

WYROK

Warszawa, dnia 31 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Małgorzata Jodłowska
Maria Kacprzyk

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **Chemeko - System sp. z o. o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gminę Długołęka, ul. Robotnicza 12, 55-095 Długołęka,**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3c, 4 i 5,
2. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu nr 2 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 20 ust. 1 pkt 16 projektu umowy poprzez obniżenie współczynnika „S” do wysokości 172 zł,
3. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/4 i odwołującego w części 3/4, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 541 zł 10 gr (słownie: pięćset czterdzieści jeden złotych dziesięć groszy) tytułem dojazdu pełnomocnika zamawiającego na rozprawę,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1 545 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset czterdzieści pięć złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Długołęka, ul. Robotnicza 12, 55-095 Długołęka, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Długołęka”, numer referencyjny: ZP.271.82.2023.MK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.12.2023 r., nr Dz.U. S: 251/2023 795370-2023,.

W dniu 08.01.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Chemeko - System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), zwanej dalej: „k.c.” i w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tzw. poziomów recyklingu, o których mowa §6 Wzoru Umowy, w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj.:

- a) znanego Zamawiającemu problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”,
- b) najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce,
- c) wdrożonego w okresie realizacji umowy tzw. „systemu kaucyjnego”, który w sposób niewątpliwy wpłynie na ilość i morfologię odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy),

czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w wysokości 45% - za okres od daty zawarcie umowy do 30 czerwca 2024 r., a następnie za okres od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r. oraz 55% za okres

od 1 stycznia 2025 r. do zakończenia umowy, sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej, (§20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy), co z kolei narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współzycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty, a co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny):

2) art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy) w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła” (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na surowce) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;

3) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tzw. poziomów recyklingu, o których mowa § 6 Wzoru Umowy i związanych z nimi kar umownych, o których mowa w § 20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, budzący wątpliwości co do podstaw i sposobu wyliczenia kary umownej z tytułu nieosiągnięcia przez wykonawcę wymaganych poziomów recyklingu, a niejednoznaczność ta wyraża się w następujący sposób:

a) wysokość kary umownej ma być wyliczona z uwzględnieniem współczynnika „Mw”, przez który Zamawiający rozumie „łączną masę wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażonych w Mg” – bez jednoznacznego wskazania, że dotyczy to strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia (a nie globalnej ilości odpadów odebranych z Gminy Długoleka np. przez innych przedsiębiorców z części nieruchomości niezamieszkałych) i bez jednoznacznego wskazania, że masa odpadów będzie ustalona w odniesieniu do jednego z okresów wskazanych w §6 ust. 6 pkt 1 – 3 Wzoru Umowy),

- b) wysokość kary umownej ma być wyliczona z uwzględnieniem współczynnika „Mr”, przez który Zamawiający rozumie „łączną masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażoną w Mg” - bez jednoznacznego wskazania, że dotyczy to masy odpadów komunalnych oddanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi w odniesieniu do strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia i bez jednoznacznego wskazania, że masa odpadów będzie ustalona w odniesieniu do jednego z okresów wskazanych w §6 ust. 6 pkt 1 – 3 Wzoru Umowy);
- c) wysokość kary umownej ma być wyliczona z uwzględnieniem współczynnika „S” (jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku), który to współczynnik nie został wskazany poprzez wskazanie konkretnej wartości pieniężnej, a Zamawiający odwołuje się do 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, która to stawka zmienia się w kolejnych latach (rośnie), a Zamawiający nie zastrzegł wprost, że kara zostanie wyliczona w oparciu o stawkę przewidzianą na rok 2024 r. (ostatni z możliwych wskaźników, który jest znany wykonawcy), w którym będzie składana oferta w Postępowaniu, co rodzi niepewność co do tego, w jaki sposób wysokość kary będzie wyliczana, a w konsekwencji, jakie ryzyko kontraktowe wykonawca powinien uwzględnić w ramach swojej oferty,
- co uniemożliwia wykonawcom należyte zidentyfikowanie, a następnie wycenienie ryzyk kontraktowych, a tym samym prowadzi to do nierównego traktowania wykonawców w Postępowaniu i nieporównywalności złożonych przez nich ofert;
- 4) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w § 6 ust. 5 pkt 2 Wzoru Umowy obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu i odzysku innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych określonych w rozporządzeniu w sprawie poziomów recyklingu w sytuacji, gdy zgodnie z art. 3b ust. 1b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1469), zwanej dalej: „u.c.p.g.”, przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne;
- 5) art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy

o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.”), która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r. Pomimo tego, że treść aktu prawnego jest znana wykonawcom, to nie są jeszcze znane konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów np. co do wielkości i jakości strumienia, co ma wpływ na realizację zamówienia i jego koszty. Zamawiający nie zawarł we Wzorze Umowy postanowień, które pozwalałyby na jej dostosowanie do nowych warunków, w których wykonawca będzie świadczył usługę (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy), co narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć – powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) II. Zarzut nr 1 - Niemożliwy do spełnienia obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalny

7. Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych za nieosiągnięcie przez tego wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych na poziomie odpowiednio 45% i 55% (w zależności od okresu) w sytuacji, gdy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu spełnienie tych wymogów jest obiektywnie niemożliwe, zwłaszcza że odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu. (...)

9. Pierwszą kwestią, na którą należy zwrócić uwagę jest fakt, że wykonawca, który będzie realizował przedmiotowe zamówienia nie ma wpływu na to, jaki strumień odpadów zostanie mu przekazany do odbioru i zagospodarowania. Z doświadczeń samego Odwołującego (dotychczasowego wykonawcy usługi) wynika, że strumień ten jest bardzo zanieczyszczony, co jest podstawowym problemem (zupełnie niezależnym od wykonawcy), który finalnie determinuje niemożność osiągnięcia poziomów recyklingu na poziomie 45% i 55%.

10. Osiągnięcie poziomów recyklingu zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość znajduje się poza kontrolą wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Do najważniejszych zalicza się przede wszystkim:

- 1) ilość zmieszanych odpadów komunalnych i poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli – które wszystkie są zależne od gminy;
- 2) sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), przez którego zapisy recyklerzy zmuszeni się wykazywać mniejsze ilości odpadów poddane recyklingowi;
- 3) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recyklerów;
- 4) wejście w życie tzw. „systemu kaucyjnego”.

11. Z powyższego wynika, że możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, który w odniesieniu do strumienia odpadów, który będzie odbierany przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia jest bardzo duży. Ilości odpadów objętych Postępowaniem Zamawiający podał w Załączniku nr 2a do SWZ – Formularzu cenowym. Wynika z niego, że odpady o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne – stanowią 19 245 MG, tj. ok. 45% strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Z doświadczeń Odwołującego (potwierdzonych też doświadczeniem innych przedsiębiorców z branży) wynika, że ze zmieszanych odpadów komunalnych można „wysortować”, a następnie poddać recyklingowi zaledwie kilka procent odpadów (poniżej 5%).

12. W całym łańcuchu zdarzeń prowadzących do recyklingu odpadu, udział wykonawcy odbierającego i zagospodarowującego odpady jest obiektywnie niewielki. Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że w celu poddania odpadów recyklingowi, odpady trafiają do recyklerów, którzy decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia. Mało tego, jest faktem notoryjnym, że skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych jest zmienny, przy czym w odpadach tych jest najwięcej odpadów organicznych oraz papieru, co determinuje zanieczyszczenia odpadów wydzielonych do odzysku w instalacji MBP i w konsekwencji uniemożliwia ich recykling. (...)

14. Reasumując, wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady – a ten strumień jest zbyt mały, żeby osiągnąć poziom recyklingu na poziomie 45% a potem także 55%.

15. Do niemożności osiągnięcia wymaganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu przyczyniła się też niewątpliwie okoliczność, że w ostatnich latach nastąpiła radykalna zmiana przepisów prawa, nie tylko w zakresie samych procentowych poziomów recyklingu za rok 2022 i kolejne lata (drastyczne wzrosty wymaganych poziomów recyklingu), ale przede wszystkim w zakresie sposobu obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych. (...)

17. Z zestawienia przedstawionych przepisów Rozporządzenia w sprawie recyklingu jednoznacznie wynika, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów do recyklingu – ale nie wszystkie procesy przetwarzania czy odzysku odpadów stanowią recykling. (...)

19. Podsumowując, uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczaniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia, które do tej pory były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, od 2022 roku nie są zaliczane do tej masy. Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejsza się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recyklerów nie mogą zostać przetworzone. Potwierdzają to zresztą uzyskiwane przez Odwołującego dokumenty potwierdzające recykling, które uzyskuje on od recyklerów. Recyklerzy potwierdzają dużo mniejszy recykling w odniesieniu do przekazanych im odpadów (od kilku do kilkunastu procent) od dnia wejścia w życie nowych przepisów, powołując się na ubytki procesowe i inne zanieczyszczenia, których nie akceptują finalni recyklerzy (np. papiernie, huty szkła). Każdy recykler zobowiązany jest indywidualnie obliczyć procent zanieczyszczeń wyliczony zgodnie z właściwymi przepisami. Na to Odwołujący nie ma jakiegokolwiek wpływu.

20. Wreszcie, nie sposób nie wskazać, że na osiągnięcie poziomów recyklingu bezpośredni wpływ ma niemożność znalezienia rynków zbytu dla surowców z uwagi na coraz większe wymagania recyklerów dotyczących jakości surowców, które będą gotowi przyjąć. Innymi słowy, jakość surowców wtórnych „na wejściu” będzie wyznaczała, jaka masa odpadów

zostanie odrzucona w procesach przetwarzania prowadzonych przez instalacje i ostatecznie, zostanie przekazana finalnym recyklerom przygotowującym z odpadów materiały, substancje czy produkty. Kilka przykładów: (...)

22. Ponadto, ustawa (...) o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.”) wprowadziła tzw. „system kaucyjny” obowiązkowy od 1 stycznia 2025 r. (ale Odwołujący wskazuje, że system kaucyjny na zasadach dobrowolnych i testowych będzie wprowadzony wcześniej).

23. Nowelizacja u.g.o. dostosowuje polskie prawo do rozwiązań obowiązujących w Unii Europejskiej. Od 1 stycznia 2025 r. wprowadzony zostanie system kaucyjny na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra. Kluczowe dla nowego systemu kaucyjnego jest wprowadzenie zasady, że sklep będzie naliczał mieszkańcowi kaucję za opakowanie (np. za butelkę PET), a kaucja ta będzie zwracana mieszkańcowi przy zwrocie opakowania do sklepu czy tzw. butelkomatu. To jednostka handlowa będzie zbierała odpady komunalne PET – nie trafią one do tzw. żółtego pojemnika i nie zostaną odebrane i zagospodarowane przez wykonawcę, co oznacza, że strumień odpadów selektywnych, czyli tych, z których wykonawca może osiągać poziomy recyklingu, będzie ulegał zmniejszeniu. (...)

26. Ustawodawca ma zatem pełną świadomość, że wprowadzenie zachęty finansowej (kaucji) zwiększy poziom selektywnego zbierania odpadów z tworzyw sztucznych, a także że odpady te nie będą zbierane razem z innymi odpadami komunalnymi, ale uspokaja gminy, że będą mogły wliczyć sobie do swoich sprawozdań dotyczących tzw. poziomów recyklingu odpady odebrane w ramach systemu kaucyjnego. Takiej możliwości nie będzie miał jednak wykonawca odbierający odpady w ramach niniejszej umowy. (...)

28. Podsumowując, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie wziął pod uwagę powyższych okoliczności (złej jakości selektywnej zbiórki „u źródła”, bardzo rygorystycznych wymogów recyklerów, niekorzystnych dla wykonawców przepisów prawa co do sposobu wyliczania poziomów recyklingu, czy wreszcie wchodzącego w życie systemu kaucyjnego) i finalnie, nakładając na wykonawcę obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu na poziomie 45% i 55%, nałożył na niego obowiązek niemożliwy do spełnienia, o czym głośno mówi cała branża „odpadowa”, bowiem z podobnymi problemami zmagają się także inni przedsiębiorcy. W niniejszym stanie faktycznym, mając na uwadze przede wszystkim jakość strumienia odpadów, które wykonawca będzie musiał odebrać z Gminy Długołęka, Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek niemożliwy do spełnienia, a takie zastrzeżenie, w myśl art. 387 §1 k.c., powinno zostać uznane za nieważne. (...)

33. W konsekwencji powyższego doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

34. Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Pzp jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. (...)

44. Tym samym, sposób ukształtowania kar umownych, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. (...)

III. Zarzut nr 2 - Kara umowna za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (§20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy) w wysokości rażąco wygórowanej

50. Odwołujący w tym miejscu powołuje się na uzasadnienie do zarzutu z pkt 1 petitum odwołania przede wszystkim w zakresie, w jakim opisuje czynniki wpływające na osiągnięte przez wykonawcę świadczącego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów poziomy recyklingu. (...)

51. I tak, na podstawie art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający (gmina) jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Zgodnie z art. 4 u.c.p.g. to rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. (...)

52. Następnie, zgodnie z art. 9u u.c.p.g. to gmina sprawuje kontrolę przestrzegania i stosowania przepisów u.c.p.g. Na podstawie art. 6k ust. 3 u.c.p.g. to rada gminy określa stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełnia obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, w wysokości nie niższej niż dwukrotna wysokość i nie wyższej niż czterokrotna wysokość stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Na podstawie art. 6k u.c.p.g. to rada gminy ustala stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym

odpadami komunalnymi zbieranymi i odbieranymi w sposób selektywny. Innymi słowy, to wyłącznie w rękach gminy są ekonomiczne zachęty do selektywnej zbiórki odpadów, m.in. poprzez „kary finansowe” dla mieszkańców za brak selektywnej zbiórki (opłata podwyższona za gospodarowanie odpadami).

53. Rola wykonawcy w zakresie egzekwowania przez właścicieli nieruchomości wytycznych gminy co do sposobu pozbywania się odpadów komunalnych jest więc marginalna. (...)

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

59. Mimo powyższych okoliczności Zamawiający zamierza sankcjonować nieosiągnięcie przez wykonawcę określonych przez Zamawiającego poziomów recyklingu (początkowo 45%, następnie 55%) w drodze kar umownych, określonych w taki sposób, jakby to wykonawca odpowiadał w całości za system gospodarki odpadami w gminie, o czym świadczy sposób naliczania tej kary i jej wysokość. Nałożony na gminę przez ustawodawcę obowiązek osiągania rocznych poziomów recyklingu (zagrożony stosowną sankcją administracyjną) Zamawiający w praktyce próbuje przenieść na wykonawcę w 100%, choć wykonawca i podejmowane przez niego działania są tylko jednym z elementów, które prowadzą do osiągnięcia celu wskazanego przez ustawodawcę w u.c.p.g. Sposób ukształtowania przez Zamawiającego Wzoru Umowy i zapisów dotyczących kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu wskazuje więc na to, że Zamawiający układa stosunek prawny, jaki łączyć go będzie z wykonawcą w taki sposób, aby zabezpieczyć sobie możliwość pokrycia ewentualnych administracyjnych kar pieniężnych, jakie być może w przyszłości zostaną nałożone na gminę za nieosiągnięcie przez gminę wymaganych poziomów recyklingu, poprzez naliczenie wykonawcy kar umownych wyliczonych w analogiczny sposób jak te, naliczane w trybie u.c.p.g. gminie (iloczyn brakującej masy odpadów i stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska). Takie działanie należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a kara umowna wyliczana w ten sposób powinna być uznana za „rażąco wygórowaną”, w szczególności mając na uwadze niewielki wpływ wykonawcy na stworzenie podstaw do jej naliczenia (tu: niewielki wpływ wykonawcy na to, że poziomy recyklingu nie zostały osiągnięte).

60. Dodatkowo, Zamawiający przewidział obowiązek zapłaty kary umownej od razu wtedy, gdy wykonawca nie osiągnie wymaganych poziomów recyklingu odpadów (w ramach trzech „okresów sprawozdawczych”). Mogłoby się wydawać, że Zamawiający w prosty sposób

przerzuca na wykonawcę swoją odpowiedzialność ustawową (co zdaniem Odwołującego jest nieuprawnione), ale Zamawiający „idzie dalej” w swoim stanowisku i pomija w tym „przerzucaniu” niżej wymienione elementy ustawowe korzystne dla wykonawcy, co jest rażąco niesprawiedliwe.

61. Po pierwsze, zgodnie z art. 9ze ucpg: (...)

63. Powyższa instytucja prawna stanowi zatem skuteczne narzędzie umożliwiające nie tylko uwolnienie się od odpowiedzialności finansowej, ale i korzystne z punktu widzenia środowiska środki naprawcze. W tym zakresie Gmina Długołęka nie będzie zmotywowana do wprowadzenia żadnych środków naprawczych, ponieważ będzie miała środki na sfinansowanie kary od wykonawcy.

64. Po drugie, zgodnie z art. 189f ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Zamawiający będzie miał prawo złożyć wniosek o odstąpienie od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestanie na pouczeniu z uwagi na fakt, że działanie nie spowodowało zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska, a więc spełniało przesłanki pozwalające uznać naruszenie za przypadek o znikomej wadze, a ponadto zaprzestano naruszania prawa.

65. Wobec powyższego, nawet w sytuacji, gdyby na Zamawiającego została nałożona kara za nieosiągnięcie poziomów odzysku odpadów ma on aż dwie podstawy prawne do uniknięcia konsekwencji finansowych. Tymczasem dla wykonawcy niniejszego postępowania nie przewidziano analogicznej formalnej ścieżki, co należy uznać za rażąco niesprawiedliwe i nieproporcjonalne. (...)

68. Z uwagi na powyższe, zarzut z pkt 2 petitum odwołania jest w pełni zasadny, a w konsekwencji związane z nim żądanie zmiany współczynnika „S” wskazanego w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy poprzez jego obniżenie np. do wysokości 172 zł, co stanowiłoby ½ kwoty 343,39 zł, jaka wskazana jest w obwieszczeniu Ministra Klimatu i Środowiska z 4 sierpnia 2023 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2024 jako stawki za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku również jest zasadne. Odwołujący podkreśla, że zastosowanie ½ kwoty 343,39 zł odzwierciedla fakt, że odpowiedzialność za selektywną zbiórkę odpadów i poziomy recyklingu odpadów powinna rozkładać się po równo między Zamawiającym a wykonawcą.

IV. Zarzut nr 3 - Niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia w zakresie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o których mowa §6 Wzoru Umowy i związanych z nimi kar umownych, o których mowa w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy

(...) Zarzut 3 lit. a) z petitum odwołania - współczynnik „Mw” w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy

71. Zamawiający w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy ustalił, że wysokość kary umownej ma być wyliczona z uwzględnieniem współczynnika „Mw”, przez który Zamawiający rozumie *„łączną masę wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażonych w Mg”*.

72. Zamawiający w żaden sposób nie doprecyzował tego elementu wzoru do wyliczenia kary umownej, bez którego nie da się obliczyć ewentualnej kary (a na obecnym etapie – oszacować ryzyk kontraktowych). Zamawiający w szczególności nie potwierdził, że współczynnik „Mw” dotyczy strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia (a nie globalnej ilości odpadów odebranych z Gminy Długoleka np. przez innych przedsiębiorców z części nieruchomości niezamieszkałych). Posługuje się zwrotem „wytworzonych odpadów”, co tym bardziej budzi niepewność po stronie wykonawcy co do intencji Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał też, że masa odpadów będzie ustalona w odniesieniu do jednego z okresów wskazanych w §6 ust. 6 pkt 1 – 3 Wzoru Umowy), co ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia ewentualnej estymacji wysokości kary umownej.

73. Gdyby współczynnik „Mw” w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy pozostawić bez zmian – wówczas wykonawca mógłby zostać obciążony karą umowną kilkakrotnie (np. raz za pierwsze 6 miesięcy realizacji usługi a następnie za wszystkie 12 miesięcy realizacji usługi). Konieczne jest zatem doprecyzowanie kluczowych elementów wzoru do wyliczenia kary umownej w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy.

Zarzut 3 lit. b) z petitum odwołania - współczynnik „Mr” w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy

74. Następnie, Zamawiający, w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy, ustalił, że wysokość kary umownej ma być wyliczona z uwzględnieniem współczynnika „Mr”, przez który Zamawiający rozumie *„łączną masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażoną w Mg”*.

75. Zamawiający w żaden sposób nie doprecyzował również tego elementu wzoru do wyliczenia kary umownej, bez którego nie da się obliczyć ewentualnej kary, a ponadto może odnosić się do okoliczności w żaden sposób niezwiązanych z realizacją przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę. Zamawiający nie potwierdził, że kara umowna obliczana jest w odniesieniu do masy odpadów komunalnych oddanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi w odniesieniu do strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia. (...)

76. Zamawiający nie potwierdził także, czy masa odpadów będzie ustalona w odniesieniu do jednego z okresów wskazanych w §6 ust. 6 pkt 1 – 3 Wzoru Umowy). Wobec tego, w świetle obecnego brzmienia przesłanki do nałożenia kary umownej, Zamawiający może kilkakrotnie

nałożyć na wykonawcę karę umowną za ten sam strumień odpadów. Konieczne jest wyeliminowanie tej nieprawidłowości poprzez zmianę §6 ust. 6 pkt 1 – 3 Wzoru Umowy.

Zarzut 3 lit. c) z petitum odwołania - współczynnik „S” w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy

77. Zamawiający w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy ustalił, że wysokość kary umownej ma być wyliczona z uwzględnieniem współczynnika „S” - jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku).

78. Powyższy współczynnik nie został wskazany poprzez wskazanie konkretnej wartości pieniężnej, a Zamawiający odwołuje się do stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska. (...)

80. Odwołujący wskazuje, że stawka, do której Zamawiający odwołuje się w karze umownej, zmienia się w kolejnych latach (rośnie), a Zamawiający nie zastrzegł wprost, że kara zostanie wyliczona w oparciu o stawkę przewidzianą na rok 2024 r. (ostatni z możliwych wskaźników, który jest znany wykonawcy), w którym będzie składana oferta w Postępowaniu, co rodzi niepewność co do tego, w jaki sposób wysokość kary będzie wyliczana, a w konsekwencji, jakie ryzyko kontraktowe wykonawca powinien uwzględnić w ramach swojej oferty. Na etapie składania oferty wykonawca nie zna stawek na rok 2025 i nie wie, kiedy zostaną one opublikowane.

81. Zamawiający powinien określić współczynnik „S” w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy poprzez wskazanie określonej wartości kwotowej, np. 343,39 zł. (...)

V. Zarzut nr 4 - Obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu i odzysku innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych

85. Zgodnie z art. 3b ust. 1b u.c.p.g.: *Przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.*

86. Wobec powyższego, ustawodawca wyłączył odpady budowlane i rozbiórkowe ze strumienia odpadów, który podlega obliczeniu na potrzeby wyznaczenia tzw. poziomów recyklingu odpadów. Innymi słowy, odpady te co prawda stanowią odpady komunalne, ale z uwagi na ich skład, właściwości i charakter, stosunkowo trudno jest uzyskać wysoki poziom recyklingu tych odpadów, a więc zostały wyłączone ze strumienia odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ust. 1b u.c.p.g.

87. Zatem Zamawiający w niniejszym Postępowaniu również powinien wyłączyć obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu i odzysku innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych przewidziany w § 6 ust. 5 pkt 2 Wzoru Umowy, który w obecnym kształcie jest sprzeczny z art. 3b ust. 1b u.c.p.g.

VI. Zarzut nr 5 - Zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z wejściem w życie systemu kaucyjnego

88. Odwołujący powołuje się w tym miejscu na konsekwencje omówionych wcześniej (w pkt II uzasadnienia odwołania) nowych przepisów prawnych odnoszących się do wprowadzenia systemu kaucyjnego od 1 stycznia 2025 r. Ustawodawca ma pełną świadomość, że wprowadzenie zachęty finansowej (kaucji) zwiększy poziom selektywnego zbierania odpadów z tworzyw sztucznych i szkła, a także że odpady te nie będą zbierane razem z innymi odpadami komunalnymi oraz, że gminy będą mogły wliczyć do swoich sprawozdań dotyczących tzw. poziomów recyklingu odpady odebrane w ramach systemu kaucyjnego.(...)

90. Dodatkowo, ze strumienia odpadów wyłączone zostaną odpady o wysokiej wartości, nadające się do recyklingu (PET, opakowania szklane), co obniży przychody wykonawcy realizującego umowę. W chwili obecnej nie jest jednak możliwe wykazanie, udowodnienie, czy choćby uprawomocnienie wystąpienia konsekwencji Nowelizacji u.g.o. dla niniejszego zamówienia, dlatego Zamawiający powinien wprowadzić mechanizmy, które będą umożliwiały dostosowanie treści umowy do realiów prawnych i gospodarczych, które zaistnieją w okresie realizacji zamówienia.

91. Wprowadzenie systemu kaucyjnego wywrze skutki nie tylko dla wykonawcy i Zamawiającego, ale dla całego systemu naczyń połączonych, który tworzy gospodarkę odpadami komunalnymi. Zdecydowana większość sortowni i instalacji w Polsce nie jest dostosowana do omawianych tu zmian – tj. do przetwarzania strumienia selektywnie zebranych odpadów bez butelek PET, metalowych puszek czy też szklanych butelek opakowaniowych – które to w znacznym stopniu zostaną objęte systemem kaucyjnym. Wszystko to generuje ryzyko zwiększenia cen za zagospodarowanie odpadów z uwagi na zachwianie popytu i podaży na surowce wtórne oraz koszty wprowadzenia zmian technologicznych w sortowniach czy instalacjach. Nowe rozwiązania mogą znacząco wpłynąć na cały rynek gospodarki odpadami, w tym na koszty realizacji zamówienia. (...)

97. (...) Oferty składane przy Wzorze Umowy o aktualnej treści będą nieporównywalne, ponieważ każdy wykonawca inaczej wyceni ryzyko wynikające z wejścia w życie systemu kaucyjnego. Dodatkowo, art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp art. 439 ust. 1 Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia przesłanek do zmiany umowy, które są precyzyjne, jednoznaczne, określają rodzaj i zakres zmian oraz warunki wprowadzenia zmian, czego Zamawiający zaniechał.”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia w następujący sposób:

1) Ad. zarzut z pkt 1 - wykreślenia § 20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy;

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt 1 petitum odwołania:

- 2) Ad. zarzut z pkt 2 – zmianę współczynnika „S” wskazanego w §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy poprzez jego obniżenie np. do wysokości 172 zł, co stanowiłoby ½ kwoty 343,39 zł, jaka wskazana jest w obwieszczeniu Ministra Klimatu i Środowiska z 4 sierpnia 2023 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2024 jako stawki za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku;
- 3) Ad. zarzut z pkt 3 – zmianę §20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy w następujący sposób:
 - a) Ad. zarzut 3a – poprzez jednoznaczne wskazanie, że współczynnik „Mw”:
 - dotyczy to strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia (a nie globalnej ilości odpadów odebranych z Gminy Długoleka,
 - dotyczy masy odpadów ustalonej w odniesieniu do jednego z okresów wskazanych w § 6 ust. 6 pkt 1 – 3 Wzoru Umowy),
 - b) Ad. zarzut 3b – poprzez jednoznaczne wskazanie, że współczynnik „Mr”:
 - dotyczy masy odpadów komunalnych oddanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi przez wykonawcę i w odniesieniu do strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia,
 - dotyczy masy odpadów ustalonej w odniesieniu do jednego z okresów wskazanych w § 6 ust. 6 pkt 1 – 3 Wzoru Umowy);
 - c) Ad. zarzut 3c – poprzez określenie współczynnika „S” poprzez wskazanie określonej wartości kwotowej;
- 4) Ad. zarzut z pkt 4 - wykreślenia § 6 ust. 5 pkt 2 Wzoru Umowy,
- 5) Ad. zarzut z pkt 5 - wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r., które z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

W dniu 26.01.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której:

- 1) uwzględnił w całości zarzut nr 3c, 4 i 5,
- 2) wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W zakresie, w jakim zarzuty zostały przez Zamawiającego uwzględnione (nr 3c, 4 i 5) postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 pkt 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji do rozpoznania pozostał zarzut nr 1, 2, 3a i 3b.

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 z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 5 kodeksu cywilnego: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

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

- 1) 20% wagowo - za rok 2021;
- 2) 25% wagowo - za rok 2022;
- 3) 35% wagowo - za rok 2023;
- 4) 45% wagowo - za rok 2024;
- 5) 55% wagowo - za rok 2025;
- 6) 56% wagowo - za rok 2026;
- 7) 57% wagowo - za rok 2027;
- 8) 58% wagowo - za rok 2028;

- 9) 59% wagowo - za rok 2029;
- 10) 60% wagowo - za rok 2030;
- 11) 61% wagowo - za rok 2031;
- 12) 62% wagowo - za rok 2032;
- 13) 63% wagowo - za rok 2033;
- 14) 64% wagowo - za rok 2034;
- 15) 65% wagowo - za rok 2035 i za każdy kolejny rok.

Zgodnie z art. 9z ust. 2a pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

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

- 1) przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu.

Zgodnie z § 6 ust. 6 projektu umowy:

6. Wykonawca jako wyspecjalizowany podmiot gospodarczy, realizując na zlecenie Zamawiającego zadania obejmujące odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, zobowiązany jest w zakresie odpadów odbieranych w ramach niniejszej umowy, do osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b. ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w okresie:

- 1) od daty zawarcia umowy do 30 czerwca 2024 r. 45% wagowo
- 2) od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r. 45% wagowo
- 3) od 1 stycznia 2025 r. do zakończenia umowy 55% wagowo.

Zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 16 projektu umowy:

1. Strony ustalają, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w następujących przypadkach:

16) za nieosiągnięcie we wskazanych w § 6 ust. 6 okresach poziomu określonego w § 6 ust. 6 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną liczoną w następujący sposób:

$$P_{\text{osiągnięty}} = Mr/Mw *$$

Mr - łączna masa odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażona w Mg

Mw - łączna masa wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażona w Mg

Jeżeli $P_{\text{osiągnięty}}$ w danym okresie jest mniejszy niż P_{wymagany} Zamawiający wyliczy karę dla Wykonawcy w sposób opisany poniżej

$$Mr_1 = P_{\text{wymagany}} * Mw/100\%$$

Mr₁ - łączna masa odpadów komunalnych która powinna być przygotowana do ponownego użycia i poddana recyklingowi, wyrażona w Mg

$$R = Mr_1 - Mr \text{ [Mg]}$$

R - różnica pomiędzy masą odpadów komunalnych, która powinna być przygotowana do ponownego użycia i poddana recyklingowi, wyrażona w Mg, a masą odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażona w Mg

$$K = R * S \text{ [zł]}$$

K - wysokość kary za nieuzyskanie poziomu

S - jednostkowa stawka opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określona w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska

Odnosząc się do zarzutu nr 1 należy przypomnieć, że w zarzucie tym Odwołujący podnosi, iż nałożony przez Zamawiającego obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „poziom recyklingu”) w wysokości 45% - za okres od zawarcia umowy do 30.06.2024 r. i od 01.07.2024 r. do 31.12.2024 r. oraz 55% - za okres od 01.01.2025 r. do zakończenia umowy, 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. Jednocześnie sam Odwołujący wskazuje, że ww. poziomy recyklingu wynikają z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Tym samym nie ulega wątpliwości, że ww. obowiązek jest oparty na przepisie prawa i jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, uznanie *„iż Zamawiający nałożył na wykonawcę niemożliwy do spełnienia obowiązek, skutkowałoby uznaniem, iż taki sam charakter ma obowiązek nałożony na Zamawiającego przez ustawodawcę. 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 jest 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, 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 tożsamyh wymogów wykonawcy.

W konsekwencji nie może też być uznane za zasadne żądanie przez Odwołującego, aby Zamawiający całkowicie wykreślił z projektu umowy § 20 ust. 1 pkt 16 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 kc 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.

W świetle powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył powołanych w odwołaniu przepisów. W szczególności w świetle art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że postawione przez Zamawiającego wymagania w zakresie poziomów recyklingu są niemożliwe do spełnienia, a w efekcie - sprzeczne z zasadą współżycia społecznego i zasadą swobody umów (art. 5, art. 353¹ i art. 387 § 1 kc). W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nie nakazała Zamawiającemu całkowitego wykreślenia kar umownych określonych w § 20 ust. 1 pkt 16 projektu umowy.

W tym miejscu należy zauważyć, że na wypadek oddalenia przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu nr 1, Odwołujący postawił zarzut alternatywny (nr 2) oparty częściowo na podobnej argumentacji, ale wiążący się z innym żądaniem, tj. żądaniem zmiany współczynnika „S” wskazanego w § 20 ust. 1 pkt 16 Wzoru Umowy poprzez jego obniżenie np. do wysokości 172 zł, co stanowiłoby ½ kwoty 343,39 zł, jaka wskazana jest w obwieszczeniu Ministra Klimatu i Środowiska z 4 sierpnia 2023 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2024 jako stawki za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku. Izba rozpoznając ten zarzut uwzględniła przede wszystkim wskazany już 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 planowane wprowadzenie systemu kaucyjnego. Tymczasem 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.

Po pierwsze, należy uwzględnić, że bardzo duży udział w całym strumieniu odpadów stanowią odpady zmieszane (ok. 48% - wg wyliczeń Odwołującego, 47,08% - wg wyliczeń Zamawiającego w „Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi za 2022 r.”), z których tylko niewielka część (ok. 4% - wg wyliczeń Odwołującego) nadaje się do recyklingu, a dodatkowo z pozostałych odpadów selektywnie zbieranych również nie wszystkie kwalifikują się do recyklingu. Już tylko ten fakt powoduje, że wykonawca ponosi ryzyko, iż wymaganych poziomów recyklingu nie uda się osiągnąć, a przecież nie ma on wpływu nie tylko na rzetelność segregacji odpadów „u źródła”, ale też nie ponosi odpowiedzialności za edukowanie i motywowanie mieszkańców gminy w tym zakresie. Wykonawca ma wprawdzie obowiązek zgłaszania faktu niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (art. 6ka ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), ale powyższe nie zastąpi konieczności powszechnej mobilizacji wytwórców odpadów do ich rzetelnej segregacji, o co powinni zadbać nie tylko oni sami, ale także Zamawiający. Tymczasem na marginesie można zauważyć, że jak wynika z ww. „Analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi za 2022 r.”, żadne akcje edukacyjne podejmowane przez Zamawiającego w 2022 r. nie dotyczyły kwestii należytego segregowania odpadów.

Po drugie, należy uwzględnić fakt wejścia w życie w dniu 04.09.2021 r. rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530), które przewiduje nowe zasady obliczania poziomu recyklingu. W myśl ww. zasad za odpad poddany recyklingowi uznaje się odpad przetworzony na produkt, materiał lub substancję, które nie są odpadami, zaś masę takich odpadów oblicza się dopiero w chwili wprowadzenia odpadu do procesu recyklingu. W praktyce oznacza to, że nie można zaliczyć do poziomu recyklingu odpadów, które zostaną odrzucone przez recyklerów jako nienadające się do recyklingu. Zatem nawet strumień odpadów zbieranych selektywnie może nie zostać w całości zakwalifikowany do recyklingu, jeżeli okaże się, że nie spełnia wymogów koniecznych do poddania go takiemu procesowi. Wprawdzie Zamawiający wskazuje, że w 2022 r. Odwołujący osiągnął poziom recyklingu w wysokości 44,75%, ale nie można pominąć coraz większych wymagań recyklerów co do jakości przekazywanych im do recyklingu odpadów, których potwierdzeniem są dowody złożone przez Odwołującego w postaci informacji od konkretnych recyklerów w zakresie ich wymagań dotyczących papieru, drewna, czy szkła oraz w postaci oświadczeń recyklerów o wielkości zanieczyszczeń w przekazywanych im odpadach (od 6% do 20%).

Po trzecie, nie można pominąć faktu, że w 2025 r. zacznie obowiązywać w Polsce system kaucyjny, który obejmie butelki z tworzyw sztucznych i szkła odpowiednio o pojemności do 3 litrów i do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra, czyli ten rodzaj opadów, który jest najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu, gdyż w największym stopniu kwalifikuje się do poddania temu procesowi. W myśl projektowanych reguł funkcjonowania tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane m.in. do sklepów wraz ze zwrotem kaucji, co prawdopodobnie przyczyni się do popularności systemu kaucyjnego, ale jednocześnie zmniejszy dostępność wykonawców do ww. odpadów. Istotne jest przy tym (pomijając w tym miejscu kwestię obniżonych przychodów wykonawców), że o ile obecnie projektowane zasady działania systemu kaucyjnego przewidują możliwość wliczenia przez gminę masy odpadów objętych systemem kaucyjnym do wymaganego poziomu recyklingu, o tyle możliwość ta nie dotyczy wykonawców odbierających odpady. Oczywiście ma rację Zamawiający wskazując, że ww. zasady nie mają jeszcze charakteru ostatecznego, niemniej jednak niniejsze zamówienie jest udzielane teraz i skoro nie ma informacji o planowanych ewentualnych zmianach tych zasad i ich zakresie, to nie ma też podstaw do zakładania, że zmiany takie zostaną wprowadzone i będą korzystne dla wykonawców. Tym samym na obecnym etapie należy przyjąć, że wykonawcy zostaną w znacznym stopniu pozbawieni dostępu do strumienia odpadów objętych systemem kaucyjnym, jak też pozbawieni możliwości zaliczenia tych odpadów do wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie taki stan rzeczy utrudni im osiągnięcie tych poziomów.

Odnosząc się przy tym do orzecznictwa powołanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w którym Izba nie uznawała kar umownych przewidzianych na wypadek nieosiągnięcia poziomów recyklingu za wygórowane, należy zauważyć, że orzeczenia te nie uwzględniały faktu wprowadzenia w Polsce systemu kaucyjnego, zatem zapadały w innym stanie faktycznym niż obecny. Tymczasem, jak wskazano już wyżej, wprowadzenie tego systemu przy takich założeniach, jakie są obecnie znane, skutkować będzie odcięciem wykonawców od najbardziej wartościowego strumienia odpadów poddawanych recyklingowi i brakiem możliwości zaliczenia tych odpadów do osiąganego poziomu recyklingu, co z kolei może prowadzić do obciążania wykonawców karami umownymi.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej karom pieniężnym, jakie mogą być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Sytuacja Zamawiającego i wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie nie jest jednak taka sama. Po pierwsze, zgodnie z obecnie przewidywanymi zasadami funkcjonowania systemu kaucyjnego odpady objęte tym systemem Zamawiający będzie mógł wliczyć sobie do poziomu recyklingu, podczas gdy

wykonawca nie będzie miał takiej możliwości. To powoduje, że w przypadku Zamawiającego ryzyko nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, a w efekcie – bycia obciążonym karą pieniężną, jest znacznie mniejsze niż w przypadku wykonawcy. Po drugie, zgodnie z przywołanymi przez Odwołującego przepisami, tj. art. 9ze ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 189f § 1 pkt 1 k.p.a., Zamawiający może też ubiegać się o zawieszenie, a następnie umorzenie kary pieniężnej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu lub o odstąpienie od jej nałożenia, a tym samym może uniknąć tej kary, jeżeli ziszczą się przesłanki zawarte w ww. przepisach (podjęcie działań naprawczych, usunięcie przyczyn nałożenia kary, brak zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska). Powyższe korzystne dla Zamawiającego możliwości, w myśl postanowień projektu umowy, nie wpłyną jednak na podstawę naliczenia kary umownej wykonawcy.

Biorąc zatem pod uwagę wszystkie wyżej wskazane okoliczności, tj. brak wpływu wykonawcy na jakość segregacji odpadów na terenie gminy, na wymagania recyklerów i sposób kwalifikacji odpadów jako poddanych recyklingowi, czy wreszcie na przewidywany sposób działania systemu kaucyjnego i jego skutki oraz możliwość uniknięcia kary związanej z osiągnięciem poziomów recyklingu przez Zamawiającego, ale brak takiej możliwości po stronie wykonawcy, należy stwierdzić, że ryzyka nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu nie zostały w niniejszym postępowaniu właściwie rozłożone pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę. W świetle bowiem ww. okoliczności nie jest uzasadnione, aby kara umowna w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na Zamawiającego obciążała w całości wykonawcę. Jest to sprzeczne zarówno z zasadami współżycia społecznego (art. 5 kc), jak i z zasadą swobody umów (art. 353¹ kc).

Konieczność równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych przy udzielaniu zamówień publicznych wynika także z dotychczasowego orzecnictwa Izby, w tym z wyroku z dnia 16.10.2020 r. sygn. akt KIO 2296/20, w którym stwierdzono: *„Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ KC) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 KC). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającej niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. W kontekście powyższego podkreślić należy, iż kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w*

sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałyby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia”.

Reasumując, w świetle poczynionych wyżej ustaleń Izba stwierdziła, że Zamawiający poprzez obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości odpowiadającej ewentualnej karze pieniężnej nakładanej na gminę, niezasadnie przerzucił w całości ryzyko kontraktowe związane z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu na wykonawcę. Ryzyko to, zdaniem Izby, powinno zostać rozłożone pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę, dlatego też Izba, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 20 ust. 1 pkt 16 projektu umowy poprzez obniżenie współczynnika „S” do wysokości 172 zł. Tak ustalona kara umowna zachowa swoją funkcję motywacyjną, ale jednocześnie skutkować będzie rozłożeniem ryzyka kontraktowego po połowie między Zamawiającego i wykonawcę.

Odnosząc się do zarzutów nr 3a i 3b Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, który zauważył, że § 20 ust. 1 pkt 16 projektu umowy odnosi się do treści § 6 ust. 6 tegoż projektu w fragmencie: *„za nieosiągnięcie we wskazanych w § 6 ust. 6 okresach poziomu określonego w § 6 ust. 6 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną liczoną w następujący sposób”*. Z kolei w § 6 ust. 6 projektu umowy Zamawiający wskazał wyraźnie, że obowiązek osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu spoczywa na wykonawcy *„w zakresie odpadów odbieranych w ramach niniejszej umowy”* i w okresie:

- „1) od daty zawarcia umowy do 30 czerwca 2024 r. 45% wagowo*
- 2) od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r. 45% wagowo*
- 3) od 1 stycznia 2025 r do zakończenia umowy 55% wagowo.”*

Tym samym § 20 ust. 1 pkt 16 projektu umowy, poprzez odniesienie do § 6 ust. 6, zawiera informacje pozwalające na ustalenie, że wzór obliczenia kary umownej w zakresie współczynnika „Mw” i „Mr” dotyczy odpadów odbieranych przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia, jak też informacje o okresach, z których ma być wyliczana masa tych odpadów. Oznacza to, że zarzuty Odwołującego nie są zasadne, gdyż brakujące

wg niego informacje zostały zawarte w ww. postanowieniach projektu umowy. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutów nr 3a i 3b zostało oddalone.

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

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród czterech zarzutów pozostałych do rozpoznania, Izba jeden zarzut (nr 2) uwzględniła i trzy zarzuty oddaliła (nr 1, 3a i 3b). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 1/4, a Odwołujący – w części 3/4.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania (15.000 zł), wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego (3.600 zł), wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego (3.600 zł) oraz koszty związane z dojazdem pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę (144 zł – bilety kolejowe i 397,10 zł – nocleg), co razem daje kwotę 22.741,10 zł. Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 5.685,28 zł (1/4 z 22.741,10 zł), a Odwołujący - w wysokości 17.055,83 zł (3/4 z 22.741,10 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (15.000 – wpis od odwołania i 3.600 zł – wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 17.055,83 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 4.141,10 zł (3.600 – wynagrodzenie pełnomocnika i 541,10 zł – łączne koszty dojazdu na rozprawę), a powinien ponieść je w wysokości 5.685,28 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 1.545,00 zł (po zaokrągleniu w górę do pełnych złotych zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia), co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....