

WYROK
z dnia 2 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2022 r. przez wykonawcę FBSerwis Karpatia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Chorkówkę

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr II. b) oraz II. d).
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr II. a) w odniesieniu do postanowień zawartych w pkt 1.14.28 Opisu przedmiotu zamówienia oraz § 10 ust. 6 lit. b) projektu umowy i nakazuje zamawiającemu zmianę tych postanowień w sposób uwzględniający stopień wpływu wykonawcy na realizację obowiązku dotyczącego ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 2/3 oraz zamawiającego w części 1/3 i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 1/3 kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 4.3. znosi wzajemnie między stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Chorkówka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Chorkówka. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 194548591.

I. W dniu 17 października 2022 r. wykonawca FBSerwis Karpatia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na ukształtowaniu treści dokumentów postępowania oraz treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, w zw. z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) i art. 387 § 1 oraz art. 483 § 1 KC i art. 5 KC poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za:
- osiągnięcie wymaganych przepisami UCPG poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych, ulegających biodegradacji i przekazywanych do składowania,
 - osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku niektórych frakcji odpadów komunalnych, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1530), a nawet zagrożenie powyższych zobowiązań ustanowionymi na te okoliczności karami,
podczas gdy:
 - zamawiający ograniczył przedmiot zamówienia dot. odbioru i zagospodarowania odpadów podlegających biodegradacji oraz odpadów zmieszanych do odbioru i transportu (wyłączając zagospodarowanie),
 - zamawiający narzucił sposób zagospodarowania poprzez wyłączenie wyłączył wykonawcy wybór instalacji zagospodarowującej odpady ulegające biodegradacji oraz zmieszane,

- poza odpadami odbieranymi przez Wykonawcę, na terenie Gminy niezależnie od umowy, która zostanie zawarta w ramach niniejszego postępowania, odbierane są odpady od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych niepozostające w gestii wykonawcy

tj. w sytuacji w której ww. zobowiązania stanowią obowiązki ustawowe Zamawiającego, Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie poziomów odzysku, nie uwzględniają specyfiki realizacji umowy, czyniąc je w praktyce niewykonalnymi, a dodatkowo przewidującymi naliczanie kar za okoliczności, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka), co też uniemożliwia wykonawcy dokonanie rzetelnej wyceny swojej oferty [zarzut II. a)],

- b) art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC - poprzez brak zawarcia w projektowanych postanowieniach umowy obligatoryjnego jej elementu w postaci łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, które mogą dochodzić strony [zarzut II. b)],
- c) art. 483 §1 KC w zw. art. 16 pkt, 1,2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 58 § 1 KC oraz art. 5 KC – poprzez zastrzeżenie w PPU niezależnie od innych kar w ramach § 10 ust. 1 lit. i PPU kary umownej za „każdy inny stwierdzony przypadek nienależytego wykonania obowiązków wykonawcy określonych w niniejszej umowie i SIWZ w wysokości” tj. niezgodne kontraktowym celem kar umownych oraz zasadami współżycia społecznego objęcie karą umowną każdego potencjalnego naruszenia, stanowiącego zbiór otwarty, które to nadto stanowi przejaw niejasnego, niejednoznacznego oraz niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie co uniemożliwia wykonawcy kalkulację ryzyka w ramach przygotowania oferty [zarzut II. c)],
- d) art. 9n ust. 1 – 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC poprzez wskazanie w pkt 1.14.30 OPZ, iż „Wykonawca ma obowiązek składać Zamawiającemu półroczne sprawozdania zgodnie z art. 9n ust. 1 – 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach” podczas gdy wedle przywołanego przez Zamawiającego przepisu art. 9 ust. 1 – 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach „Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do sporządzania rocznych sprawozdań tj. przewidzenie postanowień umownych niezgodnych z ustawą i naturą stosunku, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty [zarzut II. d)].

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) w stosunku do zarzutu II. a) – zmianę pkt 1.14.27. - 1.14.28 OPZ oraz § 10 ust. 6 PPU poprzez ich wykreślenie,
- b) w stosunku do zarzutu II. b) – zmianę OPZ poprzez dodanie w §10 PPU postanowienia wedle którego „Zamawiający przewiduje limit kar umownych w wysokości 20% wynagrodzenia umownego,
- c) w stosunku do zarzutu II. c) - wykreślenie §10 ust. 1 lit i PPU,
- d) w stosunku do zarzutu II. d) zmianę OPZ poprzez wskazanie w pkt w 1.14.30, iż Wykonawca ma obowiązek składać Zamawiającemu roczne sprawozdania zgodnie z art. 9 ust. 1 – 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

II. Pismem wniesionym w dniu 30 października 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnienie w części zarzutów odwołania, tj. zarzutów oznaczonych nr II. b) oraz II. d). Pozostałe zarzuty odwołania zamawiający uznał za niezasadne i wniósł o ich oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec złożenia przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w części zarzutów odwołania, tj. zarzutów oznaczonych nr II. b) oraz II. d) postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr II. a) w odniesieniu do postanowień zawartych w pkt 1.14.28 Opisu przedmiotu zamówienia oraz § 10 ust. 6 lit. b) projektu umowy.

Zgodnie z pkt 1.14.28 OPZ *Wykonawca zobowiązuje się do ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z art. 3c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. póź. 1297 z późn. zm.), w szczególności wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania w sposób inny niż składowanie na składowisku co najmniej 35% (wagowo) odebranych odpadów*

ulegających biodegradacji stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r. (w każdym półroczu obowiązywania umowy) zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz.U. z 2017 r. poz. 2412).

Zgodnie z § 10 ust. 6 lit. b) projektu umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia zapłaty od Wykonawcy kwoty kar po zakończeniu lub rozwiązaniu niniejszej umowy, które zostaną nałożone na gminę w związku z: (...)

b) nieosiągnięciem wymaganego ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995r., o którym mowa w art. 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Należy wskazać, że zgodnie z pkt 1.2 OPZ w zakresie odpadów ulegających biodegradacji do obowiązków wykonawcy należy ich odbiór i transport do wskazanej instalacji komunalnej, ale już nie zagospodarowanie tych odpadów. W tej sytuacji regulacje przewidujące obciążenie wykonawcy w całości odpowiedzialnością za realizację obowiązku ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania należy uznać za rażąco sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 KC, art. 353¹ KC), które nie powinny zostać zawarte w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby do podobnego wniosku doszedł zamawiający, który wprawdzie nie uwzględnił tego zarzutu odwołania, jednakże w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokonuje zmiany ww. postanowienia OPZ (pkt 1.14.28) nadając mu następujące brzmienie:

Wykonawca zobowiązuje się do dostarczania do Kompostowni odpadów zielonych w Krośnie MPGK Sp. z o.o., odpadów komunalnych ulegających biodegradacji zgodnie z art. 3c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm.) przekazywanych do składowania w sposób i w morfologii umożliwiających Kompostowni odpadów zielonych w Krośnie MPGK Sp. z o.o. zagospodarowanie w sposób inny niż składowanie na składowisku co najmniej 35% (wagowo) odebranych odpadów ulegających biodegradacji stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r. (w każdym półroczu obowiązywania umowy) zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz.U. z 2017 r. Poz. 2412) i nie zakłócającym jej procesów przyjmowania i przetwarzania odpadów.

Odwołujący nie odniósł się do nowej treści pkt 1.14.28 OPZ. Również zamawiający nie przedstawił bardziej szczegółowego stanowiska odnośnie ww. modyfikacji OPZ. W ocenie składu orzekającego Izby dokonaną przez zamawiającego zmianę należy uznać za niewystarczającą, a ponadto zmianie nie uległo postanowienie § 10 ust. 6 lit. b) projektu umowy. O ile bowiem wykonawca transportujący odpady ma wpływ na sposób ich przekazywania do kompostowni odpadów zielonych, to jednak nie jest jasne jaki miałby mieć wpływ na sam skład tych odpadów. Okoliczności tej zamawiający nie wyjaśnił. Kierując się powyższym, w świetle bardzo ograniczonych stanowisk przedstawionych przez strony w tym zakresie, skład orzekający przyjął, że wpływ na realizację ww. obowiązku (ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania) wykonawcy jedynie odbierającego i transportującego te odpady nie jest na tyle znaczący, aby uzasadniało to pozostawienie ww. postanowień OPZ oraz projektu umowy w ich obecnym kształcie.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i c) ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby uwzględnieniu nie podlegał natomiast zarzut oznaczony w odwołaniu nr II. a) w odniesieniu do postanowień zawartych w pkt 1.14.27 Opisu przedmiotu zamówienia oraz § 10 ust. 6 lit. a) projektu umowy.

Zgodnie z pkt 1.14.27 OPZ *Wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania odebranych odpadów w sposób, który zapewni osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku niektórych frakcji odpadów komunalnych, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r. Póz. 1530).*

Zgodnie z § 10 ust. 6 lit. a) projektu umowy *Zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia zapłaty od Wykonawcy kwoty kar po zakończeniu lub rozwiązaniu niniejszej umowy, które zostaną nałożone na gminę w związku z:*

a) nieosiągnięciem odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku niektórych frakcji odpadów, o których mowa w art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Inaczej niż to miało miejsce w przypadku postanowienia określonego w pkt 1.14.28 OPZ (przy uwzględnieniu dokonanej modyfikacji), obowiązek wykonawcy ustanowiony w pkt 1.14.27 OPZ

dotyczy odpadów, które wykonawca będzie zobowiązany nie tylko odebrać i przetransportować, ale również zagospodarować. Oczywiście, przedmiot zamówienia (pkt 1.2 OPZ) obejmuje nie tylko odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych, ale również odbiór i transport odpadów komunalnych niesegregowanych oraz odpadów ulegających biodegradacji. Jednakże jak wynika z informacji przedstawionych przez zamawiającego szacunkowy udział odpadów podlegających zagospodarowaniu wynosi ok. 50% (wagowo), a obowiązek dotyczący poziomu recyklingu został ustanowiony na 2023 r. na poziomie 35% (wagowo). Wobec zatem braku wykazania przez odwołującego braku możliwości realizacji ww. obowiązku w zakresie recyklingu – przy tak skonstruowanym przedmiocie zamówienia, w ramach którego ok. 50% wagowo odpadów podlega zagospodarowaniu przez tego wykonawcę – w ocenie składu orzekającego Izby uwzględnienie ww. zarzutu nie było możliwe.

Za podlegający oddaleniu Izba uznała również zarzut oznaczony nr II. c) dotyczący zastrzeżenia w § 10 ust. 1 lit. i) projektu umowy, niezależnie od innych kar, kary umownej za „za każdy inny stwierdzony przypadek nienależytego wykonania obowiązków Wykonawcy określonych w niniejszej umowie i SIWZ w wysokości 500,00 zł”. W ocenie odwołującego sposób uregulowania przez Zamawiającego ww. kary umownej jest niejasny i niedostatecznie dokładny przez co niezgodny z zasadami opisu przedmiotu zamówienia, jak również jest on niezgodny z naturą stosunku, w tym przypadku konstrukcją kar umownych, w zakresie w jakim nie odwołuje się precyzyjnie do konkretnych naruszeń umowy.

Na wstępie wymaga zauważenia, że skład orzekający Izby nie ocenia pozytywnie takiego sposobu konstruowania postanowień umowy w zakresie kar umownych, wskazując na celowość bardziej precyzyjnej regulacji. Niemniej jednak Izba uprawniona jest do orzekania wyłącznie o niezgodności projektowanych postanowień umowy z przepisami prawa, w tym wyłączenie w granicy zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zgodnie z art. 483 § 1 KC można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W zakresie elementów przedmiotowo istotnych postanowienia regulującego karę umowną w doktrynie wskazuje się, że „*im precyzyjniejsze sformułowanie podstawy (okoliczności) naliczenia kary umownej, tym mniejsze pozostaje pole do ewentualnych sporów na tle wykładni oświadczeń woli*”. Jednocześnie za wystarczające uznaje się „*wskazanie, że kara umowna należy się za "przejaw niewłaściwego wykonania zobowiązania", a in casu należy ocenić, czy przyczyna naliczenia kary umownej przez wierzyciela faktycznie zaistniała i miała charakter niepieniężny (aczkolwiek bardziej prawidłowe jest przypisanie kary umownej do konkretnego przejawu nienależytego wykonania umowy).*” (M. Załucki (red.), Kodeks cywilny.

Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2023). Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła, aby ww. postanowienie projektu umowy naruszało przepisy prawa. Wprawdzie katalog okoliczności, za które zamawiający może obciążyć wykonawcę karą umowną jest szeroki, jednakże zamyka się on w granicach obowiązków wynikających z umowy oraz SWZ (oczywiście w zakresie, do którego umowa odsyła, określającym obowiązki wykonawcy co do wykonania zobowiązania). Jedynie zatem dodatkowo należy wskazać na instytucję miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 KC) oraz ograniczenie przez zamawiającego łącznej wysokości kar umownych do 20% wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia. Samo uregulowanie kary umownej nie stanowi elementu opisu przedmiotu zamówienia, lecz istotne postanowienie umowy, a zatem postawienie w tym zakresie zarzutu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami prawa należało uznać za niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 *a contrario* oraz ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 w zw. § 9 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: