

Warszawa, dnia 7 marca 2024 r.

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

Zamawiający:

Gmina Tułowice

ul. Szkolna 1, 49-130 Tułowice

tel. 77 4600 143, 77 4600 154, fax 77 4600 474

e-mail: tulowice@tulowice.pl

Adres platformy, za pośrednictwem której
Zamawiający prowadzi postępowanie:

<https://platformazakupowa.pl/pn/tulowice>

Odwołujący:

REMONDIS OPOLE sp. z o.o.

Aleja Przyjaźni 9, 45-573 Opole

Numer KRS: 0000005094

reprezentowana przez r.pr. Monikę Dzilińską-
Buraczyńską oraz r.pr. Karola Kamińskiego
Krynicki, Dajczer, 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

monika.dzilinska@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. (tj. z dnia 22 lipca 2022 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, w imieniu **REMONDIS OPOLE sp. z o.o.** z siedzibą w Opolu (zwanej dalej: „Odwołującym”), wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - **Gminę Tułowice** w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Tułowice”, numer postępowania: ZP.271.4.2024, dalej: „Postępowanie”.
- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 115703-2024, numer wydania Dz.U. S: 40/2024.
- 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 osiągnięcia w trakcie trwania umowy

poziomów odzysku odpadów komunalnych wynikających z przepisów powszechnie obowiązującego prawa - w szczególności z uwzględnieniem poziomów odzysku wskazanych w art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2023 r. poz. 1469 z późn. zm.) oraz aktów wykonawczych do tej ustawy, pomimo iż wykonawca nie ma żadnego wpływu na skład morfologiczny, a w konsekwencji jakość przekazywanych mu odpadów i możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu (§4 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, dalej: PPU, §1 ust. 12 pkt 38 PPU oraz pkt 33 Opisu zakresu Usługi nr 1 zamieszczonego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ);

- 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 wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku niedopełnienia obowiązków wymienionych w §4 ust. 1 PPU tj. obowiązku osiągnięcia w trakcie trwania umowy poziomów odzysku odpadów komunalnych wynikających z przepisów powszechnie obowiązującego prawa - w szczególności z uwzględnieniem poziomów odzysku wskazanych w art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2023 r. poz. 1469 z późn. zm.) oraz aktów wykonawczych do tej ustawy (§12 ust. 5 PPU) oraz w zakresie w jakim w §12 ust. 5 PPU, Zamawiający opisał mechanizm naliczenia kary, ale nie wskazał w sposób jednoznaczny jakiej wysokości zostanie ona naliczona.

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia i PPU poprzez:

zmianę §4 ust. 1 PPU, §1 ust. 12 pkt 38 PPU oraz pkt 33 Opisu zakresu Usługi nr 1 zamieszczonego w SOPZ stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie do poddania odpadów przetworzeniu 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 §12 ust. 5 PPU, a także odpowiednie zmodyfikowanie pozostałych postanowień SOPZ i PPU dotyczących poziomów recyklingu;

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 §12 ust. 5 PPU 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 stanowiący 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,

ewentualnie

poprzez modyfikacje PPU polegającą na wprowadzeniu postanowień zgodnie z którymi Zamawiający zobowiąże się do współpracy w celu wykonania umowy, w szczególności przy przekazywaniu drogą elektroniczną informacji niezbędnych dla prawidłowego wykonywania umowy, w szczególności informowania o zmianach w liczbie i adresach nieruchomości objętych obowiązkiem odbierania odpadów komunalnych oraz sposobie gospodarowania odpadami komunalnymi. W szczególności Zamawiający zobowiąże się do:

- a) wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpg wobec wszystkich nieruchomości, co do których Wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania Wykonawcy o toku poszczególnych postępowań,
- b) przeprowadzenia w prasie lokalnej akcji edukacyjnej polegającej na publikacji zasad selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, składu odpadów najbardziej przydatnych do recyklingu oraz konsekwencji nieprawidłowego gromadzenia odpadów komunalnych, co najmniej raz w miesiącu, obejmującej co najmniej jedną szpaltę,
- c) przeprowadzenia w 2024 r. wspólnie z wykonawcą akcji edukacyjnej w wybranych placówkach szkolnych promującej prawidłową segregację odpadów oraz zwracającej uwagę na skład odpadów, jakie są najlepsze w celu prowadzenia ich recyklingu,
- d) przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w ilości co najmniej 10 nieruchomości, w tym nieruchomości wielolokalowych miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcie postępowań, o których mowa w lit. a powyżej, a także informowania o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,

Ponadto poprzez dodanie zastrzeżenia, że w przypadku zaniechania przez Zamawiającego wykonania któregokolwiek z obowiązków, o których mowa powyżej, §12 ust. 5 PPU nie znajduje zastosowania oraz w konsekwencji zmianę §12 ust. 5 PPU poprzez dodanie, że (1) 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 stanowiący 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, oraz poprzez (2) dodanie do §12 ust. 5 PPU zastrzeżenia, że należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg za rok 2024 pomniejszona o opłaty podwyższone o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpg, nałożone decyzjami Prezydenta Miasta Zamawiającego, które są należne za rok 2024, przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg, to znaczy winien złożyć odwołanie do GIOŚ, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (przy czym Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych środków odwoławczych, a Wykonawca winien tą argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym

złożenie środka odwoławczego); kara ta będzie wymagalna w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, o których mowa powyżej;

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH.

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 115703-2024, numer wydania Dz.U. S: 40/2024. Niniejsze odwołanie jest zatem odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu.
2. Odwołujący uścił 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 §1 ust. 12 pkt 38 PPU, Zamawiający wskazał, że „*W okresie obowiązywania umowy Wykonawca obowiązany jest zapewnić osiągnięcie poziomów odzysku odpadów komunalnych wynikających z przepisów powszechnie obowiązującego prawa - w szczególności z uwzględnieniem poziomów odzysku wskazanych w art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz aktów wykonawczych do tej ustawy.*”. Zgodnie z pkt 39 tego postanowienia PPU, osiągnięte przez Wykonawcę poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku obliczane będą na podstawie wzorów zawartych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa. Z pkt 40 wynika z kolei, że obliczenia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz weryfikacja osiąganych przez wykonawcę poziomów recyklingu wykonywana będzie przez Zamawiającego na podstawie przesyłanych przez wykonawcę Zamawiającemu rocznych sprawozdań. Analogiczne obowiązki zostały przez Zamawiającego powtórzone w §4 ust. 1 PPU rozpoczynającym się od słów „*Obowiązkiem Wykonawcy jest zapewnić:*” oraz w pkt 33 - 35 Opisu zakresu Usługi nr 1 zamieszczonego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ (dalej: „SOPZ”).
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 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 16 czerwca 2023 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 1469, dalej: „ucpg”) **gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 45% wagowo - za rok 2024. W roku 2025 będzie to już 55% wagowo (art. 3 b ust. 1 pkt 5 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 obojętne 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, burmistrza lub prezydenta 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 45% i 55% 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 Tułowice. Jak wynika z pkt 5 zamieszczonego w sekcji Opis przedmiotu zamówienia SOPZ w roku 2023 z całego terenu Zamawiającego zostały odebrane następujące ilości odpadów komunalnych (bez PSZOK-u): niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - 1053,88 Mg/rok, opakowania ze szkła - 86,1200 Mg/rok, zmieszane odpady opakowaniowe - 173,0800 Mg/rok, opakowania z papieru i tektury - 36,6600 Mg/rok, odpady ulegające biodegradacji - 344,9400 Mg/rok, odpady wielkogabarytowe - 32,8800 Mg/rok. Z kolei jak wynika z podanych przez Zamawiającego w zamieszczonej w tym punkcie OPZ tabeli prognozowanych ilości odpadów, szacunkowa masa rocznych odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych odpadów komunalnych) w okresie:
 - a) od 01.06.2024 roku do 31.12.2024 roku będzie wynosiła 627,0300 Mg;
 - b) od 01.01.2025 roku do 30.11.2025 roku będzie wynosiła 985,3400 Mg- co łącznie w okresie trwania umowy, tj.: od 01.06.2024 roku do 30.11.2025 roku (18 miesięcy) daje 1612,3700 Mg.
11. Z podanych przez Zamawiającego danych wynika, że masa zmieszanych odpadów komunalnych w 2023 r. wyniosła 61 % odpadów odebranych z terenu Gminy Tułowice. Pozostałych odpadów podlegających odbiorowi w 2023 r. było zatem zaledwie 39% 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 45% lub 55%.
12. Biorąc pod uwagę, że prognozowana przez Zamawiającego masa odpadów niesegregowanych (zmieszanych odpadów komunalnych) w 2025 r. również będzie wynosiła 61% odpadów odebranych z terenu Gminy Tułowice potwierdza się pewien stały udział odpadów zmieszanych w ogólnej masie odbieranych

odpadów komunalnych, a tym samym brak faktycznej możliwości osiągnięcia 45%, a następnie 55 % poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych.

13. 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.
14. Przedstawione wyliczenia jednoznacznie potwierdzają, że w przypadku Gminy Tułowice osiągnięcie poziomu recyklingu i ponownego przygotowania odpadów komunalnych na poziomie 45% w roku 2024 i 55% w roku 2025 jest niemożliwe, bowiem odpady selektywnie zbierane stanowią jedynie 39 %, 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.
15. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w publikowanych na stronie internetowej Urzędu Miejskiego w Tułowicach rocznych analizach stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Tułowice. Na wspomnianej stronie internetowej dostępne są analizy za lata od 2017 do 2022, analiza za 2023 r. nie została jeszcze opublikowana.
 - a) W analizie dotyczącej roku 2021 r. wskazano, że Gmina Tułowice osiągnęła poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, który wyniósł **26,72 %**, przy minimalnym poziomie 20 %.
<https://bip.tulowice.pl/4218/roczna-analiza-stanu-gospodarki-odpadami-komunalnymi-na-terenie-gminy-tulowice-w-roku-2021.html?searchKey=Roczna%20analiza%20stanu%20gospodarki%20odpadami%20komunalnymi%20na%20terenie%20Gminy%20Tułowice%20w%20roku>
 - b) Z kolei w analizie dotyczącej roku 2022 r. wskazano, że Gmina Tułowice osiągnęła poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, który wyniósł **29,28 %**, przy minimalnym poziomie 20 %.
<https://bip.tulowice.pl/4765/roczna-analiza-stanu-gospodarki-odpadami-komunalnymi-na-terenie-gminy-tulowice-w-roku-2022.html?searchKey=Roczna%20analiza%20stanu%20gospodarki%20odpadami%20komunalnymi%20na%20terenie%20Gminy%20Tułowice%20w%20roku>
16. Tym samym, realnie osiągnany poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w Gminie Tułowice **nie przekracza 30% i rok do roku wzrósł jedynie o niecałe 3%** - co wynika z nieprawidłowej segregacji odpadów - w tym głównie gromadzenia przez mieszkańców odpadów w formie zmieszanej.
17. 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%.

18. Jednocześnie, 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).

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.

19. 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.
20. 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 wzorze 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 (por. m.in. §5 PPU, w którym zostały uregulowane obowiązki Zamawiającego).

21. 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.**
22. Z informacji przedstawionych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, w szczególności OPZ 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).

23. 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.
24. 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.
25. 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.

26. Podsumowując, biorąc pod uwagę, iż:
- a) wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części odpadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Gminy Tułowice, 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).

27. Dodatkowo należy zauważyć, że każdy z wykonawców może w inny sposób wycenić ryzyko związane z osiągnięciem poziomów recyklingu (w zależności od przyjętych założeń poziom kar w całym okresie realizacji zamówienia może wahać się do 60 do 180 tysięcy złotych), 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 §12 ust. 5 PPU, „Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w przypadku niedopełnienia obowiązków wymienionych w § 4 ust. 1 niniejszej Umowy. Wysokość kary zostanie obliczona odrębnie dla wymaganych poziomów odzysku odpadów komunalnych wynikających z przepisów powszechnie obowiązującego prawa - w szczególności z uwzględnieniem poziomów odzysku wskazanych w art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz aktów wykonawczych do tej ustawy; Osiągnięcie poziomów odzysku wylicza się dla każdego okresu

oddzielnie; Osiągane przez Wykonawcę poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku obliczane będą na podstawie wzorów zawartych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa.”

2. Analiza przytoczonego postanowienia prowadzi do wniosku, że Zamawiający opisał w nim dokładnie mechanizm ustalenia wysokości kary (wskazał jak będzie ona obliczona tj. „*odrębnie dla wymaganych poziomów odzysku odpadów komunalnych wynikających z przepisów powszechnie obowiązującego prawa*”), ale nie wskazał jednocześnie przy tym w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości w jakiej konkretnie wysokości zostanie ona nałożona. Intencją Zamawiającego było zapewne, aby wykonawca był zobowiązany do zapłacenia kary umownej odpowiadającej karze administracyjnej nałożonej na Zamawiającego na podstawie przepisów ucpg (na co wskazuje odesłanie do przepisów ucpg i wzorów zawartych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa).
3. 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.
4. Ukształtowanie postanowień PPU w taki sposób, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia kary umownej 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 i to niezależnie od tego czy gmina faktycznie zapłaciła karę. Wykonawca będzie bowiem zobowiązany do zapłacenia kary również w sytuacji, gdyby okazało się, że gmina po uwzględnieniu poziomów recyklingu osiągniętych przez inne podmioty w odniesieniu do całego strumienia odpadów odbieranego z terenu gminy osiągnęła wymagane poziomy recyklingu.
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 przesłanką naliczenia kary umownej. Jeżeli wykonawca nie ponosi winy, to nie może być mowy o karze umownej lub obowiązku świadczenia gwarancyjnego. Wiąże się z tym również fakt, że podmiot musi ponosić odpowiedzialność za naruszenie 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 przestanki 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 wężiej, 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 współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów, a w świetle art. 353[1] KC swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współzycia 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 §12 ust. 5 PPU, 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 Tułowice - 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