

Warszawa, dnia 15 lipca 2024 r.

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

Zamawiający:

Gmina Korfantów

Rynek 4, 48 - 317 Korfantów

tel. (77) 43 43 820

fax: (77) 43 43 817

Strona www: www.korfantow.pl

E -mail: przetargi@korfantow.pl

<https://bip.korfantow.pl/4156/2274/zamowienia-publiczne-przetargi.html>

Platforma e-Zamówienia:

<https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-497239ca-3516-11ef-acf6-4e696a6d8c25>

Odwołujący:

REMONDIS OPOLE S.A.

KRS: 0001103516

Aleja Przyjaźni 9, 45-573 Opole

*reprezentowana przez r.pr. Katarzynę Dajczera
oraz r.pr. Karola Kamińskiego*

Krynicki, Dajczera, Kamiński, Heromiński

Spółka Partnerska Radców Prawnych

ul. Nowy Świat 35 lok. 8; 00-029 Warszawa

tel. 22 380 33 50; faks 22 380 33 51

e-mail: biuro@kdkh.pl

ODWOŁANIE

- I. Działając na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) oraz stosownie do przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, w imieniu **REMONDIS OPOLE S.A.** z siedzibą w Opolu (zwanej dalej: „Odwołującym”), wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - **Gminę Korfantów**, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są „Usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Korfantów”, numer sprawy: IKI.IV.271.5.2024.ISz, dalej: „Postępowanie”.
- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 394480-2024, numer wydania Dz.U. S: 128/2024.
- III. **ZARZUTY**

W toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy:

1. **art. 99 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 431 Pzp oraz art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 387 §1 kc** poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zapewnienia osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej aktualnie w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (§4 ust. 18 Wzoru umowy);
2. **art. 353¹ kc w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 471 kc** poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim, jeśli Wykonawca nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w §4 ust. 18 Wzoru umowy podlega karze pieniężnej w wysokości 300zł za każdą brakującą masę odpadów komunalnych wyrażoną w Mg, wymaganą do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z każdorazowym aktualnym brzmieniem przepisów prawa regulujących ww. obowiązek (§6 ust. 3 Wzoru umowy).

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

zmianę postanowień Wzoru umowy (§4 ust. 18) poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie do poddania odpadów przetwarzaniu w sposób, który umożliwi w jak największym stopniu uzyskanie przez Zamawiającego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych odebranych w ramach Umowy, w wysokości wskazanej w art.3b ust.1 ucpg oraz usunięcie postanowienia §6 ust. 3 Wzoru umowy;

ewentualnie

poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych odebranych w ramach umowy, w wysokości wskazanej w art.3b ust.1 ucpg, z wyłączeniem odebranych w ramach umowy odpadów o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz w konsekwencji modyfikację §6 ust. 3 Wzoru umowy poprzez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami - w wysokości stanowiącej iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, 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, przy czym przy obliczaniu osiągniętego i wymaganego poziomu, nie uwzględnia się odebranych w ramach Umowy odpadów o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH.

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Tego samego dnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania zostały opublikowane dokumenty zamówienia. Niniejsze odwołanie jest zatem odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu (z uwzględnieniem regulacji art. 509 ust. 2 Pzp - dzień 13 lipca br. przypaść w sobotę).

2. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i nieprecyzyjnych wymagań. Wskazujemy nadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

UZASADNIENIE

VII. Obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu.

1. W § 4 ust. 18 Wzoru umowy Zamawiający wskazał, iż
„Wykonawca obowiązany jest, dla odebranych odpadów w ramach Umowy, do osiągnięcia, co najmniej poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, wskazanych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa (art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach lub przepisy, które wejdą w jego miejsce), w poszczególnych latach realizacji Umowy. Wykonawca oblicza poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, odebranych w ramach Umowy odpadów, w sposób, o którym mowa w rozporządzeniu 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. z 2021 r., poz. 1530; dalej rozporządzenie) wraz z wprowadzonymi zmianami w trakcie realizacji Umowy lub w akcie prawnym zastępującym ww. rozporządzenie, w zakresie określonym w ww. rozporządzeniu. Zamawiający może w dowolnym momencie pisemnie zażądać od Wykonawcy wyliczeń osiągniętego poziomu recyklingu za wskazany okres.”
2. Sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 99 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Przede wszystkim przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
3. Zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 26 lutego 2024 r. Dz. U. z 2024r. poz. 399 „ucpg”) **gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 55% wagowo - za rok 2025. W roku 2026 będzie to już 56% wagowo (art. 3 b ust. 1 pkt 6 ucpg).** W ust. 1a przywołanego powyżej przepisu wskazano, że poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

4. W art. 9z ust. 2a ucpg wskazano, że **gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c - podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu: 1) przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu; 2) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania; 3) składowania.** Karę za nieosiągnięcie poziomów recyklingu oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (art. 9z ust. 2a ucpg w zw. z art. 9z ust. 3 ucpg w zw. z art. 9x ust. 3 ucpg).
5. **Jak wynika z przytoczonych przepisów obowiązek osiągnięcia wymaganego prawem poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów w odpowiedniej wysokości spoczywa zatem na gminie, a przeniesienie tego obowiązku na wykonawcę stanowi obejście przepisów prawa.**
6. W przypadku tzw. systemu gminnego, ustawodawca jednoznacznie obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i ewentualną karą obciążył jednak gminę. Nie jest z pewnością zgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa przerwienie na wykonawcę usługi wymogu stawianego przez przepisy prawa administracyjnego, a już w szczególności, gdy Zamawiający nie wskazuje, w jaki sposób zamierza realnie współdziałać, aby osiągnięcie wymaganych poziomów stało się możliwe.
7. Podkreślenia wymaga, że **możliwość osiągnięcia przez wykonawcę poziomów recyklingu uzależniona jest przede wszystkim od składu morfologicznego odpadów odbieranych z terenu danej gminy (ich jakości i rodzaju), co jest z kolei uzależnione od sposobu i jakości prowadzonej przez mieszkańców segregacji odpadów.** Wykonawca odbiera odpady o takiej jakości i takiego rodzaju jakie zostaną mu przekazane przez mieszkańców gminy, nie ma żadnego wpływu zarówno na sposób organizacji systemu gospodarki odpadami na terenie danej gminy jak i na sposób egzekwowania segregacji odpadów przez mieszkańców.
8. Zgodnie z art. 23 ust.1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. z dnia 7 lipca 2023 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.) odpady są zbierane w sposób selektywny. Tym samym każdy mieszkaniec nieruchomości objętej gminny systemem odbioru odpadów ma obowiązek segregowania odpadów. W związku z powyższym, co do zasady w odpadach zmieszanych (niesegregowanych), które w tym przypadku stanowią największą frakcję odpadów odbieranych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia nie powinny znajdować się odpady nadające się do recyklingu lub ponownego użycia. Stosownie do art. 6ka ust. 1 ucpg, w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości. Następnie, zgodnie z ust. 2, wójt, burmistrz lub prezydent, działając na podstawie zawiadomienia od odbiorcy odpadów, wszczyna postępowanie w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami. W art. 6ka ust. 3 ucpg wskazano z kolei, wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa, w drodze decyzji, wysokość opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi za miesiąc lub miesiące, a w przypadku nieruchomości, o których

mowa w art. 6j ust. 3b, za rok, w których nie dopełniono obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, stosując wysokość stawki opłaty podwyższonej, o której mowa w art. 6k ust. 3. Tym samym, w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne zobowiązany jest przyjąć je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, a o ewentualnej opłacie podwyższonej (o tym czy jest ona należna i w jakiej wysokości) decyduje wójt, burmistrz lub prezydent miasta - dzieje się to poza wpływem i zakresem wykonawcy.

9. Co istotne, w przypadku odpadów niesegregowanych (zmieszanych) brak jest technicznych możliwości wysortowania z nich aż 55% i 56% odpadów nadających się do recyklingu lub ponownego użycia. Nawet najnowocześniejsze i najbardziej zaawansowane technologicznie instalacje są w stanie wysortować z odpadów zmieszanych maksymalnie kilka procent odpadów nadających się do recyklingu lub ponownego użycia.
10. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że odpady o kodzie 20 03 01 stanowią większość odpadów odbieranych z terenu Gminy Korfantów.
11. Jak wynika z pkt 8 zamieszczonego Rozdziale IV Opis przedmiotu zamówienia SWZ w roku 2023 z całego terenu Zamawiającego zostały odebrane następujące ilości odpadów komunalnych (bez PSZOK): niesegregowane (zmieszane wraz z popiołem) odpady komunalne - 2372,24 Mg/rok, Papier (odpady z papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i tektury) 34,83 Mg/rok, Szkło (odpady ze szkła, w tym odpady opakowaniowe ze szkła) -104,15 Mg/rok,, Metale oraz tworzywa sztuczne (odpady metali, w tym odpady opakowaniowe z metali, odpady tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe) - 233,02 Mg/rok, Odpady ulegające biodegradacji (uwzględniające bioodpady) 19,44 Mg/rok, Odpady wielkogabarytowe (zbiórki akcyjne) 66,88 Mg/rok.
12. Z podanych przez Zamawiającego danych wynika, że masa zmieszanych odpadów komunalnych w 2023 r. wyniosła 84 % odpadów odebranych z terenu Gminy Korfantów. Pozostałych odpadów podlegających odbiorowi w 2023 r. było zatem zaledwie 16% co powoduje, że już z tej tylko przyczyny nie ma faktycznej możliwości, aby uzyskać poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych w wysokości aż 55% lub 56%.
13. Z kolei jak wynika z podanych przez Zamawiającego, w zamieszczonej w punkcie 7 tabeli, prognozowanych ilości odpadów, szacunkowa masa rocznych odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych odpadów komunalnych) w okresie: od 01.01.2025 roku do 31.12.2026 roku będzie wynosiła 4500,00 Mg, co w przeliczeniu na poszczególne lata obowiązywania umowy daje jedynie 11,13% odpadów przekazanych do recyklingu wobec wymaganych 55% i 56 % odpowiednio w latach 2025 i 2026.

Lp.	Rodzaj odpadu	Łączna szacunkowa ilość odpadów [Mg]
1.	Niesegregowane (zmieszane wraz z popiołem) odpady komunalne	4500,00
2.	Papier (odpady z papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i tektury)	80,00
3.	Szkło (odpady ze szkła, w tym odpady opakowaniowe ze szkła) - mix	200,00
4.	Metale oraz tworzywa sztuczne (odpady metali, w tym odpady opakowaniowe z metali, odpady tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe)	480,00
5.	Odpady ulegające biodegradacji (uwzględniające bioodpady)	150,00
6.	Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (ogółem)	20,00

7.	Gruz (ogółem)	250,00
8.	Zużyte opony	30,00
9.	Wielkogabaryty (ogółem)	250,00
10.	Odzież	10,00
11.	Tekstylia	4,00
12.	Rozpuszczalniki	0,50
13.	Kwasy	0,20
14.	Alkalia	0,20
15.	Odczynniki fotograficzne	0,20
16.	Lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć	0,40
17.	Urządzenia zawierające freony	6,00
18.	Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszczka i żywice	1,00
19.	Leki przeterminowane	0,40
20.	Baterie i akumulatory	3,00
21.	Drewno	4,00
22.	Magnetyczne i optyczne nośniki informacji (ogółem)	0,20
23.	Opakowania z metali zawierające niebezpieczne porowate elementy wzmocnienia konstrukcyjnego, włącznie z pustymi pojemnikami ciśnieniowymi	5,00
24.	Inne oleje silnikowe, przekładniowe i smarowe	0,80
25.	Odpadowy toner drukarski	0,50

14. Biorąc pod uwagę, że prognozowana przez Zamawiającego masa odpadów niesegregowanych (zmieszanych odpadów komunalnych) w 2025 r. i 2026 będzie wynosiła odpowiednio około po 79 % odpadów odebranych z terenu Gminy Korfantów potwierdza się pewien stały udział odpadów zmieszanych w ogólnej masie odbieranych odpadów komunalnych, a tym samym brak faktycznej możliwości osiągnięcia 55%, a następnie 56 %poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych.
15. Nawet gdyby uwzględnić dodatkowo odpady odbierane z PSZOK, również nie dochodzi do zbliżenia poziomu odpadów selektywnie zbieranych do takiego poziomu, który w przypadku 100% poddania ich recyklingowi, dałby szansę na osiągnięcie poziomów w określonych w przepisach ucpg. Przypomnieć bowiem w tym miejscu należy, że odpady budowlane (kody odpadów z grupy 17) zgodnie z ustawą o odpadach, od 2023 roku nie stanowią odpadów komunalnych a zatem nie wlicza się ich do uzyskiwanych poziomów.
16. **Przedstawione wyliczenia jednoznacznie potwierdzają, że w przypadku Gminy Korfantów osiągnięcie poziomu recyklingu i ponownego przygotowania odpadów komunalnych na poziomie 55% w roku 2025 i 56% w roku 2026 jest niemożliwe, bowiem odpady selektywnie zbierane stanowią jedynie 11 %, odpadów odebranych w 2023 roku, a i tak nie wszystkie te odpady faktycznie nadają się do recyklingu. Część odpadów - w szczególności gromadzonych w PSZOK - można jedynie poddać unieszkodliwianiu, a nie recyklingowi. Tak jest w szczególności w przypadku odpadów niebezpiecznych.**
17. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w publikowanych na stronie internetowej Zamawiającego rocznych analizach stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Korfantów.
18. Tym samym, realnie osiągnany poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w Gminie Korfantów **nie przekracza 11% (w roku 2022 było to 10%)** - co wynika z nieprawidłowej segregacji odpadów - w tym głównie gromadzenia przez mieszkańców odpadów w formie zmieszanej.
19. Jeżeli chodzi o odpady selektywnie zbierane, to ich jakość, a przede wszystkim fakt, że duża część odpadów selektywnie zebranych jest zanieczyszczona (np. zabrudzenie opakowań z papieru i tektury tłuszczem), powoduje, że nie jest możliwe poddanie ich recyklingowi lub przygotowaniu do ponownego użycia w 100%.
20. Należy zauważyć, że wykonawca nie ma wpływu na:

- a) sposób segregacji odpadów tj. na to, co właściciele nieruchomości zamieszkałych umieszczają w pojemnikach na odpady zmieszane (niesegregowane). Pomimo tego, iż z roku na rok przepisy ucpg nakładają na gminy obowiązek osiągnięcia coraz wyższych poziomów recyklingu sposób prowadzenia segregacji przez mieszkańców nie zmienia się znacząco - w dalszym ciągu gromadzą oni odpady głównie w formie zmieszanej,
 - b) sposób zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej, w tym stosowane technologie i osiągnięte wskaźniki odzysku odpadów,
 - c) przekazywanie odpadów nadających się do recyklingu (np. metale, szkło, papier) do punktów skupu,
 - d) przekazywanie odpadów opakowaniowych szklanych (tzw. zwrotnych) do sklepów w zamian za kaucję (podczas gdy odpady te następnie są przygotowywane przez podmioty wprowadzające napoje do ponownego użytku, a zatem powinny być uwzględniane w osiągniętych przez gminę poziomach recyklingu i przygotowania do ponownego użycia).
21. Od 2025 roku wykonawca tym bardziej nie będzie miał wpływu na oddawanie szeregu rodzajów odpadów opakowaniowych do sklepów, które będą obniżały jeszcze bardziej masę odpadów selektywnie zbieranych odbieranych w ramach umowy, skutkując jeszcze wyższym udziałem odpadów zmieszanych oraz innych odpadów nienadających się do recyklingu w masie odpadów komunalnych odbieranych w ramach umowy.
22. Kolejną kwestią pozostaje także fakt, że zarówno zgodnie z ustawą o odpadach jak i regulacjami europejskimi, obowiązuje zasada, że to zanieczyszczający płaci jak chodzi o gospodarkę odpadami. Jeśli zatem mieszkańcy wytwarzają odpady, których recykling nie jest możliwy, to winni ponieść z tego tytułu odpowiedzialność. Przerzucenie odpowiedzialności w niniejszym przypadku na wykonawcę narusza art. 22 ustawy o odpadach oraz dyrektywę 2004/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu, bowiem tym samym sprowadza się do zwolnienia z odpowiedzialności faktycznych sprawców zanieczyszczenia, a przenosi tę odpowiedzialność na wykonawcę.
23. Ponadto wskazać należy, że istnieje obowiązek minimalizacji skutków szkody, inaczej nazywany także obowiązkiem współdziałania, który wynika bezpośrednio z treści art. 354 kc, a który nie został w żaden sposób uregulowany w dokumentach zamówienia. Zamawiający wprost przerzuca konsekwencje swojego działania lub zaniechania na wykonawcę usługi. Tymczasem, na podstawie art. 354 § 1 kc dłużnik powinien wykonywać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób im odpowiadający. Postanowienie § 2 tego przepisu zakłada zaś, iż w taki sam sposób wierzyciel (w tym przypadku Zamawiający) **powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania, czego Zamawiający w niniejszym postępowaniu w żaden sposób nie uregulował.** W przygotowanym przez Zamawiającego Wzorce umowy nie zostały przewidziane jakiegokolwiek obowiązki po stronie Zamawiającego których wykonanie mogłoby choćby zbliżyć wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych.
24. Obowiązki gminy, które mają służyć poprawie gospodarowania odpadami na jej terenie zostały uregulowane w art. 2 ucpg. Jak wynika z tego przepisu, gminy

zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności:

- 1) tworzą warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy lub zapewniają wykonanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych;
 - 2) zapewniają budowę, utrzymanie i eksploatację własnych lub wspólnych z innymi gminami:
 - a) instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w tym instalacji komunalnych, o których mowa w art. 38b ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach,
 - b) stacji zlewnych, w przypadku, gdy podłączenie wszystkich nieruchomości do sieci kanalizacyjnej jest niemożliwe lub powoduje nadmierne koszty,
 - c) instalacji i urządzeń do zbierania, transportu i unieszkodliwiania zwłok zwierzęcych lub ich części,
 - 3) obejmują wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi;
 - 4) nadzorują gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości;
 - 5) **zapewniają selektywne zbieranie odpadów komunalnych** obejmujące co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady;
 - 6) **tworzą punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy**, które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych w pkt 5, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży;
 - 6a) mogą tworzyć i utrzymywać punkty napraw i ponownego użycia produktów lub części produktów niebędących odpadami;
 - 8) **prowadzą działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych.**
25. Z informacji przedstawionych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, w szczególności SWZ i Wzoru umowy nie wynika, żeby Zamawiający podjął się lub zobowiązał się do podjęcia jakichkolwiek działań edukacyjnych czy informacyjnych dla mieszkańców dotyczących prawidłowej gospodarki odpadami (w tym w kontekście tego, jak powinna przebiegać prawidłowa segregacja odpadów, jakie są jej konsekwencje i jakie odpady np. z tworzyw sztucznych nadają się do recyklingu, a jakie nie).

26. Podkreślenia wymaga, że jak wynika z wyżej przytoczonych przepisów to gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, m.in. poprzez zapewnienie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Przy czym selektywne zbieranie odpadów komunalnych jest jedną z metod służących do osiągnięcia przez gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu. W przypadku niskiej świadomości mieszkańców (na którą wykonawca nie ma żadnego wpływu) nie będzie możliwe uzyskanie wymaganych prawem poziomów recyklingu.
27. Prowadząc selektywne zbieranie odpadów komunalnych, mieszkaniec zobowiązany jest do prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów według zasad obowiązujących na terenie gminy. Zadaniem mieszkańców jest oddawanie odpadów należycie przygotowanych i posegregowanych. W przypadku, gdy w odpadach zmieszanych znajduje się duża ilość odpadów nienadających się do ponownego wykorzystania zwiększają one masę śmieci deponowanych na wysypisku bez możliwości odzysku odpadów, na co wykonawca również nie ma żadnego wpływu.
28. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że nakładana na gminę kara pieniężna o której mowa w art. 9z ust. 2a ucpg nakładana jest w odniesieniu do całego strumienia odpadów odbieranego z jej terenu. Podczas gdy na podstawie zawartej z Zamawiającym umowy wykonawca będzie odbierał i zagospodarowywał jedynie odpady pochodzące od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz z PSZOK. Poza wykonawcą, na terenie gminy będą również działać inne podmioty, które są odpowiedzialne za procesy związane z odbieraniem lub zbieraniem odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie nieruchomości w tym:
- inne miejsca zbierania odpadów na terenie gminy oraz poza terenem gminy, gdzie trafiają odpady selektywnie gromadzone, które znalazłyby się w pojemnikach/workach przekazywanych wykonawcy do odbioru i zagospodarowania (mające najczęściej charakter surowcowy),
 - sklepy, które już obecnie zbierają odpady np. w ramach systemu kaucyjnego poza ustawowego, a które rozpoczną już stopniowo w roku 2024 wprowadzanie systemu kaucyjnego ustawowego, jak również sklepy które zbierają zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny. Wprowadzenie od 1 stycznia 2025 r. systemu kaucyjnego spowoduje, że ze strumienia opadów zniknie surowiec o najwyższej jakości (surowiec, który jest poddawany recyklingowi w najwyższym stopniu), a tym samym zwiększy się stosunek masy opadów poddawanych recyklingowi do odpadów trafiających na składowisko. Znaczna część konsumentów zamiast na selektywną zbiórkę odpadów zdecyduje się bowiem na zwrot opakowań w celu odzyskania kaucji.

Wykonawca nie ma żadnego wpływu na sposób działania tych podmiotów oraz podejmowane przez nich działania i osiągnę przez nie poziomy recyklingu.

29. Podsumowując, biorąc pod uwagę, iż:
- a) wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części odpadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Gminy Korfantów, podczas gdy to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia tych poziomów, czemu służy wykonywanie obowiązków określonych w treści art. 3b ust. 1 ucpg,

- b) brak jest w treści dokumentów zamówieniach postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego co do koniecznego współdziałania z wykonawcą w celu wykonania narzucanego wykonawcy jednostronnie obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu,
- c) właściciele nieruchomości mają prawo do przekazywania odpadów także do innych miejsc zbierania odpadów na terenie gminy oraz poza nią,
- d) w dniu 14 kwietnia 2023 roku została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi, wprowadzająca w Polsce tzw. system kaucyjny (nowelizacja przewiduje, że zostanie on wprowadzony od 1 stycznia 2025 r.) polegający na tym, że butelki jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje o pojemności do trzech litrów, włącznie z ich zakrętkami i wieczkami z tworzyw sztucznych, z wyłączeniem szklanych lub metalowych butelek na napoje, których zakrętka i wieczka są wykonane z tworzyw sztucznych, puszki metalowe o pojemności do jednego litra, butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do półtora litra, będą obciążone kaucją, która będzie zwracana w chwili zwrotu wyżej wskazanych opakowań do sklepów, przez co znacząco zmniejszeniu ulegnie masa odpadów segregowanych odbieranych w ramach umowy, a w konsekwencji nie będzie istniała możliwość wykonania obowiązków, o których mowa powyżej,
- e) wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jakie odpady zostaną przez mieszkańców umieszczone w pojemnikach i workach przeznaczonych do odbioru przez wykonawcę, wobec czego nie ma wpływu na skład morfologiczny tych odpadów,

- należy stwierdzić, że nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu w wysokości wynikającej z przepisów ucpg jest żądaniem świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 kc. Z kolei uwzględniając fakt, że okoliczność ta jest znana Zamawiającemu, który posiada pełną wiedzę o skuteczności procesów recyklingu odpadów, a przede wszystkim posiada wiedzę dotyczącą składu morfologicznego odpadów odbieranych z jego terenu i osiąganych dotychczas poziomów recyklingu, wprowadzenie przez Zamawiającego omawianego wymagania należy uznać za naruszenie zasad współżycia społecznego oraz nadużycie prawa podmiotowego (Zamawiający formułuje warunki realizacji zamówienia).

30. Dodatkowo należy zauważyć, że każdy z wykonawców może w inny sposób wycenić ryzyko związane z osiągnięciem poziomów recyklingu, co w konsekwencji może spowodować, iż oferty złożone w postępowaniu po pierwsze będą znacznie zawyżone, a w efekcie Zamawiający zmuszony zostanie ponieść wyższe koszty na realizację przedmiotu zamówienia, po drugie mogą okazać się nieporównywalne.

VIII. Kara umowna za nieosiągnięcie poziomów recyklingu.

1. Zgodnie z §6 ust. 3 Wzoru umowy - Kary umowne:

„Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 300zł za każdą brakującą masę odpadów komunalnych wyrażoną w Mg, wymaganą do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z każdorazowym aktualnym brzmieniem przepisów prawa regulujących ww. obowiązki tj. aktualnie zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz Rozporządzeniem 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. z 2021 r., poz. 1530) bądź

zmienionymi przepisami prawa bądź przepisami je zastępującymi, za rok, w którym nie osiągnięto wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. Kara zostanie naliczona wyłącznie w przypadku, gdy Zamawiający nie osiągnie łącznie, wymaganych prawem, rocznych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia za lata realizacji Umowy, według ostatecznego sprawozdania składanego przez Zamawiającego do Marszałka Województwa i tylko, jeżeli Zamawiający zostanie obciążony karą pieniężną, o której mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i ją uiścić, a jednocześnie Wykonawca nie osiągnie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu w ramach realizacji przedmiotu niniejszej Umowy (zastosowanie znajdują odpowiednie postanowienia § 4 Umowy). Wysokość kary naliczona Wykonawcy nie może przekroczyć wysokości kary nałożonej na Zamawiającego przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska. Kara może być nałożona po okresie obowiązywania niniejszej Umowy, za okres świadczenia usług objętych przedmiotem Umowy. Zamawiający może dochodzić należności z tytułu przedmiotowej kary w okresie 5 lat od ostatniego roku sprawozdawczego (przedawnienie kar).”

2. Przy opisanych powyżej poziomach odbieranych odpadów zmieszanych oraz poziomach odpadów przekazywanych do recyklingu Kara umowna obliczona wg stawki 300zł/Mg w okresie realizacji umowy wyniesie **753.360,00 zł**.
3. Niezależnie od powyższego, kara administracyjna nakładana na gminę za nieosiągnięcie poziomów recyklingu została uregulowana w art. 9z ust. 2a ucpg w zw. z art. 9z ust. 3 ucpg w zw. z art. 9x ust. 3 ucpg. Zgodnie z przywołanymi przepisami ucpg, karę za nieosiągnięcie poziomów recyklingu oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Powoduje to, iż wysokość kar może osiągnąć w roku 2025 426 301,52 zł natomiast w roku 2026 już 436 019,45 zł.
4. Ukształtowanie postanowień Wzoru umowy w taki sposób, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia kary umownej za okoliczności, na które nie ma wpływu i w dodatku do wysokości odpowiadającej karze administracyjnej nałożonej na Zamawiającego na podstawie przepisów ucpg jest nieuzasadnione. Jedynie wyłączna wina wykonawcy, uzasadniałaby powstanie obowiązku „zwrotu” naliczonej Zamawiającemu kary administracyjnej. Skoro wykonawca nie posiada bezpośredniego wpływu na poziom selektywnej zbiórki odpadów w gminie, a także na ilość odpadów poddawanych recyklingowi w instalacji, nie sposób uznać, że powinien on ponosić karę umowną odpowiadającą wysokości kary umownej jaka można zostać nałożona na gminę.
5. Zgodnie z art. 471 kc, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z kolei stosownie do art. 483 § kc, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy (kary umownej). Powyższe oznacza, że wina jest obligatoryjną przestanką naliczenia kary umownej. Jeżeli wykonawca nie ponosi winy, to nie

może być mowa o karze umownej lub obowiązku świadczenia gwarancyjnego. Wiąże się z tym również fakt, że podmiot musi ponosić odpowiedzialność za naruszenie ciążącego na nim obowiązku. Brak odpowiedzialności wyłącza możliwość poniesienia negatywnych konsekwencji.

6. Odpowiedzialność kontraktowa dłużnika może mieć miejsce tylko wówczas, jeżeli spełnione są tzw. nieruchomości przesłanki odpowiedzialności. Są nimi:
 - niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania,
 - szkoda,
 - związek przyczynowy między faktem naruszenia zobowiązania a szkodą.
7. Tradycyjnie wymienia się następujące okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (które to w żadnym wypadku nie mają zastosowania w przedmiotowej sprawie):
 - zachowania dłużnika noszące znamiona winy;
 - zachowania osób trzecich, za pomocą których dłużnik wykonuje zobowiązanie lub którym wykonanie powierza;
 - zachowania przedstawiciela ustawowego dłużnika;
 - zdarzenia wykraczające poza wskazany wyżej zakres lub których zakres został ustalony węższej, stosownie do postanowień ustawy lub czynności prawnej.
8. Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku w sprawie o sygn. akt I CSK 748/12, gdzie podniesiono, że **„Choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 KC. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa.”** Ten sam sąd dalej stwierdził, że **„Ponieważ zgodnie z art. 56 KC czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, a w świetle art. 353[1] KC swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego - strony nie mogą w umowie tak rozszerzyć odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ani dotyczącej kary umownej, by jej zakres był sprzeczny z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej. Nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.”**

9. Wprowadzone przez Zamawiającego postanowienie §6 ust. 3 Wzoru umowy, narusza zatem zakaz określony w art. 433 pkt 2 i 3 Pzp. Zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczenia kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem oraz nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.
 10. W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona w odniesieniu do zarzutu dotyczącego nałożenia na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu. **Możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu nie jest związana z prawidłowym wykonaniem umowy - wykonawca może realizować umowę w sposób należyty (zgodny z określonymi przez Zamawiającego warunkami), a i tak nie być w stanie osiągnąć wymaganych poziomów recyklingu.** Osiągnięcie poziomów recyklingu nie jest również związane z przedmiotem umowy - przedmiotem umowy jest świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Korfantów - na skład morfologicznych tych odpadów wpływ mają wyłącznie Zamawiający (poprzez promowanie i egzekwowanie segregacji odpadów) oraz mieszkańcy (poprzez segregację odpadów).
 11. Omawiana kara umowna została również zaprojektowana jako kara umowna za okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Jak już wyżej wskazywano na skład morfologicznych odpadów wpływ mają wyłącznie Zamawiający (poprzez promowanie i egzekwowanie segregacji odpadów) oraz mieszkańcy (poprzez segregację odpadów). Kwestia ta pozostaje poza jakimkolwiek wpływem wykonawcy.
- IX. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo;
2. Odpis z KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania oraz potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej;
4. Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu.