

WYROK
z dnia 7 stycznia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 stycznia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 grudnia 2019 roku** przez wykonawcę: **Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Nieporęt z siedzibą w Nieporęcie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, EKO-MAX Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego - Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego Gminy Nieporęt, z siedzibą w Nieporęcie** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie, Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 16 grudnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1834 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również: Odwołujący, Wykonawca albo Spółka).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę „Obieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Nieporęt w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2020 roku”, którego wartość przekracza równowartość kwoty 221000 Euro, prowadzi Zamawiający: Gmina Nieporęt reprezentowana przez Wójta Gminy Nieporęt, z siedzibą w Nieporęcie.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami Pzp czynności polegających na sposobie ukształtowania niektórych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ).

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy. Jako podmiot działający w branży gospodarki odpadami komunalnymi, świadczący usługi z zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym przedmiotowo tożsamy z zakresem zamówienia. W wyniku naruszeń przepisów P.z.p., wskazanych w odwołaniu, Wykonawca może ponieść szkodę, przejawiającą się w niezyskaniu zamówienia. Jego zdaniem postępowanie obarczone jest wadami, które uniemożliwiają racjonalne sporządzenie ofert, których porównanie może stanowić podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej.

Informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący mógł poznać od dnia 4 grudnia 2019 r., kiedy to Zamawiający na stronie podmiotowej BIP opublikował ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w tym samym dniu (tj. 4 grudnia 2019 r., pod numerem 2019/S 234-573964) oraz SIWZ. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu dnia 16 grudnia 2019 r., tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych.

Zamawiającemu zarzucono nieprawidłowe ukształtowanie następujących zapisów SIWZ:

1. § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) w sposób naruszający art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58,353¹, art. 483 §1, 471- 473 K.c. oraz art. 3b i 3c i 9z ust. 2 u.c.p.g. tj. ukształtowanie przesłanek nałożenia na Wykonawcę kar umownych, w sposób przenoszący całkowity ciężar odpowiedzialności administracyjnoprawnej cięższej na Zamawiającym (jako gminie) na Wykonawcę usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, kreując tym samym przesłanki nałożenia kar umownych oderwane od zakresu i zasad ponoszenia odpowiedzialności przez Wykonawcę, obciążając Wykonawcę obowiązkiem zapłaty kary umownej za niezależne od niego okoliczności, w tym zawionie i obciążające Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„20) w wysokości odpowiadającej stopniowi przyczynienia się Wykonawcy do nieosiągnięcia przez Zamawiającego poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (o których mowa w art. 3b ust. 1 i 2 i 3c u.c.p.g.) nie wyższej niż 50% kary nałożonej na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 u.c.p.g. tj. kary za nieuzyskiwanie przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. lit. 2 u.c.p.g lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania o którym mowa w art. 3c u.c.p.g.

Na podstawie ww. przesłanki naliczenie kar nastąpi, jeżeli stopień i rodzaj przejawów niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (nierealizowana lub niezrealizowania w sposób zgodny z umową ciężących na nim obowiązków), będzie w należyty sposób uprawdopodobniał, że Wykonawca przyczynił się do nieosiągnięcia ww. poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania o których mowa w art. 3b ust. lit 2 i art. 3c u.c.p.g.”

2. § 1 ust. 2 Wzoru umowy oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) w zakresie ustanawiającym na Wykonawcy obowiązek zapewnienia *„1) osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych, tj. papier, metal, tworzywa sztuczne i szkło;*

2) osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia / odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne;

3) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i aktach normatywnych” - jako naruszającego art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1 Pzp

w zw. z art. 353¹ oraz art. 3b i 3c u.c.p.g. poprzez przeniesienia na Wykonawcę obowiązku zapewnienia osiągnięcia rezultatu obciążającego gminę Nieporęt jako Zamawiającego, którego osiągnięcie jest nie zostało powiązane z należywym wykonaniem zamówienia przez Wykonawcę.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu, modyfikacji § 1 ust. 2 Wzoru umowy oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„oraz w sposób sprzyjający, umożliwiający i niekolidujący z:

- 1) osiągnięciem odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych, tj. papier, metal, tworzywa sztuczne i szkło;*
- 2) osiągnięciem odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne;*
- 3) ograniczeniem masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i aktach normatywnych”.*

3. pkt 2.1. 6) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) jako naruszającego art. 139 ust. 1 Pzp w zw. art. 58, 353¹ K.c. w zw. z art. 6f.ust.:3 i 4;u.c.p.g., jako przewidującego obowiązek „odbioru i zagospodarowania każdej ilości odpadów określonych w pkt 1-5” przy jednoczesnym przewidzeniu przez Zamawiającego w § 6:

- a) ust. 1 Wzoru umowy, że „za wykonanie usługi będącej przedmiotem Umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za odebrane i zagospodarowane odpady komunalne stanowiące iloczyn cen jednostkowych określonych w formularzu ofertowym Wykonawcy stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy oraz ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych w zakresie poszczególnych frakcji, wynikających z kart przekazania odpadów z zastrzeżeniem, że całkowita wartość Umowy/łączne wynagrodzenie za wykonanie całości Umowy nie przekroczy kwoty zł brutto (słownie: zł brutto) za cały okres obowiązywania Umowy”;*
- b) ust. 3 Wzoru umowy, że „Ilości i rodzaje odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania określone przez Zamawiającego w SIWZ (we wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy) są szacunkowe, ilości te mogą ulec zmianie w trakcie realizacji Umowy - wzrosnąć lub zmaleć w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów z zastrzeżeniem, że nie będzie to powodować (nie może spowodować) wzrostu całkowitej wartości Umowy, o której mowa w ust. 1”.*
- c) ust. 6 „Wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę niezbędne do prawidłowego (zgodnego z warunkami Umowy) - wykonania*

Umowy, w tym koszty wykonania wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy, w tym z OPZ”.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu, modyfikacji § 6 Wzoru umowy poprzez modyfikację ust. 3 i nadanie mu brzmienia:

„ust. 3. Ilości i rodzaje odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania określone przez Zamawiającego w SIWZ (we wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy) są szacunkowe, ilości te mogą ulec zmianie w trakcie realizacji Umowy - wzrosnąć lub zmaleć w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów z zastrzeżeniem, że nie będzie to powodować (nie może spowodować) wzrostu całkowitej wartości Umowy, o której mowa w ust. 1 albowiem umowa wygasa wraz z realizacją przez Wykonawcę usług o wartości odpowiadającej kwocie wskazanej w ust 1”.

dodanie ust. 7 i nadanie mu brzmienia:

„7. Umowa wygasa w momencie zrealizowania przez Wykonawcę usług o wartości wskazanej w ust. 1. Jeżeli uzasadnione jest prawdopodobieństwo, iż sytuacja o której mowa w zdaniu poprzednim nastąpi przed 31 grudnia 2020 r., każda ze stron, która powzięła informację w tym zakresie obowiązana jest powiadomić o tym drugą stronę”.

oraz wykreślenie pkt 2.1. 6) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ)

4. pkt 4 9) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) jako naruszającego art. 139 ust. 1 Pzp w zw. art. 353¹ K.c. i art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g, jako nakładające na Wykonawcę nieuzasadniony prawnie obowiązek bezpośredniego przekazywania odpadów zielonych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych oraz przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji o statusie RIPOK

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu, modyfikacji pkt 4 9) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) i nadanie mu brzmienia:

„9) zagospodarowanie odpadów komunalnych stanowiących przedmiot zamówienia odebranych z terenu gminy Nieporęt (poddania odzyskowi, unieszkodliwieniu itp.) zgodnie z obowiązującym prawem oraz zgodnie z zapisami umowy, w tym zmieszane odpady komunalne, przekazywać bezpośrednio do instalacji komunalnej (wyjątki przekazywania ww. odpadów do innych instalacji określone zostały w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) oraz przedstawienie Zamawiającemu (jeden raz w miesiącu) dowodów potwierdzających wykonanie tych czynności, tj. karty przekazania odpadów wraz z informacją nt. instalacji, do której ww. odpady zostały przekazane”;

5. § 12 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy kreującego po stronie Zamawiającego uprawnienie do jednostronnego wygaszenia umowy z naruszeniem art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹,750 i 746 K.c.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu, modyfikacji § 12 ust 1 pkt 4 Wzoru umowy i nadanie mu brzmienia:

„4) gdy część zamówienia zostanie powierzona Podwykonawcy, który nie jest zarejestrowany w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonym przez Zamawiającego - o ile wykonawca powierzy Podwykonawcy realizację usług wymagających zarejestrowania w rejestrze działalności regulowanej”;

6. § 13 ust. 1 pkt 3,4,5,12 Wzoru umowy kreujących klauzule kar umownych w sposób naruszający art. 139 ust. 1 w zw. z art. 483 §1 K.c., 484 § 2 K.c., art. 353¹ K.c. - obarczający wykonawcę nieproporcjonalnym i nieuzasadnionym ryzykiem ponoszenia kar nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do wartości potencjalnej szkody, co może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacania Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz skutkuje nadużyciem pozycji Zamawiającego, jako strony samodzielnie konstruującej treść przedmiotowych postanowień.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu, modyfikacji § 13 ust. 1 pkt 3,4,5, 12 Wzoru umowy i nadanie im brzmienia:

„3) 20 zł - za ujawniony przypadek (za każdą nieruchomość) zwłoki wykonawcy w odebraniu odpadów komunalnych będących przedmiotem niniejszej umowy zgodnie z harmonogramem lub zgłoszeniem pisemnym, telefonicznym lub e-mailowym;

4) 50 zł - za każdy dzień zwłoki w realizacji "reklamacji" zgodnie z warunkami Umowy, tj. braku odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zarówno w zabudowie jednorodzinnej, jak i w wielorodzinnej zgłoszonej przez mieszkańca danej nieruchomości (liczą się dni robocze chyba, że odbiór odpadów zostanie dopuszczony w soboty, wówczas sobota traktowana będzie jako dzień roboczy); kara dotyczy każdego indywidualnego przypadku braku realizacji uzasadnionych i zweryfikowanych przez Zamawiającego reklamacji (terminowego załatwienia reklamacji) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

5) 200,00 zł - za każdy dzień zwłoki w realizacji zgłoszenia tj. zwłoki w odebraniu odpadów komunalnych z terenu PSZOK-u (dotyczy odpowiednio odpadów: segregowanych, wielkogabarytowych itd.). Kara będzie naliczana od dnia następującego po upływie 2 dniowego terminu na odebranie odpadów, liczonego do dnia otrzymania przez Wykonawcę zgłoszenia;

12) 10 zł - za każdy ujawniony przypadek stosowania przez Wykonawcę worków niespełniających wymogów szczegółowo określonych w opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi integralną część umowy (np. wymogi dotyczące grubości worków, kolorów, oznakowania itp.).

1. Sformułowanie przez Zamawiającego § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) w sposób naruszający art. 7 ust. 1.139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58, art. 353¹, art. 483 § 1, 471- 473 K.c. oraz art. 3b i 3c i 9z ust. 2 u.c.p.g.

Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w następujących przypadkach i w następującej wysokości:

20) w wysokości wyliczonej zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - za niezyskiwanie odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych tj. papier, metal, tworzywa sztuczne i szkło; poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych/rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i aktach normatywnych”.

Narzucony przez Zamawiającego sposób ukształtowania podstawy naliczenia kary umownej jest oderwany od brzmienia ustawy u.c.p.g. w okresie obowiązywania umowy (tj. od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r.) oraz wskazanych w petitum odwołania przepisów ustawy Pzp oraz KC.

Zgodnie z art. 27 pkt 1 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustawy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1579) art. 1 pkt 3 ustawy wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2020 r. Przepis art. 1 pkt 3 ustawy nowelizującej modyfikuje aktualne brzmienie art. 3b u.c.p.g. tj.:

1. Gminy są obowiązane osiągnąć do dnia 31 grudnia 2020 r.:

1) poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szklę w wysokości co najmniej 50% wagowo;

2) poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo.

2. Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia:

1) poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, które gmina jest obowiązana osiągnąć w poszczególnych latach, uwzględniając potrzebę osiągnięcia poziomów określonych w ust 1;

2) sposób obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania ich osiągnięcia przez każdą gminę

nadając mu następującą treść:

„1. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej:

- 1) 50% wagowo – za każdy rok w latach 2020-2024;*
- 2) 55% wagowo – za każdy rok w latach 2025-2029;*
- 3) 60% wagowo – za każdy rok w latach 2030-2034;*
- 4) 65% wagowo – za 2035 r. i za każdy kolejny rok*

2. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo rocznie.

3. Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, o których mowa w ust 1 i 2. kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania ich osiągnięcia przez każdą gminę.”

W konsekwencji pomimo, że Zamawiający w przywołanym postanowieniu kontraktowym odwołał się do brzmienia przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, to powyższe nastąpiło z naruszeniem brzmienia jakie przepis ten uzyska 1 stycznia 2020 r. Powyższe generuje po stronie Wykonawcy, niemożliwość ustalenia zakresu stanów faktycznych, w których nałożona zostanie na niego kara umowna, tj. czy Zamawiający na potrzeby ustalenia zasadności i wysokości naliczenia kary umownej ,poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła czy też wszystkich odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

W związku z niewydaniem przez Ministra właściwego do spraw środowiska rozporządzenia wykonawczego, nie jest aktualnie znany, w tym Wykonawcy, sposób obliczenia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, o których mowa w art. 3b ust. 1 i 2 u.c.p.g. Powyższe uniemożliwia m.in. ustalenie jakie elementy będą uwzględniane przy obliczaniu poziomów. Przykładowo Wykonawcy nie jest wiadome, a Zamawiający nie dookreślił tego w SIWZ, czy do poziomów odzysku będą wliczane odpady zbierane i zagospodarowywane przez właścicieli nieruchomości jednorodzinnych w przydomowych kompostownikach.

Pomimo, że przesłanka umowna odwołuje się do regulacji u.c.p.g., to powyższe nastąpiło do brzmienia dawnego przepisów, a w konsekwencji Wykonawca nie ma możliwości obiektywnego i racjonalnego określenia zakresu i stopnia ryzyk jakie powinien uwzględnić kreując ofertę na potrzeby postępowania. Każdy z wykonawców, może

odmiennie identyfikować i kalkulować ryzyka kontraktowe, co narusza art. 7 ust. 1 P.z.p. Obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym wywołuje konsekwencje na gruncie szacowania kosztów realizacji zamówienia, co ostatecznie przekłada się na cenę oferty. Efektem tego będzie złożenie ofert nieporównywalnych, w których ryzyko zostało oszacowane w sposób znacząco odmienny. Dojdzie do zakłócenia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Kolejnym zagrożeniem jest sytuacja "przeszacowania" cen ofertowych przez wykonawców, którzy nie znając dokładnie skali nałożonego na nich ryzyka, będą go szacować na bezpiecznym, a zatem wysokim poziomie. Obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontraktowym nie tylko może się okazać niepożądane w odniesieniu do budżetu zamawiającego, lecz może również prowadzić do naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 22 października 2018 r., KIO 2030/18).

Powyżej rezultat potęgowany jest przeniesieniem całego ciężaru odpowiedzialności administracyjnej, nałożonej przez ustawodawcę na gminę, na Wykonawcę realizującego usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Nieporęt.

Zgodnie z 3b ust. 1 i 2 i 3c u.c.p.g. w brzmieniu obowiązującym w okresie realizacji zamówienia:

„1. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpady budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej:

- 1) 50% wagowo - za każdy rok w latach 2020-2024;
- 2) 55% wagowo - za każdy rok w latach 2025-2029;
- 3) 60% wagowo - za każdy rok w latach 2030-2034;

2. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpady budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo rocznie.

1. Gminy są obowiązane ograniczyć masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania:

- 1) do dnia 16 lipca 2013 r. - do nie więcej niż 50% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,
- 2) do dnia 16 lipca 2020 r. - do nie więcej niż 35% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania - w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r."

Powyższe koresponduje z zakresem zadań nałożonych przez ustawodawcę na gminę. Jedynie przykładowo należy wskazać, że na gminie, w tym Zamawiającym ciężar takie obowiązki jak:

1. uchwalenia regulacji kreujących powszechnie obowiązujące przepisy w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, tj. Regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach (art. 4 ust. 1 u.c.p.g). Akt ten reguluje istotne dla uzyskania ww. poziomów aspekty takie jak:

a) wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych;
b) rodzaju i minimalnej pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym,

c) częstotliwości i sposobu pozbywania się odpadów komunalnych;

2. nadzoru nad gospodarowaniem odpadami komunalnymi, w tym realizacją zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (art. 3 ust. 1 pkt 4 u.c.p.g.). W zakresie nadzoru pozostaje również kontrola realizacji obowiązków o których mowa w art. 5 u.c.p.g. przez właścicieli nieruchomości,

3. zapewnienie selektywnego zbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady (art. 3 ust. 1 pkt 5 u.c.p.g.),

4. tworzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 5 u.c.p.g., 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 (art. 3 ust. 1 pkt 6 u.c.p.g.),

5. prowadzenie działań informacyjnych i edukacyjnych w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych (art. 3 ust. 1 pkt 8 u.c.p.g.)

Realizacja przez Wykonawcę zamówienia następuje w warunkach ukształtowanych przez gminę jako podmiot władny do określenia szeregu elementów składających się na sposób funkcjonowania lokalnego systemu gospodarki odpadami komunalnymi.

Ze względu na zakres władztwa gminy nad lokalnym systemem gospodarki odpadami komunalnymi, w przeważającej części osiągnięcie rezultatów, o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. uzależnione jest od gminy (jej działań i zaniechań). Powyższe zostało uwzględnione przez prawodawcę, który jako podmiot właściwy do ponoszenia odpowiedzialności za

nieosiągnięcie efektów weryfikowanych miernikami, o których mowa w art. 3b i 3c uznał gminę. Zgodnie z art. 9z ust. 2 u.c.p.g.:

„Gmina, która nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w art. 3b lub 3c podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu: 1) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne;

2) recyklingu, przygotowania do ponownego użycia / odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne;

3) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania”

Od wykonawcy uzależnione jest wyłącznie to, czy będzie realizował zamówienia z zachowaniem standardu należytej staranności i na warunkach określonych przez Zamawiającego. Organ wykonawczy gminy, obowiązany jest udzielić zamówienia na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych. W tymże postępowaniu, kreuje ściśle określone wymogi, w tym jakościowe i środowiskowe, oraz warunki dotyczące realizacji zamówienia, wypełniając tym samym dyspozycję art. 29 P.z.p. W konsekwencji, realizacja zamówienia, następuje przez wykonawcę, w sposób ściśle zdeterminowany przez Zamawiającego. Zakres swobody działania wykonawcy jest znacznie ograniczony.

Ze względu na powyższe postanowienie § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy, kolidują z art. 3b, 3d i 9z ust. 2 u.c.p.g, albowiem zmierzającą do przeniesienia odpowiedzialności administracyjnoprawnej, na wykonawcę będącego stroną stosunku cywilnoprawnego, narusza dyspozycję art. 58 K.c.

Ponadto postanowienie § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy narusza art. 353¹, art. 483 § 1, 471- 473 K.c. Kara umowna stanowiąc surogat odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej, nie odrywa się od zakresu ponoszonej przez strony umowy odpowiedzialności. Musi pozostawać ona w zgodności z tym zakresem (wyrok SA w Krakowie z dnia 5 października 2018,1 AGa 214/18; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 lipca 2018 r., 1 AGa 108/18). Zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się zatem wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego jest następstwem okoliczności, za które on ponosi odpowiedzialność (art. 471 KC) (tak wyrok SN z dnia 16 listopada 2017 r., V CSK 28/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2017 r., I ACa 1003/16).

Ustanowione we Wzorze umowy postanowienia nakazują przyjąć ponoszenie odpowiedzialność za ewentualne niedochowanie należytej staranności (471 w zw. z art. 472 i 355 k.c.). Wskazana reguła nie została zmodyfikowana w sposób wyraźny postanowieniami

ww. umowy (472 k.c.). W szczególności ponoszenia odpowiedzialności na zasadzie winy nie modyfikuje zastrzeżenie kary umownej tytułem okoliczności, o których mowa w § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy.

Zgodnie z art. 473 § 1 K.c., jak również utrwalonym stanowiskiem judykatury oraz wiodącym poglądem przedstawicieli doktryny, przyjęcie przez dłużnika (wykonawcę) odpowiedzialności z powodu okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, wymaga precyzyjnego i ścisłego ich określenia (tak wyrok SN z 11 stycznia 2001 r., IV CKN 150/00; wyrok SN z dnia 15 maja 2008 r., I CSK 548/07; wyrok SN z dnia 27 września 2013 r., I CSK 749/12; wyrok SN z dnia 16 listopada 2017 r. V CSK 28/17). Relację pomiędzy umownymi modyfikacjami odpowiedzialności a obowiązkiem zapłaty kary umownej przedstawiono m.in. w wyroku SN z dnia 16 listopada 2017 r., V CSK 28/17, w którym wskazano, iż „w ujęciu art. 483 i 484 K.c. kara umowna stanowi ryczałowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi z tytułu odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się zatem wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego jest następstwem okoliczności, za które on ponosi odpowiedzialność (art. 471 K.c.), tj. gdy - jeżeli strony co innego nie zastrzegły ani co innego nie przewiduje szczególny przepis ustawy - niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego wynika z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 K.c.), czyli z jego winy w postaci, co najmniej niedbalstwa; a jeżeli strony w umowie rozszerzyły odpowiedzialność dłużnika, obejmując nią ponadto niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu innych oznaczonych okoliczności (art. 473 K.c.), albo jeżeli rozszerzenie takie przewiduje szczególny przepis ustawy - gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika również z tych szerzej ujętych okoliczności - w czym przejawia się, w takich przypadkach, odpowiedzialność dłużnika na zasadzie ryzyka, a nie można wykluczyć, iż wyjątkowo nawet absolutna. Strony zaostrzając na podstawie art. 473 § 1 K.c. odpowiedzialność dłużnika przez oderwanie jej od zasady winy muszą jednak w umowie ściśle określić mające uzasadniać odpowiedzialność dłużnika okoliczności, niemieszczące się w granicach wyznaczonych przez art. 471 k.c.” W razie ewentualnego przyjęcia, istnienia po stronie wykonawcy zwiększonego stopnia odpowiedzialności, należy wskazać, że zakres odpowiedzialności kontraktowej nie może wykraczać ponad „odpowiedzialność za niewykonanie i nienależyte wykonanie zobowiązania. Powyższe przesądza treść art. 473 § 1 K.c.

A contrario kara umowna nie może zostać zastrzeżona za inne okoliczności, niż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Nieosiągnięcie poziomów, o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. w bardzo ograniczonym zakresie związane jest z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. W znacznym zakresie wiąże

się z okolicznościami pozostającymi poza zakresem relacji kontraktowej łączącej wykonawcę z zamawiającym. Osiągnięcie przewidzianych w art. 3b i 3c u.c.p.g. wskaźników uzależnione jest przede wszystkim od działań podejmowanych przez Zamawiającego i to w zakresie władczego kreowania sposobu funkcjonowania lokalnego systemu gospodarki odpadami komunalnymi (ukształtowanie Regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminach, egzekwowanie realizacji obowiązków ciążących na właścicielach nieruchomości, w tym skuteczne egzekwowanie opłaty podwyższonej itp.). W zakresie relacji kontraktowych, nie można pomijać, że również sposób ukształtowania przez Zamawiającego warunków umowy o cechach adhezyjnych oraz sposobu współdziałania z wykonawcą determinuje osiągnięcie celu przewidzianego w art. 3b i 3c u.c.p.g.

Zatem sposób ukształtowania § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie Kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 353¹K.c., z jednoczesnym naruszeniem art. 483 § 1,471-473 K.c.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu sformułowania postanowienia § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy w sposób zgodny z prawem, a więc uwzględniający, że na podstawie przepisów u.c.p.g. jest podmiotem ponoszących odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów, o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g.

Dodatkowo Odwołujący, uwzględniając, iż nienależyte wykonanie umowy, może przyczynić się do nieosiągnięcia przez Zamawiającego wskaźników wyrażonych w art. 3b i 3c u.c.p.g., wnosi o nakazanie Zamawiającemu przeformułowania § 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy, w sposób korelujący stopień przyczynienia się wykonawcy, do nieosiągnięcia ww. efektu. Powyższe umożliwi Zamawiającemu ochronę swojego interesu przy jednoczesnym nienaruszaniu obowiązujących przepisów prawa powszechnie obowiązującego, oraz naruszaniu interesów wykonawców.

2. Sformułowanie przez Zamawiającego § 1 ust. 2 Wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz zapisu Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) w sposób naruszający art. 139 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c. oraz art. 3b i 3c u.c.p.g. poprzez przeniesienia na Wykonawcę obowiązku zapewnienia osiągnięcia rezultatu obciążającego gminę Nieporęt jako Zamawiającego, którego osiągnięcie nie zostało powiązane z należyтым wykonaniem zamówienia przez Wykonawcę

Ukształtowane przez Zamawiającego postanowienia kreujące podmiotowy zakres odpowiedzialności za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach i aktach normatywnych, kolidują z przepisami art. 3b i 3c u.c.p.g., naruszając tym samym art. 139 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹K.c.

Odwołujący podnosił, że ustawowy sposób ukształtowania odpowiedzialności za nieosiągnięcie poziomów, o których mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. wprost wskazuje na gminę jako podmiot właściwy do osiągnięcia określonego rezultatu. Odwołujący nie kwestionując okoliczności, iż odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych stanowi jeden z czynników wpływających na realizację tego celu, podnosi, iż powyższe nie stanowi jedynej determinanty osiągnięcia stanu. Ukształtowanie sposobu funkcjonowania lokalnego systemu zagospodarowania odpadami komunalnymi, w tym sposób w jaki powyższe nastąpi w trakcie trwania umowy (należy w tym kontekście odnotować konieczność dostosowania systemu do wymogów wynikających z nowelizacji u.c.p.g. z dnia 19 lipca 2019 r.) determinuje rzeczywistą możliwość osiągnięcia efektu, o którym mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. Nie można apriorycznie wykluczyć, że ukształtowanie przez gminę Nieporęt systemu gospodarki odpadami komunalnymi nastąpi w sposób uniemożliwiający lub dalece utrudniający osiągnięcie pożądanego stanu.

Postanowienia umowy w żaden sposób nie określają wymogów, jakie obowiązany jest dochować Zamawiający, aby jego działania lub zaniechania nie kolidowały z osiągnięciem rezultatu. We Wzorze umowy jedynymi obowiązkami obciążającymi Zamawiającego są:

„§ 2 ust. 3 Obowiązki Stron

W ramach Umowy Zamawiający zobowiązuje się do:

- 1) współpracy z Wykonawcą przy opracowywaniu harmonogramu odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy - poprzez uzgadnianie/konsultowanie projektów harmonogramu przed jego zatwierdzeniem;*
- 2) zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia, na warunkach i terminach określonych w Umowie z zastrzeżeniem potrąceń wynikających z kar umownych.”*

Takie zapisy nie ustanawiają po stronie Zamawiającego obowiązków, które mogłyby co najmniej sprzyjać lub nie kolidować z efektem, którego osiągnięcie ma obciążać Wykonawcę.

Wykonawca na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego obowiązany jest do należytego wykonania zobowiązania, a więc do wykonywania usług w sposób zgodny z treścią umowy, ukształtowanej przez Zamawiającego. Wykonawca nie ma wpływu na to w jaki sposób następuje realizacja głównych elementów zobowiązania (np. co do częstotliwości odbioru odpadów komunalnych, sposobu ich zbierania itp.). Powyższe uzależnione jest od sposobu w jaki warunki kontraktowe ukształtował Zamawiający. Za kolidujące z kodeksowym zakresem swobody umów należy uznać narzucenie wykonawcy obowiązku zapewnienia osiągnięcia rezultatów niepozostających w związku z należyty

wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. Zapewnienie a więc zagwarantowanie osiągnięcia ww. rezultatu nie może obciążać podmiotu obowiązane do postępowania w sposób ściśle zdeterminowany warunkami umowy.

Osiągnięcie wymaganego celu Zamawiający uniezależnił od jakichkolwiek okoliczności, utrudniających lub udaremniających jego osiągnięcie. Zgodnie z § 3 ust. 2 Wzoru umowy:

„Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego pisemnego informowania Zamawiającego o wszelkich okolicznościach/przeszkodach uniemożliwiających Wykonawcy realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z Warunkami Umowy z zastrzeżeniem, że przekazanie informacji w powyższym zakresie nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie Umowy oraz z obowiązków wynikających z Umowy, w szczególności dotyczących realizacji usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Nieporęt”

Powyższe kreuje obowiązek zagwarantowania przez Wykonawcę efektu, niezależnie od tego, czy jego osiągnięcie jest w ogóle możliwe, w niepewnym stanie przyszłym.

Zgodnie z art. 750 w zw. z art. 734 § 1 k.c. w zw. z art. 139 P.z.p., wykonawca realizujący umowę, której przedmiotem jest odbiór lub zagospodarowanie odpadów komunalnych zobowiązany jest do dokonania określonych czynności na rzecz zamawiającego. Przedmiotem umowy na odbiór lub zagospodarowanie odpadów komunalnych, jest realizacja tak określonych czynności np. odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, z określoną częstotliwością. To zamawiający jest obciążony ryzykiem, czy ustalony przez niego sposób realizacji usług, w ukształtowanych przez niego warunkach lokalnego systemu gospodarki odpadami, jest wystarczający dla osiągnięcia ustawowo określonego efektu - za który ponosi odpowiedzialność.

Jak wskazuje się w doktrynie *„Niewątpliwie jest (...) to, że przyjmujący zlecenie (wykonawca - przypis własny), który działając z należytą starannością, dokonał zleconej czynności prawnej, wykonał swoje zobowiązanie bez względu na to, czy czynność ta przyniosła dającemu zlecenie oczekiwane przez niego skutki (czy dający zlecenie uzyskał korzyść z zawartej przez przyjmującego zlecenie umowy, wygrał prowadzone przez przyjmującego zlecenie postępowanie itp.)”* (P. Machnikowski, Komentarz do art. 734 Kodeksu cywilnego [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, 2019, SIP Legalis). *„W świadczeniach starannego działania obowiązki dłużnika mają, co do zasady, zmierzać do zachowania należytej staranności w dążeniu do określonego skutku. Należyta staranność stanowi wszakże kryterium oceny wykonania zobowiązania wynikającego z umowy zlecenia (...). W rzeczywistości jednak dłużnik zobowiązuje się do przeprowadzenia wielu czynności dla osiągnięcia rezultatu, zaś obowiązki podjęcia poszczególnych działań wynikają*

z obiektywnych reguł wiedzy i doświadczenia życiowego" (M. Gutowski, Komentarz do art. 734 Kodeksu cywilnego [w:] Kodeks cywilny Komentarz, 2019, SIP Legalis).

W przypadku umów o zamówienia publiczne reguły działania wyznacza przede wszystkim dokumentacja postępowania, która musi spełniać wymogi P.z.p., w tym szczegółowo określać warunki realizacji świadczeń przez wykonawcę. Jeżeli wykonawca zrealizuje wszystkie działania określone przez zamawiającego w sposób określony w dokumentacji postępowania, a mimo to nie dojdzie do osiągnięcia określonego efektu zobowiązanie zostanie zrealizowane prawidłowo (wyrok SN z dnia 10 lutego 2017 r., V CSK 330/16).

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu sformułowania postanowień umowy i opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w komparycji odwołania, tj. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku działania w sposób sprzyjający osiągnięciu przez Zamawiającego stanu, o którym mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. i powstrzymania się od zachowań kolidujących z celem umowy.

3. Sformułowanie przez Zamawiającego w pkt 2.1. 6) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) w zw. z § 6 Wzoru umowy postanowień naruszających art. 14 ust. 1 P.z.p. w zw. art. 58, 353¹ K.c. w zw. z art. 6f ust. 3 i 4 u.c.p.g.

Zgodnie z art. 6f ust 3 i 4 u.c.p.g. w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą z dnia 19 lipca 2019 r.:

„3. Podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowi stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych.

4. Podstawę ustalenia wynagrodzenia za zagospodarowywanie odpadów komunalnych stanowi stawka za 1 Mg zagospodarowanych odpadów komunalnych”

Wskazane przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący i ograniczają kodeksową swobodę sposobu kreowania przez Zamawiających formuły wynagrodzenia wykonawców w umowach na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Zgodnie z tym przepisem wynagrodzenie wykonawcy musi zostać skorelowane ze stawką za 1 Mg odebranych lub zagospodarowanych odpadów komunalnych.

W konsekwencji Zamawiający obowiązany jest ukształtować warunki kontraktowe w sposób przewidujący formułę rozliczenia kosztorysowego. W kolizji z powyższym pozostają zapisy SIWZ. Zamawiający wyłącznie pozornie przewidział wynagrodzenie odpowiadające formule kosztorysowej. Przywołany pkt 2.1. 6) OPZ rozpatrywany łącznie z postanowieniami § 6 Wzoru umowy, ukazuje, że Wykonawca w momencie wyczerpania maksymalnej wartości zobowiązania wskazanej w § 6 ust. 1 Umowy, a ustalonej w oparciu o szacunkowe ilości i rodzaje (frakcje) odpadów, zobowiązany będzie dalej świadczyć usługi odbioru i zagospodarowania odpadów pochodzących z terenu gminy Nieporęt, jednakże

będzie pozbawiony możliwości uzyskania z tego tytułu świadczenia wzajemnego w postaci wynagrodzenia. Uzyskanie wynagrodzenia tamują zapisy kontraktowe wskazujące na niedopuszczalność zwiększenia, w tym również w momencie wyczerpania się kwoty maksymalnej, wynagrodzenia należnego wykonawcy (§ 6 ust. 1 Wzoru umowy „z zastrzeżeniem, że całkowita wartość Umowy/łączne wynagrodzenie za wykonanie całości Umowy nie przekroczy kwoty zł brutto (słownie: zł brutto) za cały okres obowiązywania Umowy”.

§ 6 ust 3 Wzoru umowy „Ilości i rodzaje odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania określone przez Zamawiającego w SIWZ (we wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy) są szacunkowe, ilości te mogą ulec zmianie w trakcie realizacji Umowy - wzrosnąć lub zmaleć w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów z zastrzeżeniem, że nie będzie to powodować (nie może spowodować) wzrostu całkowitej wartości Umowy, o której mowa w ust. 1”.

§ 6 ust. 6 Wzoru umowy, „Wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę niezbędne do prawidłowego (zgodnego z warunkami Umowy) - wykonania Umowy; w tym koszty wykonania wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy, w tym z OPZ”.

Powyższe połączone jest z nieprzewidzeniem we Wzorze umowy postanowień ustalających, że wraz z realizacją przez Wykonawcę usług, których wartość ustalona w oparciu o ceny jednostkowe (za 1 Mg odbioru lub zagospodarowania odpowiedniej frakcji odpadów komunalnych) osiągnie limit wskazany w § 6 ust. 1 Wzoru umowy, stosunek zobowiązaniowy ulega wygaszeniu.

Zamawiający w ten sposób naruszył dyspozycję art. 58 K.c. w zw. 6f ust. 3 i 4 u.c.p.g. i podejmuje próbę wprowadzenia wynagrodzenia ryczałtowego - o z góry ustalonej wysokości i to ustalonej w oparciu o dane szacunkowe, podane przez Zamawiającego. W skrajnym przypadku powyższe może doprowadzić, do sytuacji w której Wykonawca, będzie realizował usługę bez uzyskania świadczenia wzajemnego.

W takim przypadku nastąpi nie tylko naruszenie art. art. 58 K.c. w zw. 6f ust. 3 i 4 u.c.p.g. ale również art. 353¹K.c., albowiem Zamawiający nakazuje określenie łącznej wysokości ceny ofertowej/wynagrodzenia maksymalnego w oparciu o ściśle określony algorytm opierający się na danych szacunkowych, dotyczących poszczególnych frakcji odpadów komunalnych, oraz cenach jednostkowych za określoną frakcję, przy jednoczesnym uzależnieniu uzyskania przez wykonawcę wynagrodzenia, w tym jego wysokości od tego czy ww. dane szacunkowe będą pokrywać się z rzeczywistą ilością odpadów jaką odbierze i zagospodaruje wykonawca w trakcie realizacji zamówienia. Te cechy wynagrodzenia są charakterystyczne dla wynagrodzenia ryczałtowego, w mniejszym stopniu zależnego od zakresu usług jakie będą realizowane przez wykonawcę.

We wskazanym kontekście należy przywołać również uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3495), w którym podniesiono, że „Ponadto w art. 6f proponuje się dodanie ust 3 i 4 wprowadzających zmiany wynikające z konieczności odejścia od ryczałtowego rozliczania się firm odbierających odpady komunalne wybranych przez gminę. Możliwość ryczałtowego rozliczania się utrudniała gminom kontrolę nad strumieniem odpadów komunalnych oraz mogła prowadzić do podwyższenia kosztów systemu (przez przeszacowanie kosztów odbioru odpadów komunalnych).”

Zamawiający wykreowanymi zapisami nie tylko narusza literę prawa ale i jego ducha. Uwzględniając powyższe Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu sformułowania postanowień kreujących w sposób wyraźny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych skutek, w postaci wygaszenia stosunku umownego w sytuacji wyczerpania wartości maksymalnej zobowiązania Zamawiającego wskazanej w § 6 ust. 1 Wzoru umowy i skorelowaniu obowiązku świadczenia przez Wykonawcę usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z okresem trwania umowy.

4. Sformułowanie przez Zamawiającego w pkt 4 9) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) jako naruszającego art. 14 ust. 1 P.z.p. w zw. art. 353¹ K.c. i art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g, jako nakładające na Wykonawcę nieuzasadniony prawnie obowiązek bezpośredniego przekazywania odpadów zielonych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych

Wraz z wejściem w życie ustawy nowelizującej z dnia 19 lipca 2019 r., modyfikacji uległy niektóre regulacje kształtujące lokalne systemy gospodarki odpadami komunalnymi. Jedną z doniosłych zmian jest deregionalizacja zagospodarowania zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych oraz zniesienie obowiązku zagospodarowania odpadów biodegradowalnych w instalacjach o szczególnym statusie prawnym.

Obowiązujący przed dniem wejścia w życie ww. nowelizacji, art. 20 ust. 7 u.o. ustanawiał zakaz przetwarzania:

1. zmieszanych odpadów komunalnych,
 2. pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno- biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania,
 3. odpadów zielonych
- poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone.

Wskazany przepis został uchylony nowelizacją z dnia 19 lipca 2019 r. (art. 6 pkt 5 ustawy nowelizującej), co stanowi wyraz zniesienia obowiązku zagospodarowywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów w instalacji

położonej w obszarze regionu gospodarki odpadami, na którym zostały wytworzone. Na marginesie należy zauważyć, że nowelizacja znosi „regiony gospodarki odpadami komunalnymi” jako takie.

Dodatkowo, nowelizacja z dnia 19 lipca 2019 r. zmodyfikowała również art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g. Zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g., w brzmieniu sprzed nowelizacji, „podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”. Przepis art. 9e ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zezwala na uprzednie magazynowanie odpadów (Wyrok NSA z dnia 21 listopada 2017 r., II OSK 1986/16).

W wyniku nowelizacji art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g w aktualnym brzmieniu, stanowi, że „podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej”. W wyniku nowelizacji przytoczona regulacja obejmuje swym zakresem wyłącznie niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne.

W wyniku wejścia w życie nowelizacji u.c.p.g. bioodpady mogą, być zagospodarowywane:

1. poza granicami uprzednio funkcjonujących regionów,
2. w instalacjach nieposiadających specjalnego statusu prawnego (RIPOK/ instalacja komunalna).

Ustanowiony przez Zamawiającego wymóg przekazania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych do instalacji o statusie RIPOK nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. W obowiązującym porządku prawnym wyłącznie niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne muszą być przekazywane do instalacji komunalnych, które zastąpiły w tym zakresie RIPOK-i. Odpady zielone zostały wyłączone z tego obowiązku. Ograniczenie przez Zamawiającego, swobody sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych w instalacji wybranej przez wykonawcę, która to gwarantowana jest mu mocą art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. narusza art. 353¹K.c.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu sformułowania postanowień umowy w sposób zgodny z przepisami.

5. **Sformułowanie przez Zamawiającego w § 12 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy postanowienia ustanawiającego po stronie Zamawiającego uprawnienie do jednostronnego wygaszenia umowy z naruszeniem art. 139 ust. 1 P.z.p. w zw. z 353¹K.c., 750 i 746 K.c.**

Zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy Zamawiającemu przysługuje jednostronne uprawnienie kształtujące, do wygaszenia stosunku kontraktowego w sytuacji w której: „część zamówienia zostanie powierzona Podwykonawcy, który nie jest zarejestrowany w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonym przez Zamawiającego”.

Postanowienie to w sposób nieuzasadniony interesem Zamawiającego oraz niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, ustanawia po stronie Zamawiającego nadmierne uprawnienia.

W myśl art. 43 ust. 1 P.p., jeżeli odrębne przepisy stanowią, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeśli spełnia warunki określone tymi przepisami i po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej. Prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych wymaga wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (art. 9b ust. 2 u.c.p.g.).

Realizacja przez podwykonawcę innych czynności niż „odbior odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości” nie może w świetle obowiązujących przepisów prawa stanowić podstawy do ubiegania się o wpis w rejestrze, o którym mowa w art. 9b ust. 1 i 2 u.c.p.g. Zamawiający nie ograniczył zakresu zamówienia, które może zostać powierzone podwykonawcy (np. transport odpadów komunalnych, niewymagający ww. wpisu do rejestru).

Nieuzasadnione jest zatem uprawnienie Zamawiającego do jednostronnego wygaszenia stosunku obligacyjnego, w każdej sytuacji faktycznej, w której realizacja części zamówienia następuje przez podwykonawcę niewpisanego do rejestru, o którym mowa w art. 9b ust. 1 u.c.p.g.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 12 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy w sposób wskazany w petitum odwołania.

6. Sformułowanie przez Zamawiającego w § 13 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 12 Wzoru umowy klauzul kar umownych w sposób naruszający art. 139 ust. 1 w zw. z art. 483 § 1 K.c., 484 § 2 K.c., art. 353¹ K.c. - obarczający wykonawcę nieproporcjonalnym i nieuzasadnionym ryzykiem ponoszenia kar nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do wartości potencjalnej szkody, co może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacanie Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz skutkuje nadużyciem pozycji Zamawiającego, jako strony samodzielnie konstruującej treść przedmiotowych postanowień.

1) Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 200,00 zł - za każdy ujawniony przypadek (za każdą nieruchomość)

nie odebrania odpadów komunalnych będących przedmiotem niniejszej umowy zgodnie z harmonogramem lub zgłoszeniem pisemnym, telefonicznym lub e-mailowym”.

Tak wskazana przesłanka naliczenia kar umownych nie została skorelowana z regułami odpowiedzialności Wykonawcy. Wykreowanie przez Zamawiającego klauzuli generującej odpowiedzialność o charakterze absolutnym, za wystąpienie określonego zdarzenia tj. nieodebrania odpadów w terminie przewidzianym harmonogramem, nie pozostaje w związku ze sposobem w jakim wykonawca zobowiązany jest realizować zamówienia - zachowując należyłą staranność. Wystąpienie sytuacji faktycznych odpowiadających przesłance, może nastąpić również z przyczyn niezależnych od Wykonawcy np. niewystawienie przez właściciela nieruchomości pojemnika w sposób zgodny z Regulaminem czystości i porządku w Gminie Nieporęt. W konsekwencji Wykonawca, na podstawie przesłanki kontraktowej, będzie mógł zostać obciążony negatywnymi konsekwencjami, pomimo zachowania należytej staranności w sposobie realizacji zamówienia.

Odwołujący podnosił również, iż przesłanka przewiduje nałożenie kary umownej w nieadekwatnej i nieproporcjonalnej wysokości. Uwzględniając łączną ilość nieruchomości położonych na terenie Gminy Nieporęt tj. 4 759 nieruchomości, jednorazowe nieodebranie jednej frakcji odpadów z wszystkich nieruchomości skutkować będzie naliczeniem kary w wysokości 951 800 złotych. Kwota ta jest niewspółmierna *ab initio* i powinna zostać obniżona, w sposób korespondujący z celem i funkcją kary umownej, w szczególności w przypadku niepowiązania podstawy jej naliczenia z kodeksowym reżimem odpowiedzialności za niedochowanie należytej staranności w realizacji umowy.

Odwołujący za adekwatny poziom kary umownej uznaje *„20 zł za ujawniony przypadek (za każdą nieruchomość) zwłoki wykonawcy w odebraniu odpadów komunalnych będących przedmiotem niniejszej umowy zgodnie z harmonogramem lub zgłoszeniem pisemnym, telefonicznym lub e- mailowym”*,

2) Na podstawie § 13 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy *„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 200 zł za każdy dzień braku realizacji "reklamacji" zgodnie z warunkami Umowy, tj. braku odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zarówno w zabudowie jednorodzinnej, jak i w wielorodzinnej zgłoszonej przez mieszkańca danej nieruchomości (liczą się dni robocze chyba, że odbiór odpadów zostanie dopuszczony w soboty, wówczas sobota traktowana będzie jako dzień roboczy); kara dotyczy każdego indywidualnego przypadku braku realizacji reklamacji (terminowego załatwienia reklamacji”*.

Przesłanka naliczenia kar umownej nie została skorelowana z regułami odpowiedzialności Wykonawcy. Wykreowanie przez Zamawiającego klauzuli generującej odpowiedzialność o charakterze absolutnym, za wystąpienie określonego zdarzenia tj. brak realizacji reklamacji nie pozostaje w związku ze sposobem w jakim wykonawca zobowiązany

jest realizować zamówienia - zachowując należyłą staranność. Powyższe generowane jest w szczególności przez nieprzewidzenie przez Zamawiającego reguł rozpoznawania reklamacji umożliwiających Wykonawcy wzięcia aktywnego udziału w ich rozpoznaniu. W konsekwencji w ramach reklamacji Wykonawca może zostać w sposób nieuprawniony zobowiązany przez Zamawiającego do realizacji nienależnych świadczeń pod rygorem nałożenia na niego kar umownych. Powyższe nie tylko nie pozostaje w związku z regułami należytej staranności, jaką powinien dochować wykonawca, lecz również może stanowić podstawę do realizacji przez Wykonawcę świadczeń, które będą generować koszty w nieuzasadnionej i nie dającej się przewidzieć wysokości.

Należy odnotować, że realizacja „reklamacji” następuje w warunkach uprzednio nieprzewidzianych, a więc poza terminami wynikającymi z harmonogramu. W konsekwencji sam odbiór odpadów komunalnych w ramach reklamacji, może generować koszty w nieuzasadnionej wysokości. Odwołujący podnosi również, iż przesłanka przewiduje nałożenie kary umownej w nieadekwatnej i nieproporcjonalnej wysokości. Przewidziana w postanowieniu Wzoru umowy kwota jest niewspółmierna *ab initio* i powinna zostać obniżona, w sposób korespondujący z celem i funkcją kary umownej, w szczególności w przypadku niepowiązania podstawy jej naliczenia z kodeksowym reżimem odpowiedzialności za niedochowanie należytej staranności w realizacji umowy.

Odwołujący za adekwatny poziom kary umownej uznaje *„50 zł za każdy dzień zwłoki w realizacji "reklamacji" zgodnie z warunkami Umowy, tj. braku odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zarówno w zabudowie jednorodzinnej, jak i w wielorodzinnej zgłoszonej przez mieszkańca danej nieruchomości (Uczą się dni robocze chyba, że odbiór odpadów zostanie dopuszczony w soboty, wówczas sobota traktowana będzie jako dzień roboczy); kara dotyczy każdego indywidualnego przypadku braku realizacji uzasadnionych i zweryfikowanych przez Zamawiającego reklamacji (terminowego załatwienia reklamacji)”*.

3) Na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 Wzoru umowy *„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 200,00 zł - za każdy dzień braku realizacji zgłoszenia tj. braku odbioru odpadów komunalnych z terenu PSZOK-u (dotyczy odpowiednio odpadów: segregowanych, wielkogabarytowych itd.)”*.

Wskazana przesłanka naliczenia kar umownych nie została skorelowana z regułami odpowiedzialności Wykonawcy. Wykreowanie przez Zamawiającego klauzuli generującej odpowiedzialność o charakterze absolutnym, za każdy dzień braku realizacji zgłoszenia, nie pozostaje w związku ze sposobem w jakim wykonawca zobowiązany jest realizować zamówienia zachowując należyłą staranność. Powyższe generowane jest w szczególności przez nieprzewidzenie przez Zamawiającego szczegółowych reguł powiadamiania wykonawcy o konieczności dokonania odbioru odpadów z PSZOK, jak również

niewyznaczenia w SIWZ terminu w jakim odbiór odpadów powinien nastąpić. Odmienne reguły zostały przewidziane względem innych, również nieprzewidzianych z góry (w harmonogramie) odbiorów odpadów komunalnych np. przeterminowanych baterii i akumulatorów (pkt 2.6 SOPZ), względem których ustanowiono 5 dniowy termin od dnia zgłoszenia pisemnego, telefonicznego lub e-mailowego; zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (pkt 2.7 SOPZ), względem których również ustanowiono 5 dniowy termin od dnia zgłoszenia pisemnego, telefonicznego, faksowego lub e-mailowego. Przyjęty przez Zamawiającego sposób ukształtowania uprawnień oraz kar umownych, prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający może zgłosić konieczność odbioru odpadów, w tym w dużej ilości, tego samego dnia, na który wyznaczy Wykonawcy termin dokonania odbioru. Nieprzewidzenie okresu minimalnego, jaki musi oddzielać zgłoszenie od terminu, w którym ma nastąpić odbiór, połączone z przewidzianą w § 13 ust. 1 pkt 5 Wzoru umowy, klauzulą kar umownych, generuje po stronie Wykonawcy ryzyko arbitralności naliczania kar umownych, jak również podejmowanie przez Zamawiającego działań nakierowanych wyłącznie na naliczenie kar umownych.

Odwołujący wnosi o skorelowanie kar umownych z winą Wykonawcy (zwłoką w realizacji usługi) przy jednoczesnym, wyraźnym wskazaniu, że kary umowne nie będą naliczane, jeżeli odbiór odpadów komunalnych z PSZOK nastąpił w terminie 2 dni roboczych, liczonym od dnia zgłoszenia.

4) W § 13 ust. 1 pkt 12 Wzoru umowy „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1 000,00 zł - za każdy ujawniony przypadek stosowania przez Wykonawcę worków niespełniających wymogów szczegółowo określonych w opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi integralną część umowy (np. wymogi dotyczące grubości worków, kolorów, oznakowania itp.)”.

Powyższe postanowienie Wzoru umowy ustanawia nieadekwatną i nieproporcjonalnie wysoką karę umowną, w wysokości 1000 zł za każdy ujawniony przypadek (a więc za każdy worek) niespełniający wymogów określonych w OPZ. Nieadekwatność wysokości kary umownej, ukazuje m.in. porównanie jej z karą, o której mowa w § 13 ust. 1 pkt 9 Wzoru umowy - 100 zł za „za każdy dzień niedostarczenie worków szczegółowo określonych w opisie przedmiotu zamówienia (...)”. Dostarczenie worka niespełniającego wymagań określonych w OZP, w przeciwieństwie do całkowitego zaniechania dostarczenia jakiegokolwiek worka do zbierania odpadów, nie wywołuje niemożliwości zbierania odpadów. Nie znajduje zatem uzasadnienia, by okoliczność niedostarczenia worka zgodnego z OPZ, wywoływała dalej idące konsekwencje finansowe, niż niedostarczenie worka w ogóle. Ponadto kara w wysokości 1000 zł tytułem dostarczenia worka o innych właściwościach niż określone w OPZ, jest również niewspółmierna względem innych przewidzianych przez Zamawiającego kar, np. tytułem niedokonania odbioru odpadów z PSZOK (kara w wysokości

200 zł), albowiem nie wywołuje tak samo dotkliwych konsekwencji dla prawidłowego funkcjonowania lokalnego systemu gospodarki odpadami. Nieproporcjonalność wysokości tej kary umownej, ukazuje również porównanie przesłanki względem innych podstaw naliczania kar, w których przewidziano tożsamą dolegliwość finansową tj. „za każdy stwierdzony przypadek niezważenia pojazdu realizującego usługę przed rozpoczęciem lub po zakończeniu odbioru odpadów z terenu gminy” (§ 13 ust. 1 pkt 14 Wzoru umowy).

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu obniżenia wysokości kary umownej, wygórowanej *ab initio*, do wysokości 10 zł.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany wskazanych w żądaniu odwołania postanowień SIWZ oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy kosztów postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, wzorze umowy, opinie przedmiotu zamówienia, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca wnoszący

odwołanie deklaruje, że jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szansę na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu warunków udziału w postępowaniu, istotnych warunków przyszłego kontraktu oraz opis przedmiotu zamówienia przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oraz racjonalnie skalkulowanej oferty.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

- A. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: RDF Sp. z o. o., MPK Pure Home Sp. z o. o., z siedzibą dla Lidera w Ostrołęce**, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego;
- B. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MS-EKO Sp. z o.o., EKO-MAX Recykling Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera w Warszawie** zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym jako Przystępującego po stronie Odwołującego Konsorcjum RDF z uwagi na przekroczenie 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia do Prezesa KIO. Zamawiający zamieścił kopię odwołania na stronie internetowej i poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 17 grudnia 2019 roku, zatem termin na złożenie przystąpienia upływał w dniu 20 grudnia 2019 roku. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 23 grudnia 2019 roku.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia po stronie Zamawiającego wykonawcy MS EKO.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił obszerną argumentację i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący Konsorcjum MS EKO złożył stanowisko pisemne, popierając stanowisko Zamawiającego.

Izba zważyła, że:

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: *"(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom"*

(tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Nie oznacza to jednak, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia i ustalenie warunków kontraktowych, których realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby zamawiającego, w tym między innymi potrzeby społeczne. Niewątpliwie zaś granicę dozwolonych działań zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych postanowień kontraktowych stanowią zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako nadrzędne zasady wyznaczone Prawem zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu i określaniu reguł umowy, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku w danej branży ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego uwzględniających ważny interes publiczny.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należyłą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia i realizację celu przyświecającego danemu zamówieniu.

Przechodząc do omówienia zasady proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez

zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

§ 13 ust. 1 pkt 20 Wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) naruszający art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58, art. 353¹, art. 483 § 1, 471- 473 K.c. oraz art. 3b i 3c i 9z ust. 2 u.c.p.g.

§ 1 ust. 2 Wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) naruszający art. 139 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c. oraz art. 3b i 3c u.c.p.g. poprzez przeniesienia na Wykonawcę obowiązku zapewnienia osiągnięcia rezultatu obciążającego gminę, którego osiągnięcie nie zostało powiązane z należyтым wykonaniem zamówienia przez Wykonawcę

W ocenie Izby, zarzut dotyczący niezgodnego z przepisami ustawy zobowiązania wykonawcy do zapewnienia podczas realizacji zamówienia osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu nie zasługuje na uznanie.

Bezsporną była okoliczność, że gmina może powierzyć wykonywanie zadań własnych w całości podmiotom zewnętrznym. Bezspornym jest także, że zadanie odbioru odpadów komunalnych stanowi zadanie własne gminy. Gmina jest uprawniona do wykonywania zadań własnych w omawianym zakresie za pomocą Wykonawcy wyłonionego w ramach postępowania przetargowego.

Możliwość nałożenia na wykonawców wyłonionych w toku procedur o zamówienie publiczne obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, potwierdzają zapadłe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 2829/12 czy z dnia 29 listopada 2012 roku, sygn. akt KIO 2544/12, z dnia 15 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 771/13 oraz orzeczenia przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Osiągnięcie przez gminy odpowiednich poziomów recyklingu jest szczególnym obowiązkiem gminy w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Istotnie, należy przyznać rację Odwołującemu, że osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu należy pojmować raczej jako obowiązek gminy a nie jej

zadanie własne. Niemniej jednak, nie można Zamawiającemu odmówić prawa do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne, obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu w ramach określonych frakcji i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Poprzez takie zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się ciężającej na niej odpowiedzialności, wynikającej z mocy prawa, odnoszącej się do poziomu recyklingu przewidzianego w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku. Zatem, zobowiązania wykonawcy do dbałości o osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu nie można oceniać jako przeniesienia obowiązku, wynikającego z mocy przepisów prawa i spoczywającego na gminie. Jeżeli gmina może powierzyć (a w zasadzie musi) wykonanie określonego zadania podmiotowi zewnętrznemu, to musi mieć także możliwość zapewnienia sobie należytej realizacji takiego zadania. Prawidłowość zaś wykonania przedmiotu umowy przejawia się w skutecznej gospodarce odpadami prowadzonej w sposób selektywny. Temu właśnie celowi służy przewidzenie we wzorze umowy kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie bowiem, to wykonywanie przez wykonawcę określonych obowiązków ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiaganiem wymaganych poziomów recyklingu. W ocenie Izby w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku znowelizowanej w 2019 roku nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina. Gmina jedynie pośrednio uczestniczy w procesie selektywnej zbiórki odpadów, jej uprawnienia mają raczej wymiar informacyjno-edukacyjny, natomiast to podmiot realnie wykonujący określone zadania, niejako „w terenie”, wśród mieszkańców, może wpływać na realizację celu, jakim będzie prawidłowa segregacja odpadów i ich odzysk. Gmina sama bowiem nie dokonuje odbioru odpadów, a to właśnie prawidłowe przeprowadzenie takich czynności odnosi się do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy. Nie jest również zabronione przepisami uszczegółowienie obowiązku osiągnięcia określonych poziomów recyklingu dla poszczególnych frakcji w sposób sprecyzowany w postanowieniach umownych.

Podmiot faktycznie realizujący obowiązki gminy nie może być zwolniony z odpowiedzialności. Przy czym dostrzeżenia wymaga, że zapisy umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia proponowane przez Odwołującego mają bardzo niejasny, ocenny, subiektywny charakter i dążą do całkowitego zwolnienia go z odpowiedzialności. Proponowana procedura odwołuje się do pojęć nieostrych, podlegających dowolnej interpretacji w przyszłości, co może rodzić problemy w przypadku sporu umownego.

Zdaniem Izby kary przewidziane w § 13 wzoru umowy oraz opis przedmiotu zamówienia są opisane w sposób klarowny, odnoszą się do obowiązujących przepisów

aktów wykonawczych (w zakresie poziomów wymaganych dla poszczególnych frakcji), a zgodnie z art. 473 § 1 KC dłużnik może przejąć na siebie odpowiedzialność w drodze umowy z powodu oznaczonych okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. Uprawnieniem wykonawcy jest oszacowanie ryzyka realizacji takiego kontraktu i jego wycena oraz udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzić może do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. W związku z powyższym, ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają równi sobie przedsiębiorcy. Dlatego też w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, należy mieć na uwadze ich specyfikę, polegającą na tym, zamawiający wyposażony jest w uprawnienia do kształtowania treści umowy, co samo w sobie nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego.

Pkt 2.1. 6) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) w zw. z § 6 Wzoru umowy naruszający art. 14 ust. 1 P.z.p. w zw. art. 58, 353¹ K.c. w zw. z art. 6f ust. 3 i 4 u.c.p.g.

W § 6 (Wynagrodzenie) wzoru umowy Zamawiający przewidział, że:

1. Za wykonanie usługi będącej przedmiotem Umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za odebrane i zagospodarowane odpady komunalne stanowiące iloczyn cen jednostkowych określonych w formularzu ofertowym Wykonawcy stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy oraz ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych w zakresie poszczególnych frakcji, wynikających z kart przekazania odpadów z zastrzeżeniem, że całkowita wartość Umowy/łączne wynagrodzenie za wykonanie całości Umowy nie przekroczy kwoty zł brutto (słownie: zł brutto) za cały okres obowiązywania Umowy.
2. Ceny jednostkowe za odebrane i zagospodarowane odpady pozostają bez zmian przez cały okres realizacji Umowy zgodnie z ofertą Wykonawcy. Jednostką miary, według której następuje rozliczanie Umowy jest tona (Mg).
3. Ilości i rodzaje odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania określone przez Zamawiającego w SIWZ (we wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy) są szacunkowe, ilości te mogą ulec zmianie w trakcie realizacji Umowy - wzrosnąć lub zmaleć w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów z zastrzeżeniem, że nie będzie to

powodować (nie może spowodować) wzrostu całkowitej wartości Umowy, o której mowa w ust. 1.

4. Wynagrodzenie jednostkowe/ceny jednostkowe za 1 Mg poszczególnych rodzajów/frakcji odpadów, o którym mowa w ust. 1, nie podlega zmianie w trakcie trwania Umowy z zastrzeżeniem § 14.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w odwołaniu, że postanowienia umowy przewidują zasady rozliczenia ryczałtowego. W ocenie Izby przewidziano zasady rozliczenia na podstawie iloczynu cen jednostkowych podanych przez wykonawcę w formularzu oferty oraz ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów dla poszczególnych frakcji z górnym limitem środków przeznaczonych na ten cel. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że ilości i rodzaje odpadów są szacunkowe i mogą ulec zmianie. Nie jest natomiast niedopuszczalne przepisami prawa ustalenie, że ceny jednostkowe za poszczególne frakcje nie podlegają zmianie w trakcie obowiązywania umowy oraz że całkowite wynagrodzenie za wykonanie umowy nie może przekroczyć określonej wartości maksymalnej. Tym samym zdaniem składu Zamawiający przyjął regułę rozliczenia kosztorysowego z maksymalnym limitem, co nie jest sytuacją niespotykaną przy udzielaniu zamówień publicznych. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający jest podmiotem sektora finansów publicznych i nie może zaciągać zobowiązań poza ustalone i zabezpieczone na ten cel środki w budżecie. Nie oznacza to, że wykonawca związany umową zobowiązany będzie świadczyć usługi, jeżeli wyczerpią się środki przewidziane na sfinansowanie umowy a nie skonsumowane zostaną ilości odpadów do odebrania.

Jak słusznie zauważył w stanowisku pisemnym Przystępujący MS EKO, *Zamawiający wskazał przewidywane ilości odpadów, uwzględniając dane statystyczne z okresu ostatnich 3 lat. Przewidywane ilości są zatem poparte statystykami. (...) Przewidywane ilości zostały oszacowane z uwzględnieniem maksymalnych wysokości i rezerwy, jakie wystąpiły na przestrzeni ostatnich lat, co jest najbardziej obiektywną prognozą.* Dodatkowo Zamawiający złożył na rozprawie zestawienie, z którego wynika, że zakładane ilości szacunkowe odpadów do odbioru zakładają dość dużą rezerwę, a jednocześnie przewidzenie tej rezerwy ilościowej gwarantuje zabezpieczenie na ten cel środków finansowych. Jednocześnie SIWZ zawiera wiele elementów informacyjnych umożliwiających każdemu wykonawcy przeprowadzenie rzetelnej wyceny usługi (ilość gospodarstw domowych, ilość nieruchomości wielorodzinnych, szacunkowa ilość pojemników, ilość odpadów odebranych w poprzednich latach).

Przywołany przez Odwołującego art. 6f ust 3 i 4 u.c.s.g. stanowi, że podstawą do ustalenia wynagrodzenia stanowi 1 Mg odebranych, zagospodarowanych odpadów. Ustawa nie wskazuje natomiast, że Zamawiający nie może przewidzieć górnego limitu wynagrodzenia w umowie.

Pkt 4.9) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) jako naruszający art. 14 ust. 1 P.z.p. w zw. art. 353¹ K.c. i art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g, nakładający na Wykonawcę obowiązek bezpośredniego przekazywania odpadów zielonych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia postanowił, że do obowiązków wykonawcy będzie należało zagospodarowanie odpadów komunalnych stanowiących przedmiot zamówienia odebranych z terenu gminy Nieporęt (poddania odzyskowi, unieszkodliwieniu itp.) zgodnie z obowiązującym prawem oraz zgodnie z zapisami umowy, w tym zmieszane odpady komunalne, odpady zielone przekazywane mają być bezpośrednio do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (wyjątki przekazywania ww. odpadów do innych instalacji określone zostały w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) oraz przedstawienie Zamawiającemu (jeden raz w miesiącu) dowodów potwierdzających wykonanie tych czynności, tj. karty przekazania odpadów wraz z informacją nt. instalacji, do której ww. odpady zostały przekazane.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że powyższe postanowienie SIWZ stosuje nomenklaturę i siatkę pojęciową nie obowiązującą od 1 stycznia 2020 roku, co odnosi się do pojęcia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Dla wszystkich uczestników sporu oczywistym było, że z dniem 1 stycznia 2020 roku pod pojęciem regionalnej instalacji rozumieć należy instalację komunalną. Jeżeli więc Wykonawca związany umową zapewniać ma w pierwszej kolejności zagospodarowanie odpadów zgodnie z obowiązującym prawem, to oznacza, że odebrane odpady zmieszane mają trafić do instalacji komunalnej. Takie postanowienie umowy nie jest niezgodne z obowiązującym stanem prawnym, co przyznaje sam Odwołujący i czego nie kwestionuje w odwołaniu.

Powstaje pytanie, czy Zamawiający może obowiązek ten (czyli przekazania innego rodzaju odpadów do instalacji komunalnej) rozszerzyć na odpady zielone, czyli rodzaj odpadów nie ujęty wprost w art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie w obecnym brzmieniu.

Zgodnie z art. 353¹ KC 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. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z ustawowego uprawnienia kształtowania treści umowy nie może stanowić sam w sobie o przekroczeniu zasady swobody umów ani o nadużyciu prawa podmiotowego. Wskazanie, że odpady zielone mają trafić do instalacji komunalnej samo w sobie nie jest przekroczeniem uprawnień płynących z zasady swobody umów. W ocenie Izby Zamawiający może i powinien dookreślić, doprecyzować istotne postanowienia opisu przedmiotu

zamówienia w granicach dopuszczonych przepisami prawa. Odwołujący nie wskazał innych przepisów powszechnie obowiązujących, które naruszałoby tak ukształtowane postanowienie umowne. Zapisy art. 9e u.c.p.g. nie zabraniają, że do instalacji komunalnych mogą trafić również inne rodzaje odpadów, niż zmieszane odpady komunalne. Co ciekawe, a co zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oraz Przystępujący w swoim stanowisku pisemnym, pod pojęciem odpadów komunalnych ustawa o odpadach rozumie również odpady biodegradowalne, czyli odpady zielone, ustalając konkretne reguły postępowania przy gromadzeniu i przetwarzaniu tego rodzaju odpadów.

Słusznie również w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g, to Wykonawca wskazuje instalację komunalną, z której usług będzie korzystał, czemu daje odzwierciedlenie treść formularza ofertowego przygotowanego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Końcowo, to więc sam Wykonawca ma nieograniczony wybór i może wskazać najbardziej odpowiadającą jego potrzebom instalację komunalną, do której trafią grupy odpadów wskazane przez Zamawiającego. Wykonawca jest bowiem i tak ograniczony zasadami określonymi w art. 6d u.c.p.g. przy przekazywaniu odpadów do instalacji. Nie doszło więc w ocenie Izby do przekroczenia przez Zamawiającego przysługujących mu uprawnień przy takiej konstrukcji zapisów wzoru umowy.

§ 12 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy - ustanowienie po stronie Zamawiającego uprawnienia do jednostronnego wygaszenia umowy z naruszeniem art. 139 ust. 1 P.z.p. w zw. z 353¹K.c., 750 i 746 K.c.

Na podstawie § 12 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy Zamawiający może wypowiedzieć Wykonawcy Umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy część zamówienia zostanie powierzona Podwykonawcy, który nie jest zarejestrowany w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że zapis ten ma na celu zabezpieczenie Zamawiającego przed wykonywaniem usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przez podmiot niewpisany do rejestru działalności regulowanej. Sam Odwołujący w odwołaniu potwierdza, że działalność odbioru odpadów komunalnych należy do działalności wymagającej odpowiedniego zezwolenia, wpisu do właściwego rejestru, a więc jest działalnością regulowaną.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący opiera zarzut na błędnej interpretacji zapisów wzoru umowy. Dla Izby jasno i klarownie powyższe postanowienie umowne dotyczy

wykonywania bez zezwolenia (bez wpisu do właściwego rejestru) działalności polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od mieszkańców. Wbrew twierdzeniom Odwołującego prawo Zamawiającego wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym nie dotyczy jakichkolwiek innych czynności powierzonych podwykonawcom przez Wykonawcę głównego. Nie może być zatem mowy o wprowadzeniu sztucznego zakazu udziału podwykonawców przy realizacji zamówienia. Zdaniem Izby bezspornym jest w przedmiotowym postępowaniu, że jeżeli Wykonawcy posługują się podwykonawcą w celu wykonania czynności innych niż objęte obowiązkiem wpisania go do rejestru działalności regulowanej, Zamawiający nie może w trybie § 12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy wypowiedzieć umowy. Wypowiedzenie możliwe jest tylko w przypadku, gdyby powierzono podwykonawcy nieposiadającemu wpisu wykonywanie czynności odbioru odpadów komunalnych. Tym samym interesy Odwołującego w żaden sposób nie są zagrożone, a w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przywołanych przepisów ustawy Pzp i KC.

§ 13 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 12 Wzoru umowy – ukształtowanie klauzul kar umownych w sposób naruszający art. 139 ust. 1 w zw. z art. 483 § 1 K.c., 484 § 2 K.c., art. 353¹ K.c. - obarczający wykonawcę nieproporcjonalnym i nieuzasadnionym ryzykiem ponoszenia kar nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do wartości potencjalnej szkody, co może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacanie Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz skutkuje nadużyciem pozycji Zamawiającego, jako strony samodzielnie konstruującej treść przedmiotowych postanowień.

Zgodnie z § 13 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w następujących przypadkach i w następującej wysokości:

- 3) 200,00 zł - za każdy ujawniony przypadek (za każdą nieruchomość) nie odebrania odpadów komunalnych będących przedmiotem niniejszej umowy zgodnie z harmonogramem lub zgłoszeniem pisemnym, telefonicznym lub e-mailowym;
- 4) 200,00 zł - za każdy dzień braku realizacji "reklamacji" zgodnie z warunkami Umowy, tj. braku odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zarówno w zabudowie jednorodzinnej, jak i w wielorodzinnej zgłoszonej przez mieszkańca danej nieruchomości (liczą się dni robocze chyba, że odbiór odpadów zostanie dopuszczony w soboty, wówczas sobota traktowana będzie jako dzień roboczy); kara dotyczy każdego indywidualnego przypadku braku realizacji reklamacji (terminowego załatwienia reklamacji);
- 5) 200,00 zł - za każdy dzień braku realizacji zgłoszenia tj. braku odbioru odpadów komunalnych z terenu PSZOK-u (dotyczy odpowiednio odpadów: segregowanych, wielkogabarytowych itd.);

12) 1 000,00 zł - za każdy ujawniony przypadek stosowania przez Wykonawcę worków niespełniających wymogów szczegółowo określonych w opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi integralną część umowy (np. wymogi dotyczące grubości worków, kolorów, oznakowania itp.).

W zakresie problematyki kontroli postanowień wzorców umownych w postępowaniu odwoławczym, w szczególności w aspekcie określenia wysokości kar umownych i zasad ich naliczania, godzi się przypomnieć, że zasada swobody kontraktowania, której naruszenia - w przekonaniu Odwołującego - miał się dopuścić Zamawiający, doznaje w sferze zamówień publicznych istotnych ograniczeń. Zamawiający jest zazwyczaj uprzywilejowaną stroną umowy, bowiem to on kształtuje jej warunki, które następnie muszą być w całości zaakceptowane przez wykonawcę, pozbawionego możliwości ich zmiany w drodze negocjacji. Dominująca pozycja zamawiającego w stosunkach obligacyjnych w zamówieniach publicznych wprowadzona została nieprzypadkowo. Warto pamiętać, że zamawiający dysponują środkami publicznymi, którymi należy gospodarować w ściśle określony sposób (tak ustawa o finansach publicznych), oraz że udzielając zamówień publicznych realizują cele wykraczające poza ich bieżące funkcjonowanie a realizujące zazwyczaj interes publiczny odnoszący się do ogółu społeczeństwa. Nie można wreszcie tracić z pola widzenia i tej okoliczności, że zamawiający nie mają swobody wyboru kontrahenta - strony umowy. W tym zakresie ograniczeni są procedurami udzielania zamówień publicznych, które formalizują sposób wyboru drugiej strony kontraktu.

Przechodząc do omówienia zarzutów dotyczących kar umownych przedstawione dotąd rozważania należy uzupełnić o stwierdzenie, że Izba nie rozstrzyga w postępowaniu odwoławczym zarzutów dotyczących zasadności naliczania określonej kary umownej. Ocena taka, ograniczona do zindywidualizowanego okolicznościami przypadku, należy bowiem do sądu powszechnego. Rolą KIO jest zaś generalna ocena, czy wprowadzenie określonych kar umownych do wzoru umowy wpływa, bądź może wpływać, na krąg potencjalnych wykonawców. W tym kontekście pamiętać trzeba, że - po pierwsze - postanowienia wzoru umowy są wspólne wszystkim wykonawcom i będą dotyczyły w równym stopniu każdego wykonawcy, który uzyska zamówienie i zawrze z zamawiającym umowę na jego realizację. Po drugie - wykonawcom przyznano istotny instrument służący przeciwdziałaniu ryzyku naliczania kar umownych w postaci wyłącznego uprawnienia do ukształtowania ceny oferty w sposób owo ryzyko niwelujący, bądź minimalizujący. Nie było więc możliwe stwierdzenie naruszenia art. 484 § 2 KC, ten bowiem dotyczy miarkowania kar umownych. Proces ten dokonywany jest przez sąd powszechny, w konkretnej sprawie nałożeniu kary umownej,

w przypadku gdy podmiot kwestionuje jej nałożenie przed sądem powszechnym. Przepis ten nie może zatem zostać naruszony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do art. 483 § 1 KC, to dopuszczalne jest zastrzeżenie w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W przedmiotowym postępowaniu zapłata kary umownej przewidziana w została na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania o charakterze niepieniężnym. Izba nie znajduje podstaw, dla których tak ukształtowane zapisy wzoru umowy mogą być niezgodne z przepisami KC.

Zdaniem Izby, co słusznie zauważył również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący, tak w odwołaniu, jak na rozprawie, nie podjął nawet próby dowiedzenia, że kwestionowane zapisy wzoru umowy wpływają na ograniczenie zasady konkurencji w postępowaniu. Jak podkreślił na rozprawie Przystępujący MS EKO, twierdzenia Odwołującego, że ustalona wysokość kar za poszczególne przewinienia przewyższa standardowe stawki stosowane przez zamawiających w innych miejscach w Polsce przy rodzajowo tożsamyh postępowaniach, jest gołosłowna. Skoro Odwołujący jest stałym uczestnikiem tego rodzaju postępowań, możliwe było przeprowadzenie dowodu z dokumentu – wyciągu z innych postanowień umownych, które prezentowaną tezę by potwierdzały.

Izba podziela pogląd, że nieodebranie odpadów jest jednym z najpoważniejszych uchybień mogących wystąpić podczas realizacji umowy o ustalonym w postępowaniu charakterze. Terminowe, zgodne z harmonogramem, ustalonymi zasadami dla sposobu odbioru odpadów wykonywanie obowiązków umownych należy uznać za czynności podstawowe dla wykonawcy związanego umową jak w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trudno oczekiwać, że uchybienie podstawowemu obowiązkowi Wykonawcy ma pozostać bez reakcji Zamawiającego jako podmiotu zlecającego usługę. Warto również zauważyć, że jest to proces, który trwać może do kilku tygodni. Niezrozumiałe są więc twierdzenia Odwołującego, że tak ustalona kara umowna ma charakter nadmierny. Ponadto orzecznictwo sądów powszechnych dopuszcza ustalenie odpowiedzialności i konieczność zapłaty kar umownych niezależnie od stopnia zawinienia podmiotu związanego umową, czego sam Odwołujący nie kwestionuje. Ustalona w § 13 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy wysokość kary spełnia swój prewencyjny obowiązek.

W przypadku kary ustalonej w § 13 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, to słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że umowa przewiduje zasady prowadzenia postępowania reklamacyjnego, tym samym ustalenie kary za pozytywne rozpatrzenie reklamacji, czyli uznanie nieprawidłowości w wykonywaniu umowy przez Wykonawcę, nie może być uznane za przekroczenie zasady swobody umów przez Zamawiającego. To Wykonawcę obciążają stwierdzone nieprawidłowości przy wykonywaniu zobowiązania

umownego. Jak stanowi umowa, kara dotyczy każdego indywidualnego przypadku braku realizacji reklamacji (terminowego załatwienia reklamacji), co jest w ocenie Izby tożsame z nieprawidłowym działaniem Wykonawcy przy ocenie złożonej reklamacji, jak i braku terminowego załatwienia złożonej reklamacji, zgodnie z ustalonymi zasadami.

Odnosząc się do zapisów § 13 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy stwierdzić należy, że zasady odbioru odpadów z PSZOK zostały przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia i pozostałych postanowieniach umownych, zatem niezrozumiałe są zarzuty, że kara ustalona za niedotrzymanie tych reguł ma charakter nadmierny. Ustalono w jaki sposób wykonawca będzie zawiadamiany o konieczności opróżnienia kontenera w punkcie, że odbiór ma być dokonany w dacie określonej na zgłoszeniu, bez zbędnej zwłoki. Nie ma więc podstaw, by uznać, że nieprawidłowa realizacja umownych obowiązków nie może być podstawą odpowiedzialności finansowej podmiotu realizującego na rzecz Zamawiającego określone usługi. Zdaje się, że Odwołujący zakłada złą wolę Zamawiającego, przypisując mu działania zmierzające do celowego naliczania kar umownych, co nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Nie wiadomo czemu Odwołujący zakłada z góry, że Zamawiający będzie w taki sposób ustalał termin realizacji zgłoszenia, by uniemożliwić Wykonawcy reakcję na zgłoszenie, co doprowadzić ma do nałożenia na niego kary umownej. Wydaje się raczej, że celem zawieranej umowy o świadczenie usług o określonym charakterze nie jest wzbogacenie się Zamawiającego przez naliczanie kar umownych ale sprawne wykonywanie obowiązków związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, to jest sprawna realizacja zadania nałożonego na gminę. Globalnie, w interesie Zamawiającego leży zapewnienie mieszkańcom gminy prawidłowej obsługi w ramach gospodarki odpadami.

W ocenie Izby ustalona wysokość kary za ujawniony przypadek stosowania przez Wykonawcę worków niespełniających wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia nie ma nadmiernego charakteru. Wymogi co do worków zostały szczegółowo zapisane w opisie przedmiotu zamówienia. Prawidłowa realizacja tego elementu zamówienia niewątpliwie przekłada się na należyte wykonanie całego przedmiotu umowy. To bowiem od jakości dostarczanych worków i ich oznakowania zależy w dużej mierze realizacja selektywnej zbiórki odpadów przez mieszkańców gminy. Wbrew też twierdzeniom Odwołującego kara przewidziana jest za zastosowanie nieprawidłowych worków a nie pojedynczej sztuki, czyli worka, a więc za wystąpienie zjawiska w skali masowej. Oczywistym dla Izby jest, że Zamawiający nie może dopuścić, by usługa przez pewien czas realizowana była w sposób nieprawidłowy, przy wykorzystaniu znacznej ilości materiałów zakupionych przez wykonawcę do realizacji usług nie odpowiadających wymogom, tak SIWZ, jak i obowiązujących przepisów prawa. Nie wymaga wiedzy o charakterze specjalnym okoliczność, że wykonawca realizujący danego typu usługi dokonuje zakupów w skali

hurtowej, a więc błąd przy zakupie może w sposób znacząco niekorzystny dla Zamawiającego przekładać się na realizację wymogów selektywnej zbiórki odpadów przez długi czas. Kara ta spełnia więc rolę prewencyjną, dyscyplinującą wykonawcę, czego nie można powiedzieć o propozycji wysokości kary wskazanej w żądaniu odwołania.

Reasumując Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....