ust. 3 projektu umowy stanowi powielenie kary pieniężnej, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z u.c.p.g. Tymczasem zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy p.z.p. Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

W ocenie Odwołującego obowiązek spoczywający na wykonawcy powinien zostać zastąpiony obowiązkiem dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, a kara umowna powinna zostać wykreślona.

Ewentualnie obie strony umowy powinny współdzielić odpowiedzialność z tytułu nieosiągnięcia poziomu recyklingu, przy czym odpowiedzialność Wykonawcy powinna zostać ograniczona w sposób proporcjonalny do zakresu faktycznie realizowanej przez niego usługi. Tymczasem postanowienia § 14 ust. 3 projektu umowy, nakładające na wykonawcę karę umowną za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, są nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu umowy, gdyż zakładają nałożenie na wykonawcę kary umownej obliczonej zgodnie z art. 9z u.c.p.g. Obecne brzmienie postanowień umowy nakłada więc na Wykonawcę ryzyko obciążania karą za nieosiągnięcie przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości nałożonej na gminę za cały 2024 rok. Należy zaś zwrócić uwagę, że zgodnie z rozdziałem V SWZ termin wykonania zamówienia obejmuje okres od 1 sierpnia 2024 r. do 31 grudnia 2024 r. Zamawiający całkowicie pomija okoliczność, że Wykonawca jest odpowiedzialny za odbiór i zagospodarowanie wyłącznie części opadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy Głuszycy w roku 2024. Przeniesienie na Wykonawcę całej kary jest działaniem sprzecznym z prawem. Odpowiedzialność wykonawcy powinna zostać ograniczona do masy odpadów odebranych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotowej umowy na rzecz Zamawiającego, co więcej odpowiedzialność ta powinna być w równym stopniu współdzielona przez obie strony umowy o zamówienie publiczne, tj. Zamawiającego i Wykonawcę.

Poprzez próbę obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu 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 całości ryzyka finansowego związanego z brakiem osiągnięcia poziomów recyklingu przez gminę na taki podmiot trzeci (tak bowiem należy traktować możliwość domagania się kary umownej), a w konsekwencji do pozbycia się przez gminy zarówno części zadań własnych, jak też uwolnienia się od sankcji administracyjnych. W ocenie Odwołującego, są to założenia i cele w oczywisty sposób sprzeczne z prawem, gdyż prowadzą do całkowitej utraty przez gminę zainteresowania podejmowaniem przez jej organy działań w zakresie osiągania wymaganych poziomów recyklingu, m.in. działań: edukacyjnych, propagujących selektywną zbiórkę u źródła, organizacyjnych, jak i działań sankcyjnych, skoro i tak pełną realizację celów miałyby zapewnić Wykonawca realizujący usługę na rzecz gminy, a ponadto zmierzają do uniknięcia motywujących skutków sankcji administracyjnych wobec Gminy. W konsekwencji zaś takie postanowienia umowne należy uznać za nieważne. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego nieważna jest bowiem dokonana z naruszeniem zakazu wynikającego z norm prawa.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że sądy administracyjne stoją na stanowisku, iż w zakresie zadań własnych gmina nie może zaniechać wykonywania swoich obowiązków ani przerzucać ich wykonywania na inne podmioty, gdyż tak czyniąc faktycznie przestaje wykonywać swoje ustawowe obowiązki, co w świetle prawa oznacza, że organy gminy działają niezgodnie z prawem (tak np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lipca 2007 r., sygn. akt II OSK 1048/06; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt I OSK 1372/05; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2016 r., sygn. akt IV SA/Po 888/15).

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.

To Zamawiający sprawuje kontrolę nad realizacją obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, egzekwując ten obowiązek poprzez nakładanie opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów. Skoro to Zamawiający posiada instrumenty pozwalające zdyscyplinować mieszkańców, niezrozumiałym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia jest obarczanie pełną odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomów recyklingu wykonawcy.

Możliwość nałożenia na wykonawcę kary umownej z tytułu nieosiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu obciąża wykonawcę pomimo prawidłowej realizacji obowiązków wynikających z umowy. Tymczasem odpowiedzialność wykonawcy powinna kształtować się stosownie do działań wykonawcy, za które można przypisać mu winę. Jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, to nie jest zobligowany do naprawienia powstałej szkody.

Instytucja kary umownej oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Kara umowna przewidziana w § 14 ust. 3 projektu umowy całkowicie abstrahuje od odpowiedzialności, jaka może być wykonawcy przypisana, a tym samym została określona z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz zasad współżycia społecznego i uczciwego obrotu. Powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli zdarzenia, na których powstanie nie mają oni wpływu. Zgodnie z przepisami p.z.p. kara umowna winna być nałożona wyłącznie za zawinione działania i zaniechania.

W niniejszym postępowaniu doszło do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia dokonany został w sposób naruszający przepisy art. 99 i art. 16 p.z.p. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ofert.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów SWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu lub dokonania takiej modyfikacji zapisów SWZ urealnających te wymagania, tzn. poprzez wprowadzenie wymagań obiektywnie możliwych do spełnienia.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów SWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu (§ 8 ust. 2 projektu umowy) oraz kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów (§ 14 ust. 3 projektu umowy), ewentualnie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień projektu umowy w sposób następujący:

- **§ 8 ust. 2 projektu umowy:**

Wykonawca podczas realizacji zamówienia będzie dążył do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (określonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Wykonawca zapewni podczas realizacji zamówienia ograniczy masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania do poziomu określonego w art. 3c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

- **14 ust. 3 projektu umowy:**

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za niezyskanie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 45% w stosunku do masy odpadów odebranych w toku realizacji przedmiotowej usługi w wysokości wynoszącej 50% iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

W imieniu Odwołującego

dr Anna Banaszewska

adwokat

Załączniki:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi z rejestru przedsiębiorców ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o.
2. Pełnomocnictwo
3. Dowody uiszczenia opłaty skarbowej
4. Dowód uiszczenia wpisu
5. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu