

WYROK

Warszawa, dnia 29 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2024 r. przez wykonawcę **REMONDIS OPOLE S.Å.** siedzibą w **Opolu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łubniany**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie odnośnie zarzutu nr 2 w zakresie nadużycia prawa podmiotowego, równowagi stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim, Wykonawca nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w § 3 ust. 22 Wzoru umowy podlega karze pieniężnej w wysokości w wysokości 110% równowartości kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do masy odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowienia § 24 ust. 8 Wzoru umowy poprzez wskazanie, że:
 - a) wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami - w wysokości stanowiącej iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,
 - b) dodanie do § 11 ust. 2 pkt 1) lit. d) Wzoru umowy zastrzeżenia, że należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach za rok 2025 pomniejszona o opłaty podwyższone, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nałożone decyzjami Wójta Gminy, które są należne odpowiednio za rok 2025 i 2026 przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przy jednoczesnym określeniu, że Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych środków odwoławczych, a Wykonawca winien argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym złożenie środka odwoławczego, a także, że kara ta będzie wymagalna w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, tj. przed Głównym Inspektorem Ochrony Środowiska, właściwym Wojewódzkim Sądem Administracyjnym i Naczelnym Sądem Administracyjnym.
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2 i:
 - a. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
 - b. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Zamawiający – Gminę Łubniany – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Łubniany oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych”, znak sprawy: RG.ZP.271.16.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2024 r. pod numerem 552559-2024.

W dniu 26 września 2024 r. wykonawca REMONDIS OPOLE S.A. z siedzibą w Opolu wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 99 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 431 Pzp oraz art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. -

Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 z późn. zm.) w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 387 § 1 kc poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zapewnienia osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej aktualnie w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (§ 3 ust. 22 Wzoru umowy);

2.art. 353¹ kc w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 471 kc poprzez sporządzenie Wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim, jeśli Wykonawca nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w § 3 ust. 22 Wzoru umowy podlega karze pieniężnej w wysokości w wysokości 110% równowartości kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do masy odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych (§24 ust. 8 Wzoru umowy).

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosilo uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez:

zmianę postanowień Wzoru umowy (§ 3 ust. 22 Wzoru umowy) poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie do poddania odpadów przetwarzaniu w sposób, który umożliwi w jak największym stopniu uzyskanie przez Zamawiającego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych odebranych w ramach Umowy, w wysokości wskazanej w art. 3b ust.1 ucpg oraz usunięcie postanowienia §24 ust. 8 Wzoru umowy;

ewentualnie

poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych odebranych w ramach umowy, w wysokości wskazanej w art.3b ust.1 ucpg, z wyłączeniem odebranych w ramach umowy odpadów o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowanej odpady komunalne oraz w konsekwencji modyfikację §24 ust. 8 Wzoru umowy poprzez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami - w wysokości stanowiącej iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, przy czym przy obliczaniu osiągniętego i wymaganego poziomu, nie uwzględnia się odebranych w ramach Umowy odpadów o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne;

ewentualnie

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

- a)wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpg wobec wszystkich nieruchomości, co do których Wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania Wykonawcy o toku poszczególnych postępowań,
- b)przeprowadzenia w prasie lokalnej akcji edukacyjnej polegającej na publikacji zasad selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, składu odpadów najbardziej przydatnych do recyklingu oraz konsekwencji nieprawidłowego gromadzenia odpadów komunalnych, co najmniej raz w miesiącu, obejmującej co najmniej jedną szpalbę,
- c)przeprowadzenia w 2025 r. wspólnie z wykonawcą akcji edukacyjnej w wybranych placówkach szkolnych promującej prawidłową segregację odpadów oraz zwracającej uwagę na skład odpadów, jakie są najlepsze w celu prowadzenia ich recyklingu,

d)przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w ilości co najmniej 10 nieruchomości, w tym nieruchomości wielolokalowych miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcie postępowań, o których mowa w lit. a powyżej, a także informowania o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,

Ponadto poprzez dodanie zastrzeżenia, że w przypadku zaniechania przez Zamawiającego wykonania któregokolwiek z obowiązków, o których mowa powyżej, § 24 ust. 8 Wzoru umowy nie znajduje zastosowania oraz

w konsekwencji zmianę postanowienia § 24 ust. 8 Wzoru umowy poprzez wskazanie, że:

(1) wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami - w wysokości stanowiącej iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, oraz poprzez

(2) dodanie do §11 ust. 2 pkt 1) lit. d) Wzoru umowy zastrzeżenia, że należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg za rok 2025 pomniejszona o opłaty podwyższone o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpg, nałożone decyzjami Wójta Gminy, które są należne odpowiednio za rok 2025 i 2026 przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpg, to znaczy winien złożyć odwołanie do GIOŚ, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (przy czym Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych środków odwoławczych, a Wykonawca winien tą argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym złożenie środka odwoławczego); kara ta będzie wymagalna w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, o których mowa powyżej.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę REMONDIS OPOLE S.Åz siedzibą w Opolu, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 października 2024 r. (pismo z dnia 9 października 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zgodnie z art. 433 pkt 2 i 3 ustawy PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Zgodnie z art. 431 ustawy PZP, Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 58 KC:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

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.

Zgodnie z art. 387 § 1 KC, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Zgodnie z art. 471 KC dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego

wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Zgodnie z art. 5 KC nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 2 w zakresie nadużycia prawa podmiotowego, równowagi stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim, Wykonawca nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w § 3 ust. 22 Wzoru umowy podlega karze pieniężnej w wysokości w wysokości 110% równowartości kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do masy odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych, znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w powyższym zakresie.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 431 Pzp oraz art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 z późn. zm.) w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 387 § 1 kc poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zapewnienia osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej aktualnie w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (§ 3 ust. 22 Wzoru umowy), jest w ocenie Izby niezasadny.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, iż zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1). Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów (ust. 2).

Z kolei w myśl art. 433 pkt 2 i 3 ustawy PZP stanowi, iż projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (pkt 2) oraz odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (pkt 3). Na zasadzie zaś art. 431 ustawy PZP, zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia.

Izba zważa, iż Zamawiający w § 3 ust. 22 Wzoru umowy opisał postanowienie umowne w następujący sposób: „Wykonawca zapewnia, że będzie realizował przedmiot zamówienia w taki sposób, że Gmina osiągnie odpowiedni poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych”.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż na podstawie art. 3b ust. 1 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 55 % wagowo za 2025 r. Z kolei w myśl ust. 1a ww. przepisu, poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

Natomiast zgodnie z art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c - podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu:

- 1) przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu;
- 2) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;
- 3) składowania, przy czym w myśl ust. 3 pkt 1 kary pieniężne, o których mowa w ust. 2 i ust. 2a pkt 1 i 2 - oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 3. I tak, na podstawie art. 9x ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, karę pieniężną oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Izba zważa, iż Odwołujący w odwołaniu podniósł, że z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wynika, że obowiązek osiągnięcia wymaganego prawem poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów w odpowiedniej wysokości spoczywa na gminie, a przeniesienie tego obowiązku na wykonawcę stanowi obejście przepisów prawa. Odwołujący jednocześnie wskazał, że nie jest zgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa przerzucenie na wykonawcę usługi wymogu stawianego przez przepisy prawa administracyjnego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest szczególnym obowiązkiem wchodzącym w skład utrzymania czystości i porządku w gminach, a wynika to bezpośrednio z art. 3 ust. 3, art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przy czym gmina jest uprawniona do wykonywania zadań własnych albo za pomocą utworzonych przez siebie jednostek organizacyjnych albo też zawierać umowy z innymi podmiotami, w szczególności w drodze umowy powierzyć wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, co ma swoje odzwierciedlenie w art. 9 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym oraz w art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej.

Izba zważa, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 Wzoru umowy, Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania zamówienie, którego przedmiotem jest w szczególności odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Łubniany, transport tych odpadów i ich zagospodarowanie, wyposażenie wszystkich nieruchomości zamieszkałych w pojemniki oraz utrzymanie ich w odpowiednim stanie technicznym do gromadzenia odpadów komunalnych, w ilości zgodnej z danymi przekazanymi przez Zamawiającego oraz pojemności i kolorystyce zgodnej z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Łubniany przyjętym uchwałą XXVI/186/21 Rady Gminy Łubniany z dnia 25.01.2021 roku - załącznik nr 1 do OPZ. Powyższy zapis w projektowanych postanowieniach umownych wynika z normy prawnej uregulowanej w art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.

W związku z powyższym, mimo, iż na gminę został nałożony obowiązek udzielenia zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, to w ocenie Izby powinna mieć ona również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług, z uwzględnieniem nałożonych na nią obowiązków osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu. Z kolei sposób wykonywania przez wykonawcę usług ma bezpośredni wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z osiągnięciem odpowiednich poziomów recyklingu, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważa, iż na podstawie art. 6ka ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta na podstawie powiadomienia, o którym mowa w ust. 1, wszczyna postępowanie w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi (art. 6ka ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Następnie w myśl art. 6ka ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa, w drodze decyzji, wysokość opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi za miesiąc lub miesiące, a w przypadku nieruchomości, o których mowa w art. 6j ust. 3b, za rok, w których nie dopełniono obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, stosując wysokość stawki opłaty podwyższonej, o której mowa w art. 6k ust. 3.

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, iż na podstawie art. 6d ust. 4 pkt 4a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich szczegółowy sposób postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów, a co istotne taki sposób postępowania został określony w dokumentach zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania. I tak w § 14 ust. 1-4 Wzoru umowy przewidziane zostało, iż:

- 1) Wykonawca w ramach czynności odbioru odpadów winien sprawdzić poprawność segregacji przeznaczonych do odbioru odpadów, poprzez skontrolowanie, czy w pojemniku:
 - a) przeznaczonym na odpady podlegające selektywnej zbiórce znajduje się dedykowana dla tego pojemnika frakcja odpadów,
 - b) przeznaczonym na odpady zmieszane (niesegregowane) nie znajdują się odpady z frakcji podlegającej selektywnej zbiórce.
- 2) Wykonawca, w razie stwierdzenia nieprawidłowej segregacji, pojemnik przeznaczony na odpady podlegające selektywnej zbiórce, w którym stwierdzono nieprawidłową segregację oznacza naklejką z napisem "ZŁA SEGREGACJA". Niewłaściwie posegregowane odpady Wykonawca winien traktować jako zmieszane odpady komunalne. Odpady z pojemnika oznaczonego naklejką Wykonawca odbiera w najbliższym przewidzianym w harmonogramie terminie odbioru odpadów zmieszanych. Po opróżnieniu pojemnika Wykonawca odkleja naklejkę.
- 3) Wykonawca obowiązany jest przekazać informację o miejscach i adresach punktów odbioru których odpady nie zostały odebrane w sposób selektywny z uwagi na niepoprawną segregację oraz pojemnikach przeznaczonych na pozostałości po segregacji, w których znajdowały się odpady z frakcji podlegającej selektywnej zbiórce wraz z dokumentacją zdjęciową odpadów zgromadzonych w pojemniku. Wykonawca przekazuje Zamawiającemu informację drogą elektroniczną najpóźniej do godz. 10:00 pierwszego dnia roboczego następującego po dniu, w którym stwierdzono niepoprawną segregację za dany dzień, na wskazany przez Zamawiającego w Umowie adres e-mail. Informacja, o której mowa powyżej zawiera w szczególności datę stwierdzenia nieprawidłowości, adres punktu odbioru, w którym znajdował się pojemnik, kolor pojemnika, pojemność pojemnika, rodzaj zabudowy nieruchomości, do której przypisany jest pojemnik, numer rejestracyjny pojazdu, którego załoga stwierdziła niepoprawność segregacji oraz opis, na czym polegała nieprawidłowość w segregacji. Opis powinien zawierać wskazanie rodzaju odpadów, które znajdowały się w pojemniku, a pojemnik nie był przeznaczony na dany rodzaj odpadów.
- 4) Wykonawca obowiązany jest przekazać Zamawiającemu dokumentację zdjęciową przypadków niepoprawnej segregacji ujętych w informacji, o której mowa w ust. 3. Wykonawca przekazuje dokumentację zdjęciową niepoprawnej segregacji na adres e-mail wskazany w Umowie w terminie 3 dni roboczych od daty stwierdzenia przypadku niepoprawnej segregacji. Dokumentacja zdjęciowa powinna być sporządzona w sposób umożliwiający powiązanie poszczególnych fotografii z danymi, o których mowa w § 14 ust. 3 Umowy.

Nadto Izba zważa, iż również w rozdziale 5 OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ określony został szczegółowy sposób postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów, czy też obowiązek wynikający z rozdziału 7 pkt 2 ppkt 11 OPZ, zgodnie z którym: „Wykonawca zobowiązany jest do rejestrowania zdarzeń – notatka z miejsca załadunku – w przypadku np. braku odpadów w pojemnikach, braku pojemnika, zamkniętej bramy, niewłaściwego odpadu w pojemniku, odpadów remontowo budowlanych w pojemniku, itp. Wykonawca przekazuje Zamawiającemu notatkę drogą elektroniczną najpóźniej do godz. 10:00 pierwszego dnia roboczego następującego po dniu, w którym stwierdzono powyższy fakt za dany dzień, na wskazany przez Zamawiającego w umowie adres e-mail”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby zarówno postanowienia umowne, jak i postanowienia OPZ jednoznacznie wskazują, że Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia bieżącej kontroli poprawności segregacji odpadów na nieruchomościach zamieszkałych, a w konsekwencji w przeprowadzaniu procedury, o której mowa w art. 6ka ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Wójt, burmistrz lub prezydent miasta na podstawie powiadomienia, o którym mowa w ust. 1, wszczyna postępowanie w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi). W ocenie Izby potwierdza to dowód nr 5 Odwołującego, w którym wskazano wykaz posesji, w których odpady nie zostały odebrane w sposób selektywny z uwagi na nieprawidłową segregację.

Izba co do zasady zgadza się z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2024 r. o sygn. akt KIO 2942/24, KIO 2949/24, KIO 2953/24, KIO 2959/24, KIO 2963/24, KIO 2969/24, w którym wskazano, iż: „czynnikiem niezależnym od wykonawców jest jakość strumienia odpadów u źródła (...)”, jednak, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest tak, że nie ma on żadnego wpływu na sposób segregacji odpadów, zwłaszcza przy stosowaniu procedur opisanych w § 14 ust. 1-4 Wzoru umowy, co zdaniem Izby będzie miało ewidentny wpływ na możliwość uzyskania odpowiednich poziomów recyklingu i odzysku odpadów przez gminę.

Nie można również tracić z pola widzenia, iż mimo, że obowiązek osiągnięcia określonych prawem poziomów recyklingu

i odzysku odpadów jest obowiązkiem wynikającym z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i nałożonym na gminę, to jednak gmina nie odbiera odpadów, lecz m.in. nadzoruje gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Warto w tym miejscu podkreślić, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów administracyjnych jednoznacznie wskazano, iż gmina może "przerzucić" na wykonawcę odpowiedzialność za obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Sposób ich wykonywania ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiaganiem wymaganych recyklingów. W ustawie o utrzymaniu czystości i porządku nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina. Gmina ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług (tak wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 17.02.2022 r. II SA/GL 1326/21, wyrok KIO z 29.11.2012 r., sygn. KIO 2544/12, wyrok KIO z 29.05.2013 r., sygn. KIC 1125/13, wyrok KIO z 20.11.2023 r., sygn. KIO 3247/23).

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 12) dodatkowo oświadczył, iż: „Zamawiający będzie edukować mieszkańców, a wobec niestosujących się do obowiązków – egzekwować kary w trybie przepisów u.u.c.p.g., w tym art. 10 ust. 2)”, co zresztą podniósł Odwołujący na rozprawie, a co w ocenie Izby świadczy o współdziałaniu Zamawiającego z wybranym Wykonawcą przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a czego m.in. domaga się Odwołujący.

Izba w tym miejscu odniesie się do wyliczeń zaprezentowanych przez Odwołującego w odwołaniu, które w ocenie Izby oparte są na subiektywnych prognozach, o czym świadczą słowa: „Z wyliczeń poziomów recyklingu w okresie od 1.02.2025 do 31.12.2025 – 11 miesięcy, wykonanych z uwzględnieniem efektywności zagospodarowania odpadów jaką wykonawca osiąga w 2024 r., wynika, iż osiągnięty poziom recyklingu wyniesie w 2025 r. – 37,55%”, przy czym Odwołujący w odwołaniu wyliczenia te opiera na odpadach odbieranych z PSZOK (Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych), a potem w dowodzie nr 13 Odwołujący wskazuje „razem w okresie trwania umowy +PSZOK” na poziom recyklingu w 2025 r. – 37,55 % i w 2026 r. również poziom recyklingu 37,55 %.

Izba zwraca uwagę, iż wyliczenia te oparte są jednak na szacowanych ilościach odpadów („średnia ilość”), co wynika z rozdziału 2 OPZ, w którym mowa jest o szacowanej ilości odpadów komunalnych do odebrania w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia „u źródła”, jak również z PSZOK. Mając powyższe pod uwagę, wszelkie wyliczenia dokonane przez Odwołującego w dowodzie nr 13, w ocenie Izby, nie muszą zaistnieć, bowiem wystarczy, że ilość danego odpadu się zwiększy, to przy prawidłowej segregacji odpadów komunalnych, automatycznie spowoduje zwiększenie procentu odzysku, a tym samym będzie ono miało ewidentny wpływ na osiągnięcie poziomu recyklingu.

To samo dotyczy dowodów nr 2, nr 3 i nr 4 Odwołującego odnoszące się odpowiednio do odpadów komunalnych odebranych w ramach umowy przetargowej przez Remondis Opole Gmina Łubniany za 2023 r. bez PSZOK, odpadów komunalnych odebranych w ramach umowy przetargowej przez Remondis Opole Gmina Łubniany za 2023 r. z PSZOK oraz odpadów komunalnych odebranych całość według analizy rocznej Gminy - Gmina Łubniany za 2023 r., które to dowody w ocenie Izby również nie przesądzają o tym, iż ilość odpadów komunalnych zmieszanych, a zwłaszcza segregowanych w 2025 r. i 2026 r. nie będzie większa „u źródła”, jak i w PSZOK, w szczególności, jak już Izba wskazała powyżej, Zamawiający w OPZ mówi wyłącznie o „szacunkowych ilościach odpadów komunalnych”.

Nie można również tracić z pola widzenia, że z dowodu Zamawiającego w postaci sprawozdania wójta, burmistrza lub prezydenta miasta z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi za 2022 r. i 2023 r. wynika, iż Zamawiający osiągnął poziom recyklingu w 2022 r. 24,61% (przy wymaganym poziomie przez ustawodawcę 25%) i 2023 r. 40,15% (przy wymaganym poziomie przez ustawodawcę 35%), co w ocenie Izby świadczy o tym, iż przy prawidłowym świadczeniu usługi odbioru i zagospodarowania odpadów przez Wykonawcę, jest możliwe osiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu ustalonego przez ustawodawcę w wysokości 55% za 2025 r. i 56% za 2026 r. przez Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie uznaje twierdzeń Odwołującego, iż: „nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu w wysokości wynikającej z przepisów u.c.p.g jest żądaniem świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 kc”, czy też kwestionowane projektowane postanowienia umowne miałyby być sprzeczne z ustawą albo mające na celu obejście ustawy, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie. W ocenie Izby, patrząc historycznie, jeśli Zamawiającemu udało się osiągnąć poziom recyklingu w 2023 r. na poziomie ponad 40% w stosunku do 2022 r. na poziomie niecałych 25%, a więc wzrost w ciągu roku poziomu recyklingu u Zamawiającego o ponad 15%, to zdaniem Izby również jest możliwe osiągnięcie przez Zamawiającego w 2025 r. 55% i 2026 r. 56% poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych.

Nadto powoływanie się przez Odwołującego na tzw. system kaucyjny, który został wprowadzony ustawą o zmianie

ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi z dnia 14 kwietnia 2023 r., który to system ma zostać wprowadzony od 1 stycznia 2025 r., przez co zdaniem Odwołującego zmniejszeniu ulegnie masa odpadów segregowanych odbieranych w ramach umowy, w ocenie Izby w żaden sposób nie przesądza, że tak będzie, jak sugeruje Odwołujący. Co istotne, Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, o ile miałyby ulec zmniejszeniu masa odpadów segregowanych, w związku z wejściem w życie systemu kaucyjnego. Poza tym Izba wzięła również pod uwagę słowa Zamawiającego na rozprawie, iż na podstawie artykułów prasowych mało prawdopodobne jest, aby system ten obowiązywał od 1 stycznia 2025 r, a co nie było kwestionowane przez Odwołującego.

W tych okolicznościach sprawy, zdaniem Izby, zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 i 3 ustawy PZP jest chybiony.

Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego, w ocenie Izby, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ kc w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 471 kc poprzez sporządzenie Wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim, jeśli Wykonawca nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w § 3 ust. 22 Wzoru umowy podlega karze pieniężnej w wysokości w wysokości 110% równowartości kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do masy odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych (§24 ust. 8 Wzoru umowy), jest on w ocenie Izby zasadny, przy czym Izba nie doszukała się naruszenia art. 433 pkt 2 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 471 KC.

Izba zważa, iż kara administracyjna nakładana na gminę za nieosiągnięcie poziomów recyklingu została uregulowana w art. 9z ust. 2a w zw. z art. 9z ust. 3 w zw. z art. 9x ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z przywołanymi przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, karę za nieosiągnięcie poziomów recyklingu oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż Zamawiający w § 24 ust. 8 Wzoru umowy określił, że: „Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za nieuzyskanie poziomów recyklingu, o których mowa w § 3 ust. 22 Umowy - w wysokości 110% równowartości kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do masy odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych”.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, iż nie popiera argumentacji Odwołującego, jakoby będzie on zobowiązany do zapłaty kary umownej za okoliczności, które nie ma żadnego wpływu. W ocenie Izby wykonawca w ramach odbierania odpadów komunalnych odgrywa kluczową rolę w bieżącej kontroli poprawności segregacji odpadów na nieruchomościach zamieszkałych, a w konsekwencji w przeprowadzaniu procedury, o której mowa w art. 6ka ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Tym samym, rację ma Zamawiający, iż: „ma prawo oczekiwać, że wykonawca zrealizuje umowę w taki sposób, że przewidywane na dany rok poziomy recyklingu zostaną osiągnięte. Brak obwarowania prawidłowego wykonania usługi karami umownymi byłoby poważnym narażeniem środków publicznych”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż kara umowna powinna mieć między innymi charakter motywacyjny, a usunięcie jej ze Wzoru umowy, jak tego domaga się w żądaniu głównym Odwołujący, doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca bez ponoszenia żadnych konsekwencji mógłby nie podejmować wysiłków w celu osiągnięcia wymaganych przez ustawodawcę poziomów recyklingu.

Nadto Izba zważa, iż Odwołujący w odwołaniu sformułował również żądanie ewentualne zmierzające do zmodyfikowania postanowień Wzoru umowy poprzez przyjęcie, iż przy obliczaniu osiągniętego i wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, nie uwzględnia się odebranych w ramach umowy odpadów o kodzie 20 03 01 – odpady zmieszane (niesegregowane). Jednakże należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż brak jest podstaw prawnych do takiego zawężenia, ponieważ nie przewidują go ani przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ani rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, gdzie z § 3 ust. 2 pkt 1 wynika, iż „Do łącznej masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, oznaczonej symbolem „Mr”, zalicza się odpady komunalne z grupy 15 oraz grupy 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż zastrzeżenie kary umownej nie stanowi naruszenia art. 433 pkt 2 i 3 ustawy PZP zw. z art. 483 § 1 k.c. Należy bowiem zauważyć, że w § 24 ust. 8 Wzoru umowy nie zostało zawarte zastrzeżenie

kary umownej ani za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (prawidłowe świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów przez wykonawcę jest czynnikiem mającym bezpośredni i przeważający wpływ na wypełnienie warunków umowy), ani w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (wykonawca odgrywa kluczową rolę m.in. w bieżącej kontroli poprawności segregacji odpadów na nieruchomościach zamieszkałych). Należy przy tym zauważyć, że gmina jest zobowiązana podejmować takie działania, aby w sposób rzetelny i gospodarny wydatkować środki publiczne, jednakże, w ocenie Izby, Zamawiający nie zauważa, że ukształtowanie postanowień wzoru umowy w taki sposób, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 110 % kary administracyjnej nałożonej na Zamawiającego na podstawie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jest nie tylko nadmierne, ale również stanowi nadużycie prawa podmiotowego, a także wykracza poza granice zasady swobody kontraktowej stron wynikającą z art. 353¹ k.c.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy doszłoby do „nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy”. Tym samym, Izba popiera stanowisko Odwołującego, iż „niedopuszczalną należy uznać próbę „zarabiania” przez Zamawiającego na niewywiązaniu się przez niego z tego obowiązku poprzez nałożenie na Wykonawcę kary w wysokości 110% kary otrzymanej przez gminę”.

W ocenie Izby, samo twierdzenie Zamawiającego dla uzasadnienia, że kara umowna nie jest rażąco wygórowana albowiem została ona zastrzeżona w wysokości 110% równowartości kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do masy odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych, jest zdaniem Izby stwierdzeniem lakonicznym, które w żaden sposób nie uzasadnia kary umownej aż w wysokości 110 % kary otrzymanej przez gminę. Twierdzenie Zamawiającego na rozprawie, iż nie ma znaczenia, czy kara umowna będzie w wysokości 80%, 100%, czy 110 % kary otrzymanej przez gminę, w ocenie Izby jest wręcz przeciwnie. Przecież wysokość kary będzie miała ewidentny wpływ na kalkulacje ceny oferty i związane z tym ryzyko będzie miało swoje odzwierciedlenie w cenie oferty.

To samo dotyczy twierdzenia Zamawiającego, iż „zastrzeżona we Wzorce umowy kara umowna nie może być uznana za rażąco wygórowaną w stosunku do jakiegokolwiek szkody, jaką mógłby ponieść Zamawiający”, jednak co istotne, Zamawiający przedstawiając taką tezę, w żaden sposób ją nie wykazuje. Tym samym wskazywana przez Odwołującego kara umowna w wysokości 110% równowartości kary pieniężnej, o której mowa w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w odniesieniu do masy odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych, ma w ocenie Izby charakter nadmierne obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim Wykonawca nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w § 3 ust. 22 Wzoru umowy.

Poza tym, w ocenie Izby, odniesie się przez Zamawiającego do instytucji miarkowania kary umownej, o której mowa w art. 484 § 2 KC, nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu.

Jednocześnie Izba podkreśla, iż Izba nie jest związana żądaniem odwołania, a jedynie zarzutami. Dlatego też Izba uwzględniła żądanie ewentualne (drugie) Odwołującego wyłącznie w zakresie żądania zmiany postanowienia § 24 ust. 8 Wzoru umowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: