

Sygn. akt KIO 2665/22

WYROK

z dnia 28 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022 r. przez wykonawcę MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Suchedniów

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości odwołującego – wykonawcę MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawcy MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Suchedniów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Suchedniów, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Suchedniów oraz z PSZOK”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 września 2022 r. pod nr 2022/S 187-529468.

W dniu 10 października 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą MS-EKO”, wniósł odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) przez Zamawiającego.

Uwzględniając sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej dokonane pismem z dnia 24 października 2022 r., Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 433 pkt 2 i art. 431 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej jako „KC”) w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 354 KC w zw. z art. 471 KC w zw. z art. 473 § 1 i § 2 KC poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w sytuacji, gdy stanowi to ustalenie kary umownej za zachowanie wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem Umowy. Rozwijając postawione w zarzucie uchybienie Odwołujący wskazał, że wykonawca może zrealizować umowę prawidłowo, a mimo to, nie osiągnąć ustalonego poziomu

recyklingu, ponieważ osiągnięcie poziomu recyklingu uzależnione jest od kodów odpadów, przekazywanych do odbioru i zagospodarowania przez mieszkańców oraz sposobu prowadzonej przez nich segregacji, na co wykonawca nie ma wpływu. Całkowite przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie tzw. poziomu recyklingu w sytuacji, gdy oczywistym jest, że wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie tego poziomu, jest niezgodne z obowiązkiem współdziałania Zamawiającego z wykonawcą przy wykonaniu umowy. Odpowiedzialność wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej w sposób opisany w § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, jest nieadekwatne do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i została oparta na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy. Jednocześnie działanie takie narusza art. 16 ustawy PZP, gdyż pozostaje nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

W konsekwencji tak sformułowanego zarzutu odwołania, uwzględniając przy tym modyfikację żądania dokonaną pismem z dnia 24 października 2022 r., Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania (SWZ, wzoru umowy) w ten sposób, aby zobowiązał wykonawcę do podejmowania działania przyczyniającego się do osiągnięcia wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości wskazanej w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ustawa”), Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w tym do przekazania możliwie największej ilości odpadów segregowanych nadających się do recyklingu i odzysku do podmiotów zajmujących się taką działalnością w tym o przekazanie następujących odpadów: papier (15 01 01, 20 01 01, 19 12 01) – w ilości minimum 65% masy przekazanej przez Zamawiającego, tworzyw sztucznych (15 01 02, 15 01 06, 20 01 39, 19 12 04) – 30% masy przekazanej przez Zamawiającego; szkła (15 01 07, 20 01 02, 19 12 05) – 80% masy przekazanej przez Zamawiającego; Popiołu (20 01 99, ex 20 01 99) – 35% masy przekazanej przez Zamawiającego; bioodpadów (20 02 01, 20 01 08) – 70% masy przekazanej przez Zamawiającego oraz o wykreślenie § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy.

Ponadto Odwołujący sformułował żądanie ewentualne na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę podstawowego żądania. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania (SWZ, wzoru umowy) w ten sposób, aby zobowiązał wykonawcę do podejmowania działania przyczyniającego się do osiągnięcia wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości wskazanej w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w tym do przekazania możliwie największej ilości odpadów segregowanych nadających się do recyklingu i odzysku do podmiotów zajmujących się taką działalnością w tym o przekazanie następujących odpadów: papier (15 01 01, 20 01 01, 19 12 01) – w ilości minimum 65% masy przekazanej przez Zamawiającego, tworzyw sztucznych (15 01 02, 15 01 06, 20 01 39, 19 12 04) – 30% masy przekazanej przez Zamawiającego; szkła (15 01 07, 20 01 02, 19 12 05) – 80% masy przekazanej przez Zamawiającego; popiołu (20 01 99, ex20 01 99) – 35% masy przekazanej przez Zamawiającego; bioodpadów (20 02 01, 20 01 08) – 70% masy przekazanej przez Zamawiającego oraz o modyfikację § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„za nieprzekazanie do recyklingu i odzysku do podmiotów zajmujących się taką działalnością następujących odpadów: papier (15 01 01, 20 00 01, 19 12 01) – w ilości minimum 65% masy przekazanej przez Zamawiającego, tworzyw sztucznych (15 01 02, 15 01 06, 20 01 39, 19 12 04) – 30% masy przekazanej przez Zamawiającego; szkła (15 01 07, 20 01 02, 19 12 05) – 80% masy przekazanej przez Zamawiającego; Popiołu (20 01 99, ex20 01 99) – 35% masy przekazanej przez Zamawiającego; bioodpadów (20 02 01, 20 01 08) – 70% masy przekazanej przez Zamawiającego – kary w wysokości obliczonej 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 – w wysokości obowiązującej na dzień stwierdzenia nieprzekazania do recyklingu i odzysku do podmiotów zajmujących się taką działalnością i brakującej masy odpadów komunalnych w/w frakcji koniecznych do uzyskania w/w poziomów frakcji odpadów komunalnych”.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca MS-EKO podał, że zgodnie z regulacją art. 3b ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 35% wagowo – za 2023 r. oraz co najmniej 45% wagowo – za 2024 r. Z przepisu tego wynika, że obowiązek osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w określonych wysokościach nałożony został bezpośrednio na gminy i stanowi jej zadanie. To gminy są rozliczane z osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i ponoszą odpowiedzialność za ich nieosiągnięcie. Odwołujący podał też, że jego zdaniem Zamawiający w Rozdziale II ust. 2.3. pkt 2 SWZ i § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy bezpodstawnie delegował swoje obowiązki w postaci osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w latach 2023 oraz 2024 na wykonawcę i obarcza wykonawcę wysokimi karami umownymi, opartymi na zasadzie ryzyka, a nie winy, w przypadku ich niespełnienia. Według Odwołującego jedyną sytuacją, w której odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu leży na podmiocie dokonującym odbioru odpadów, zgodnie z regulacją art. 9g pkt 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest przypadek, w którym podmiot dokonuje odbioru odpadów z nieruchomości na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, a nie z gminą.

Odwołujący wskazał też, że w 2021 r. realizował usługę na rzecz Zamawiającego, w związku z czym był w stanie dokonać analizy poziomu recyklingu uzyskiwanego przez Zamawiającego również w 2021 r. Poziom ten wynosił 21% (tu: tabela na str. 7 odwołania). Następnie Odwołujący powołał się na zamieszczone przez Zamawiającego w Rozdziale II ust. 2 pkt 2 SWZ szacowane dane dotyczące ilości odpadów do odbioru, transportu i zagospodarowaniu przez okres 24 miesięcy w ramach realizacji zamówienia (tu: tabela na str. 8 odwołania). Odwołujący wskazał, że z danych zawartych w treści SWZ wynika, iż wykonawca nie będzie miał możliwości osiągnięcia wymaganego w 2023 r. poziomu recyklingu 35%, a w 2024 r. 45%. Odwołujący dokonał własnych wyliczeń matematycznych w oparciu o szacowane dane udostępnione przez Zamawiającego w SWZ, zgodnie z regulacją art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, z których wynika, że szacowany poziom recyklingu wynosi zaledwie 18 %. Biorąc zatem pod uwagę szacowane ilości odpadów podlegających odbiorowi i zagospodarowaniu w 2023 i 2024 r. wykonawca nie ma jakichkolwiek możliwości na osiągnięcie wymaganych ustawowo poziomów recyklingu.

Odwołujący zauważył, że w przypadku, gdy Zamawiający nie podejmie radykalnych kroków mających na celu osiągnięcie poziomów recyklingu, w tym uświadomienia mieszkańców gminy Suchedniów o zasadach prawidłowej segregacji odpadów poprzez ich edukację w postaci licznych kampanii reklamowych, promowania segregacji odpadów poprzez akcje promocyjne (np. wysyłanie wiadomości e-mail do mieszkańców wyjaśniających zasady dotyczące prawidłowej segregacji i wskazujących na korzyści takiej segregacji dla środowiska oraz przyszłych pokoleń, wysyłanie SMS-ów do mieszkańców, przypominających o prawidłowej segregacji, rozdawanie ulotek, edukowanie młodzieży na zajęciach w szkołach / przedszkolach, organizowanie wydarzeń typu sprzątanie gminy z uwzględnieniem prawidłowej segregacji odpadów itd.), a także uświadamianie ich o realnym zagrożeniu dla mieszkańców gminy, którym jest niewątpliwie niezyskanie minimalnych poziomów recyklingu, w wyniku których na gminę nałożone zostaną kary zgodnie z art. 290 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, to nie ma możliwości osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu.

Wykonawca MS-EKO podkreślił, że wykonawca nie posiada narzędzi znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego (np. akcje edukacyjne, system sankcyjny, tworzenie planów i regulaminów), dzięki zastosowaniu których można by zdyscyplinować mieszkańców Gminy do zwiększenia udziału odpadów selektywnie zbieranych w ogólnym strumieniu odpadów. Poza tym wykonawca realizując zamówienie nie ma realnych narzędzi wpływających na ilość wytwarzanych odpadów komunalnych przez mieszkańców jak i sposób ich segregacji. Odwołujący ma świadomość, że na wykonawcy ciąży obowiązek sprawdzania jakości sposobu segregacji prowadzonej przez mieszkańców gminy, do czego zobowiązują go postanowienia zawarte w Rozdziale II ust. 2.3 pkt 13 SWZ, jednak w przypadku braku prawidłowej segregacji (np. w worku przeznaczonym na odpady typu papier, zostaną pomieszane różne odpady takie jak papier i obierki, albo pojemnik z olejem / farbą itp., zanieczyszczą one odpady w stopniu uniemożliwiającym zaklasyfikowanie ich jako selektywnych), wykonawca zgodnie z regulacją art. 6ka ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ma obowiązek odbioru odpadów jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne. Zatem w przypadku, gdy mieszkańcy nieprawidłowo segregują odpady, wykonawca nie ma możliwości odmowy odbioru odpadów, natomiast musi dokonać ich odbioru i poinformować o nieprawidłowej segregacji Zamawiającego ze wskazaniem adresów, pod którymi segregacja dokonywana jest w sposób nieprawidłowy. Dopiero na podstawie informacji o nieprawidłowej segregacji Zamawiający nakłada kary na mieszkańców, którzy dokonują nieprawidłowej segregacji. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zakłada, że tzw. kara stanowi wielokrotność opłaty za odpady

zbierane selektywnie – od dwukrotności do czterokrotności tej stawki. W przypadku Gminy Suchedniów koszt odbioru odpadów od osoby w 2021 r. wynosił 25 złotych.

Odwołujący zauważył, że w przypadku nałożenia na mieszkańca gminy podwyższonej opłaty za nieprawidłową segregację opłata taka zasila budżet Zamawiającego, natomiast wykonawca nie uzyskuje z tego tytułu żadnych korzyści finansowych, co jego zdaniem jest istotne w kontekście kary umownej, jaką Zamawiający przewidział w § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy. Odwołujący wskazał, że powyższe postanowienie umowne w zakresie kary umownej zostało sformułowane z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób, który nie uwzględnia rzeczywistych możliwości realizacji usługi i zakresu odpowiedzialności wykonawcy przez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia dokumentacji postępowania, że bez wątplenia przeniósł na wykonawcę pełną odpowiedzialność, jaką może ponieść Zamawiający za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z regulacją art. 9z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ponadto Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu do projektu ustawy PZP z 2019 r. ustawodawca wyraźnie wskazał na zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Odwołujący dodał też, że postanowienia dotyczące poziomów recyklingu i kar umownych za ich nieosiągnięcie zawarte w dokumentacji postępowania są wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 431 ustawy PZP, a osiągnięcie ustalonego poziomu recyklingu doznaje jeszcze większych przeszkód, ponieważ ryzyko jego nieosiągnięcia jest wyższe niż w poprzednich latach ze względu na wzrastające z roku na rok minimalne poziomy recyklingu. Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie ma najmniejszego wpływu na szereg obowiązków, które w celu osiągnięcia poziomów recyklingu zrealizować musi gmina (czyli Zamawiający). Powołał się przy tym na treść regulacji prawnych wskazujących na takie obowiązki gminy. Na przykład zgodnie z regulacją art. 6c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach to Zamawiający jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, natomiast zgodnie z regulacją art. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie.

Odwołujący skonstatował, że to Zamawiający sprawuje kontrolę nad wypełnieniem obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, ustalając m. in. zasady nakładania i określania opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów. W jego ocenie wykonawca w tym zakresie nie ma najmniejszej przestrzeni do działania, więc skoro to Zamawiający posiada odpowiednie instrumenty, które mają wpływ na zdyscyplinowanie mieszkańców do selektywnej zbiórki odpadów i bezpośrednio mogą przełożyć się na realizację poziomu recyklingu, to właśnie naruszeniem przepisów ustawy jest obarczenie wykonawcy pełną odpowiedzialnością za jego nieosiągnięcie. Odwołujący podkreślił również, że Zamawiający ma ustawowe uprawnienie wliczenia do poziomów recyklingu odpadów pochodzących z innych źródeł np. z punktów skupu czy wliczenia kompostu z przydomowych kompostowników. Natomiast wykonawcy nie dysponują takimi danymi, a także ani nie dokonują oni obliczeń poziomów recyklingu, ani nie czuwają nad ich prawidłowością, ponieważ nie mają nad tym żadnego nadzoru. Zważywszy na treść postanowień SWZ i wzoru umowy Odwołujący wskazał, że ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu obciąża jedynie wykonawcę pomimo, że nawet w przypadku prawidłowego zrealizowania usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Suchedniów, wykonawca może nie osiągnąć minimalnego poziomu recyklingu, co jest niemal pewne biorąc pod uwagę wyliczenia Odwołującego zawarte w odwołaniu. Poza tym przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu, lecz wykonanie usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zatem Zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z prawidłowym wykonaniem umowy.

Ponadto zdaniem wykonawcy MS-EKO Zamawiający we wzorze umowy ukształtował stosunki pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w sposób sprzeczny z zasadą współdziałania przy wykonywaniu umowy, która wynika z regulacji art. 431 ustawy PZP. Odwołujący uważa, że odpowiedzialność wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy winna zostać ukształtowana stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Według niego kara umowna wskazana we wzorze umowy jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i stanowi ona istotne naruszenie przepisów prawa, albowiem to właśnie od współdziałania Zamawiającego z wykonawcą zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, dlatego też pełna odpowiedzialność za ich osiągnięcie nie może spoczywać tylko na wykonawcy. Podsumowując swoje stanowisko Odwołujący jeszcze raz w sposób szczególny zaakcentował, że nawet przy prawidłowej realizacji przedmiotu umowy i jednoczesnym podjęciu najwyższych

starań ze strony wykonawcy istnieje ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu z przyczyn zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności, które mają na celu zdyscyplinowanie mieszkańców, szerzenie społecznej świadomości dotyczącej sposobu segregowania odpadów i wagi segregacji odpadów dla środowiska. Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za zaniechania Zamawiającego, a według postanowień zawartych w SWZ i we wzorze umowy, to właśnie wykonawca, pomimo braku wpływu na taką sytuację, będzie musiał ponosić wyłączną odpowiedzialność na zasadzie kary umownej.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym dowody złożone przez odwołującego na rozprawie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, które zostały złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiłaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie w trybie art. 555 ustawy PZP zarzutu odwołania – po jego sprostowaniu przez Odwołującego pismem z dnia 24 października 2022 r. Odwołujący w piśmie z dnia 24 października 2022 r. dokonał jedynie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w ten sposób, że zamiast „§ 3 ust. 23 wzoru umowy” wpisał „§ 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy”. Natomiast konstrukcja normatywna zarzutu, jak również jego opis, wskazujące na uchybienia zarzucane Zamawiającemu, nie zostały w ogóle zmienione. Nie ma więc podstaw do wywodzenia, że Odwołujący dokonał takiej modyfikacji zarzutu odwołania, którą można by traktować jako zupełnie nowy zarzut, który pierwotnie nie został zawarty w odwołaniu.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony oraz uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej, w tym z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie:

- Wyliczenia własnego Odwołującego dotyczącego poziomu recyklingu na podstawie danych udostępnionych przez Zamawiającego w SWZ i szacunkowych kar umownych za niespełnienie poziomów recyklingu (dowód nr 1),
- Tabel, na podstawie których sporządzono wykresy obrazujące ilości zebranych odpadów (dowód nr 2),
- Wydruku internetowego danych z GUS (dowód nr 3),
- Oświadczenia spółki PGK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opcznie z dnia 24 października 2022 r. (dowód nr 4),
- Oświadczenia spółki REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 24 października 2022 r. (dowód nr 5),
- Wydruków ze strony internetowej Gminy Suchedniów oraz ze strony internetowej Ministerstwa Klimatu i Środowiska (dowód nr 6),
- Dokumentu zatytułowanego „Warunki i zasady przyjęcia makulatury przez STORA ENSO” (dowód nr 7),

- Dokumentu zatytułowanego „Instrukcja kwalifikacji jakościowej i warunków przyjęcia stłuczki szklanej przekazywanej do Krynicki Recykling S.A.” (dowód nr 8),
- Dokumentów dotyczących podobnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Bliżyn (dowód nr 9).

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej oraz dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie. Dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie pozwoliły poznać Izbie szerszy kontekst sprawy, ale wobec treści postawionego zarzutu odwołania i jego szerokiego uzasadnienia nie miały one większej wartości dowodowej i decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Gmina Suchedniów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Suchedniów oraz z PSZOK”*. Numer referencyjny tego zamówienia to GNI.271.11.2022.AJ.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 września 2022 r. pod nr 2022/S 187-529468.

W Rozdziale II SWZ zostało przewidziane, że w ramach realizowanej usługi wykonawca będzie zobowiązany do odbierania i zagospodarowania masy odpadów komunalnych zebranych selektywnie od mieszkańców miasta i gminy Suchedniów zgromadzonych w Punkcie

Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK). W dokumentacji postępowania zostało zastrzeżone, że ze względu na przedmiot zamówienia, Zamawiający nie jest w stanie precyzyjnie określić ilości odpadów komunalnych, które zostaną zgromadzone na terenie PSZOK w okresie realizacji umowy. Zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy biorący udział w postępowaniu w swoich szacunkach mogą opierać się wyłącznie na danych archiwalnych opisanych w SWZ, własnej wiedzy i posiadanym doświadczeniu.

W Rozdziale II ust. 2.3. SWZ Zamawiający postawił wykonawcy szereg wymagań, które ten musi spełnić w zakresie realizacji zamówienia. W punkcie 2 tego rozdziału SWZ Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zagospodarowania zebranych odpadów w sposób, który zapewni osiągnięcie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, o których 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) w odniesieniu do następujących frakcji odpadów: papier, tworzywa sztuczne i szkło.

W § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 4 do SWZ, Zamawiający przewidział obowiązek zapłaty kary umownej przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowanie do ponownego użycia i odzysku innymi metodami – w wysokości obliczonej 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 – w wysokości obowiązującej na dzień stwierdzenia nieosiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu, przygotowanie do ponownego użycia i odzysku innymi metodami – i brakującej masy odpadów komunalnych.

Ponadto Zamawiający zastrzegł w § 7 wzoru umowy, że wszelkie kwoty należne Zamawiającemu, w szczególności z tytułu kar umownych i innych odszkodowań, będą potrącane z płatności realizowanych na rzecz wykonawcy. Jeżeli kwota kary przekroczy wartość ostatniej faktury wówczas pozostała kara będzie naliczana notą księgową (ust. 2). Łączna wysokość kar umownych naliczonych przez Zamawiającego nie może przekroczyć 30 % łącznej,

szacowanej wartości zamówienia brutto określonej w umowie (ust. 3). Zamawiający zastrzegł też sobie prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, na zasadach ogólnych uregulowanych w Kodeksie Cywilnym (ust. 4).

Zgodnie z rozdziałem III SWZ Zamawiający okres realizacji przedmiotu umowy określił na 24 miesiące liczone od dnia podpisania umowy. Rozpoczęcie realizacji zadania nastąpi w terminie 3 dni roboczych od dnia podpisania umowy z zastrzeżeniem, że w przypadku, w którym umowa zostanie podpisana przed dniem 1 stycznia 2023 r. realizacja usługi rozpocznie się dopiero od dnia 1 stycznia 2023 r. Zatem przewidywany okres realizacji zamówienia to 1 stycznia 2023 r. – 31 grudnia 2024 r. z zastrzeżeniem, że może on ulec zmianie w związku z możliwością rozstrzygnięcia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby odwołanie złożone przez wykonawcę MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w swoim środku ochrony prawnej podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego wielu przepisów ustawy PZP oraz KC. Zgodnie natomiast z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Zaskarżone w odwołaniu przepisy ustawy PZP to:

- art. 433 pkt 2 ustawy PZP, który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem,

- art. 431 ustawy PZP stanowiący, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia,
- art. 16 ustawy PZP określający podstawowe zasady prawa zamówień publicznej, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny,
- art. 17 ust. 1 ustawy PZP, w którym została unormowana zasada efektywności, według której Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów,
- art. 8 ust. 1 ustawy PZP zawierający odesłanie do przepisów Kodeksu Cywilnego, zgodnie z którym 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), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Natomiast przepisami Kodeksu Cywilnego, które zaskarżył w swoim odwołaniu Odwołujący są:

- art. 58 KC, który stanowi, że: § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. § 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje

w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie została dokonana,

- art. 353¹ KC, zgodnie z którym 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,
- art. 354 KC, stanowiący, że: § 1. Dłużnik powinien wykonać 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 odpowiadający tym zwyczajom. § 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel,
- art. 471 KC, według którego 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,
- art. 473 § 1 KC stanowiący, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi,
- art. 473 § 2 KC, według którego nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

Izba rozpoznając odwołanie uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego licznych przepisów ustawy PZP i KC, które w swoim odwołaniu wymienił wykonawca MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Odwołujący poprzez wniesienie środka ochrony prawnej dążył do usunięcia z dokumentacji zamówienia jednego z postanowień zawartych we wzorze umowy, w którym Zamawiający dopuścił karę umowną za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu odpadów, przygotowania ich do ponownego użycia i odzysku innymi metodami. Analiza zapisów wzoru umowy wskazuje na to, że kara umowna opisana w § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, jest odpowiednikiem kary pieniężnej, jaka może zostać nałożona na Gminę w razie nieosiągnięcia przez nią poziomów recyklingu odpadów wymaganych ustawą.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. Natomiast w art. 3 ust. 2 tej ustawy został przewidziany przykładowy katalog czynności, na podstawie których gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania. Ponadto zgodnie z art. 3b ust. 1 ustawy gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 35% wagowo – w roku 2023 i 45% wagowo – w roku 2024. W art. 9z ust. 2a tej ustawy zostało przewidziane, że gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b ustawy, 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. Zgodnie z art. 9z ust. 3 i art. 9x ust. 3 ustawy kary pieniężne, o których mowa w art. 9z ust. 2a pkt 1 i 2 ustawy, 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. Natomiast zgodnie z art. 9z ust. 3 i art. 9x ust. 4 ustawy karę pieniężną, o której mowa w art. 9z ust. 2a pkt 3 ustawy, 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 masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania wyrażonej w Mg. Pisząc zatem w skrócie – kara pieniężna będzie nakładana na gminę każdorazowo w wysokości proporcjonalnej do stopnia nieosiągnięcia obowiązującego w danym roku poziomu recyklingu.

Biorąc pod uwagę powyższe regulacje prawne zawarte w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach należy stwierdzić, iż gdyby Gmina Suchedniów nie zadbała w dokumentacji zamówienia o stworzenie mechanizmów prawnych zabezpieczających należyte wykonanie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych przez wybranego wykonawcę, to wówczas Zamawiającemu można by postawić zarzut naruszenia

przepisów prawa, w tym m. in. art. 17 ust. 1 ustawy PZP i art. 433 pkt 2 ustawy PZP. Wskazać należy, że ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w ramach realizacji zadań własnych gminy, nakłada na nie prawny obowiązek osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu odpadów komunalnych, który to poziom z każdym kolejnym rokiem kalendarzowym będzie wzrastał. Dodatkowo realizacja tego obowiązku prawnego gminy została obwarowana odpowiednimi administracyjnoprawnymi sankcjami pieniężnymi. Wysokość kar pieniężnych jest adekwatna i proporcjonalna do stopnia niewypełnienia nałożonego obowiązku. Wobec tego nawet regulacja art. 474 KC, który stwierdza, że dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza, obliuguje Gminę Suchedniów do tego, żeby w dokumentacji zamówienia przewidzieć takie postanowienia umowy, które w jak największym stopniu zabezpieczą prawidłową realizację zamówienia przez wykonawcę. W tej sytuacji taki sposób zorganizowania przez Zamawiającego usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, gdzie gmina poprzez zastrzeżenie kary umownej obciąża wykonawcę realizującego usługę na jej rzecz obowiązkiem, którym sama wcześniej została obciążona przez prawodawcę, jest prawnie uzasadniony. Co więcej, takie ukształtowanie postanowień umowy – stanowiące niejako automatyczne przeniesienie regulacji ustawowej do treści umowy – nie może być uznawane za naruszenie jakiegokolwiek przepisu prawa. Niezależnie od powyższego wypada też zauważyć, że wprowadzenie do wzoru umowy kary umownej za nieosiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu odpadów komunalnych czyni zadość unormowanej w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP zasadzie efektywności, gdyż z jednej strony zapewnia ono najlepszą jakość usługi uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, z drugiej zaś strony zapewnia uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał w ogóle w odwołaniu, na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP i dlaczego w sposobie zredagowania dokumentacji zamówienia, w tym § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy upatruje on naruszenia zasady efektywności przez Zamawiającego. Izba podziela przy tym zapatrywanie prawne wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2022 r. w sprawach połączonych KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22, KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22 i KIO 1125/22, tj. że uwolnienie od obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu wykonawców odbierających odpady komunalne w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu jest wątpliwe w kontekście wynikającego z regulacji

art. 9g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązku osiągnięcia określonego w art. 3b ust. 1 tej ustawy poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, z czego można wyprowadzić logiczny wniosek, że przedsiębiorca już przez sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych powinien liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągnięcia wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu odpadów. Wykonawca ME-EKO nie wykazał również w swoim odwołaniu, aby Zamawiający w § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy nałożył na wykonawcę karę umowną za zachowanie niezwiązane choćby pośrednio z przedmiotem umowy lub z jej prawidłowym wykonaniem. Wobec powyższego nie może być mowy o naruszeniu przez Zamawiającego art. 433 pkt 2 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 ustawy PZP. Dlatego też w tym zakresie zarzuty odwołania nie mogły zostać uwzględnione.

Przechodząc do omówienia kolejnych zarzutów odwołania wykonawca MS-EKO zarzucając Zamawiającemu jednoczesne naruszenie art. 431 ustawy PZP i art. 354 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP nie dostrzega, że powyższe przepisy odnoszą się do obowiązku współdziałania stron umowy, ale dopiero na etapie wykonania umowy. Przepisy te nie mogą zatem znaleźć zastosowania do etapu projektowania i formułowania postanowień umownych, kiedy umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została jeszcze zawarta. Odwołujący braku współdziałania stron w wykonaniu umowy upatruje w całkowitym przerzuceniu na wykonawcę odpowiedzialności za nieosiągnięcie poziomu recyklingu odpadów, czyli Odwołującemu chodzi właśnie o ukształtowanie treści postanowień umowy a nie o etap realizacji umowy. Zatem o ewentualnym naruszeniu powyższych przepisów prawa można mówić dopiero po zawarciu umowy, a do czego byłaby niezbędna wykładnia treści umowy i ocena zachowania stron umowy w kontekście ich obowiązków wynikających zarówno z postanowień samej umowy, jak i z przepisów prawa, zasad współżycia społecznego czy ustalonych zwyczajów. Izba nie stwierdziła zatem naruszenia art. 431 ustawy PZP i powiązanego z nim art. 354 KC, który może być stosowany w prawie zamówień publicznych na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy PZP.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących naruszenia art. 353¹ KC, art. 471 KC i art. 473 § 1 i § 2 KC (stosowanych w prawie zamówień publicznych na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy PZP), to ich postawienie przez Odwołującego jest całkowicie nieuzasadnione w kontekście stanu faktycznego tej sprawy. Wykonawca MS-EKO uważa, że zastrzeżenie kary umownej za

nieosiągnięcie wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady swobody umów, zasady odpowiedzialności kontraktowej na zasadzie winy, zasady odpowiedzialności kontraktowej na zasadzie ryzyka poprzez umowne rozszerzenie zakresu odpowiedzialności, jak również że narusza zakaz czynienia zastrzeżeń umownych, które wyłączają odpowiedzialność dłużnika za szkodę wyrządzoną wierzycielowi umyślnie. Tak sformułowane zarzuty odwołania nie mogą zostać przez Izbę uwzględnione. Przede wszystkim podnieść należy, iż to Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w granicach obowiązujących przepisów prawa i w sposób odpowiadający swoim uzasadnionym potrzebom, ustala jego warunki. Podkreślić też należy, że z unormowanej w art. 353¹ KC zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron, a więc na brak równowagi ich wzajemnej sytuacji prawnej. Nie można z tego przepisu wywodzić prawa do domagania się przez stronę zawarcia umowy na warunkach przez nią postulowanych, jak również do żądania ukształtowania treści postanowień umowy w sposób przez nią oczekiwany. Z uzasadnienia zarzutów odwołania wybrzmiewa pogląd Odwołującego, że odpowiedzialność kontraktowa wykonawcy za nieosiągnięcie wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu odpadów komunalnych powinna zostać ustalona w dokumentacji zamówienia na zasadzie winy wynikającej z art. 471 KC, tymczasem z regulacji art. 433 pkt 3 ustawy PZP jednoznacznie wynika, że projektowane postanowienia umowy nie mogą jedynie przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Na gruncie prawa zamówień publicznych nie ma zatem przeszkód, aby ustanowić odpowiedzialność wykonawców na zasadzie ryzyka. Powoływanie się zaś przez Odwołującego na naruszenie art. 473 § 2 KC w sytuacji, gdy skarżony przez niego § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy wcale nie zmierza do wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy za szkodę wyrządzoną Zamawiającemu umyślnie, jest całkowicie niezrozumiałe. Z powyższych względów Izba orzekła o oddaleniu zarzutów odwołania w zakresie wskazującym na naruszenie art. 353¹ KC, art. 471 KC i art. 473 § 1 i § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP.

Oprócz zarzucenia naruszenia opisanych powyżej przepisów Kodeksu Cywilnego Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 58 KC, który przewiduje nieważność czynności prawnej sprzecznej z ustawą, mającej na celu obejście ustawy lub sprzecznej z zasadami współżycia społecznego. Izba wyraźnie podkreśla, iż tego rodzaju zarzuty odwołania, które opierają się na bliżej niedookreślonych klauzulach generalnych, podnosi się w ostateczności – czyli wtedy, gdy nie da się już sformułować żadnego konkretnego zarzutu naruszenia prawa materialnego w

oparciu o przepisy ustawy PZP, inne przepisy KC lub ewentualnie innych ustaw szczegółowych. Natomiast w niniejszej sprawie wykonawca MS-EKO w swoim środku ochrony prawnej zawarł wiele zarzutów dotyczących naruszenia norm prawa zamówień publicznych i prawa cywilnego, które nie znalazły uznania w oczach Izby. Niezależnie od powyższego trzeba też podnieść, iż Odwołujący nie wymienił i nie opisał w swoim odwołaniu żadnych skonkretyzowanych zasad współżycia społecznego, które miałyby zostać naruszone przez Zamawiającego poprzez takie a nie inne sformułowanie projektowanych postanowień umownych. Analizując stan faktyczny tej sprawy należy wysnuć wręcz wniosek przeciwny – rażąco sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, w tym z zasadą uczciwości i zasadą przyzwoitości, byłoby doprowadzenie przez Zamawiającego do takiej sytuacji, w której przedsiębiorcy zarabialiby na odbiorze, transporcie i zagospodarowywaniu odpadów dzięki środkom uzyskanym od Gminy Suchedniów, natomiast to na członków wspólnoty samorządowej Gminy Suchedniów zostałyby przerzucone wszelkie negatywne skutki finansowe, które mogłyby powstać w przypadku nieosiągnięcia wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu odpadów. Mając powyższe na względzie Izba oddaliła zarzut odwołania w odniesieniu do naruszenia art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP, albowiem Odwołujący nie wykazał w ogóle w odwołaniu na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Stąd też zarzut odwołania w zakresie dotyczącym naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP nie został przez Izbę uwzględniony.

Podsumowując, w ocenie Izby nie było podstaw ani do wykreślenia ze wzoru umowy jego § 7 ust. 1 pkt 3, który przewiduje karę umowną za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, ani do innych modyfikacji postanowień SWZ zgodnie z żądaniami odwołania wykonawcy MS-EKO po jego sprostowaniu pismem z dnia 24 października 2022 r. Wobec powyższego zarzut odwołania w odniesieniu do wszystkich wymienionych w nim naruszeń przepisów prawa podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba oddalając odwołanie zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w związku z poniesionym wydatkiem na wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: