

WYROK

Warszawa, dnia 31.10.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 7 października 2024 r. przez wykonawcę EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Jakubów, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jakubów

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 9 ust. 2 wzoru umowy oraz ewentualnie innych powiązanych postanowień umownych, poprzez obniżenie kary umownej opisanej ww. postanowieniem do wysokości 50% kary nałożonej na zamawiającego w sposób określony w art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/3 Zamawiającego i w 2/3 Odwołującego i 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. Zasądza od zamawiającego Gmina Jakubów na rzecz odwołującego EKO-SAM BIS Sp. z o.o. kwotę 5 000 zł 00 g (słownie: pięć tysięcy złotych, zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania.
5. Znosi koszty postępowania odwoławczego pomiędzy stronami w pozostałym zakresie.

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:

Sygn. akt: KIO 3691/24

Uzasadnienie

Gmina Jakubów, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Jakubów.

Wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Objawienie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 26 września 2024 r., pod numerem 578379-2024.

W dniu 7 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy EKO-SAM BIS Sp. z o.o., dalej jako: „Odwołujący”, wobec treści dokumentów zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353 1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 pzp poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych (§ 9 ust. 2 wzoru umowy) naliczonych Zamawiającemu w przypadku nieosiągnięcia wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania wymaganych obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający wyliczy Wykonawcy z tego tytułu wysokość kary w sposób określony w art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w sytuacji gdy:
 - a. przedmiotowa kara umowna jest rażąco wygórowana, dowolna oraz prowadząca do możliwości bezpodstawnego wzbogacenia się zamawiającego jako wierzyciela kosztem dłużnika (wykonawcy) mimo że nie ponosi on jakiegokolwiek winy w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy w zakresie braku osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu,
 - b. zapis o wysokości naliczenia kary jest nieprecyzyjny, nie pozwalający na ocenę ryzyka kontraktowego, a przez to na prawidłową wycenę oferty,
 - c. zapis nie uwzględnia faktu, że wykonawca nie ma wyłącznego wpływu na osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu jako, że nie posiada mechanizmów prawnych, które pozwalałyby odpowiednio

kontrolować sposób składowania odpadów przez mieszkańców oraz nie posiada mechanizmów prawnych, które miałyby realny wpływ na jakość przygotowywanych do odbioru odpadów „u źródła” (sprzed danej posesji),

d.zapis nie uwzględni zmian rynkowych (odpowiedniego popytu na surowce u tzw. recyklerów),

co w konsekwencji powyższych stanowi rażące nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zastrzeżenie kary umownej za powstanie okoliczności na które wykonawca może nie mieć wpływu jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz naturą przedmiotowego stosunku prawnego, stanowi naruszenie zasady swobody umów oraz stoi w sprzeczności z naczelnymi funkcjami jakie ma pełnić kara umowna jak w szczególności funkcja stymulująca (represyjna) ponieważ mimo że Wykonawca w sposób należyty dokona odbioru wszystkich odpadów „u źródła”, a następnie je zagospodaruje w uprawnionych do tego instalacjach to i tak nie ma gwarancji, że poziomy recyklingu zostaną osiągnięte zaś brak tego osiągnięcia będzie niezależny od prawidłowych działań wykonawcy w tym zakresie, a mimo to będzie obciążony zapłatą kar umownych

2.art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353 (1) k.c. oraz art. 5 k.c. z art. 16 pkt. 1 i 3 pzp w zw. z § 8 ust. 6 wzoru umowy poprzez zastrzeżenie nieograniczonego prawa odmowy zapłaty wynagrodzenia, gdzie brak raportu podpisanego przez Zamawiającego lub podpisanie go z uwagami stwierdzającymi niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy skutkuje uznaniem umowy za niewykonaną lub nienależycie wykonaną, co stanowi podstawę do nie zapłacenia za usługę, podczas gdy tak skonstruowany zapis umowny jest nieprecyzyjny, ogólnikowy i powodujący dużą dowolność w ocenie raportu przez zamawiającego gdzie nawet najmniejsza uwaga (bliżej nieokreślona) daje zamawiającemu prawo odmowy zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, co w konsekwencji powyższych stanowi rażące nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych, nadużycie pozycji dominującej, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, może wyrządzić wykonawcy niepowetowaną szkodę,

3.art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353 (1) k.c. oraz art. 5 k.c. z art. 16 pkt. 1 i 3 pzp w zw. z art. 95 ust. 1 i 2 pzp zw. z § 12 ust. 1 wzoru umowy gdzie zamawiający zobowiązuje wykonawcę do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez cały okres realizacji zamówienia, osób wykonujących czynności: kierowanie pojazdami, załadunek/rozładunek odpadów podczas gdy osoby te nie zawsze muszą świadczyć w/w czynności na podstawie stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy zaś zamawiający wymaga zatrudnienia tych osób na stosunku pracy bez względu na okoliczności.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej modyfikacji dokumentów zamówienia, tj.:

1.W zakresie zarzutu nr 1 poprzez:

a.wykreślenie treści § 9 ust. 2 wzoru umowy

ewentualnie:

b.dokonanie zmiany treści § 9 ust. 2 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną w przypadku nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w danym roku. Kara umowna nie przekroczy kwoty 10 000,00 zł wysokości kary, której podlega Gmina Jakubów za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r. poz. 399 z późn. zm.). Kara zostanie nałożona jeżeli jej nałożenie miało związek z nieprawidłowym zawnionym wykonywaniem umowy przez Wykonawcę, a Wykonawca nie był w stanie wykazać, że podjął niezbędne czynności, aby te poziomy uzyskać.

LUB

Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną w przypadku nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w danym roku. Kara umowna nie przekroczy wartości 10% wysokości kary, której podlega Gmina Jakubów za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r. poz. 399 z późn. zm.). Kara zostanie nałożona jeżeli jej nałożenie miało związek z nieprawidłowym zawnionym wykonywaniem umowy przez Wykonawcę, a Wykonawca nie był w stanie wykazać, że podjął niezbędne czynności, aby te poziomy uzyskać.

LUB

Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną w przypadku nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w danym roku. Kara umowna nie przekroczy wartości 30% wysokości kary, której podlega Gmina Jakubów za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r. poz. 399 z późn. zm.). Kara zostanie nałożona jeżeli jej nałożenie miało związek z nieprawidłowym zawinionym wykonywaniem umowy przez Wykonawcę, a Wykonawca nie był w stanie wykazać, że podjął niezbędne czynności, aby te poziomy uzyskać.

2.W zakresie zarzutu nr 2 poprzez dokonanie zmiany treści § 8 ust. 6 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

Zamawiającemu przysługuje prawo do odmowy zaakceptowania raportu w całości bądź w części jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości co do wykazanych tam przez wykonawcę konkretnych ilości odpadów lub rodzajów odpadów. Zamawiający w takiej sytuacji w pierwszej kolejności wezwie wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie powstałych wątpliwości zakreślając termin nie krótszy niż 5 dni, a następnie po złożeniu wyjaśnień lub ich braku poinformuje w jakim zakresie akceptuje raport pozwalający na zapłatę wynagrodzenia.

3.W zakresie zarzutu nr 3 poprzez dokonanie zmiany treści § 8 ust. 6 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez cały okres realizacji zamówienia, osób wykonujących czynności: kierowanie pojazdami, załadunek/rozładunek odpadów, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2023 r. poz. 1465 oraz z 2024 r. poz. 878 i 1222).

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał przede wszystkim, że:

Zarzut nr 1: Zdaniem Odwołującego kwestionowany zapis umowy narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niewątpliwie stanowi nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych oraz zaburza równowagę ekonomiczną stron umowy. Zamawiający zdaje się nie zauważyć, że przedmiotowy zapis dotyczący kar umownych za brak osiągnięcia poziomów recyklingu stanowi niejako zastrzeżenie gwarancyjne, a nie karę umowną.

Dalej Odwołujący wskazywał, że Zamawiający zastrzega karę umowną której wysokość jest uzależniona od innego postępowania administracyjnego o nałożeniu kary pieniężnej gdzie Wykonawca nie jest stroną/uczestnikiem tego postępowania. Nie ma wpływu na jego przebieg.

Odwołujący dodał, że osiągnięcie poziomów recyklingu jest przede wszystkim zadaniem gminy zaś już obecnie wiadomo, że osiągnięcie wymaganych poziomów będzie niezwykle trudne i można to stwierdzić jeszcze przed tym jak wykonawcy w ogóle rozpoczną realizację usługi.

Odwołujący podkreślił, że przy obecnym kształcie mamy do czynienia z sytuacją gdy za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, które spowodowane będzie np. nienależytym zagospodarowaniem odpadów przez podmioty odbierające odpady komunalne od firm nieobjętych systemem gminnym czy przez podmioty zbierające odpady komunalne obciążony ma być podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na podstawie umowy z gminą. Jak dodał, Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych w sytuacji, gdy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu spełnienie tych wymogów jest obiektywnie niemożliwe, zwłaszcza że odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z kilku elementów składających na możliwość uzyskania odpowiedniego poziomów recyklingu. Jako jeden z takich czynników Odwołujący wskazał, że nie ma najmniejszego wpływu na jakość odpadów odbieranych „u źródła”.

Odwołujący dodał, że to obowiązkiem gminy jest przedsięwzięcie odpowiednich działań mających na celu przede wszystkim uświadamiać właścicieli nieruchomości od których odpady są odbierane o właściwej segregacji odpadów celem osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu. Zwrócił uwagę, na obowiązywanie od 2025 r. systemu kaucyjnego co najprawdopodobniej zmniejszy ilość odpadów przekazywanych do recyklingu przez wykonawców.

Jak kontynuował Odwołujący możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału

zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, którego udział w odniesieniu do strumienia odpadów, który będzie odbierany przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, jest bardzo duży (ponad 45%).

Już tylko ten fakt powoduje, że wykonawca ponosi ryzyko, iż wymaganych poziomów recyklingu nie uda się osiągnąć (wręcz w aktualnej sytuacji nie ma fizycznej możliwości ich osiągnięcia), a przecież nie ma on wpływu nie tylko na rzetelność segregacji odpadów "u źródła", ale też nie ponosi odpowiedzialności za edukowanie mieszkańców gminy w tym zakresie. Wykonawca ma wprawdzie obowiązek zgłaszania faktu niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (art. 6ka ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), ale powyższe nie zastąpi konieczności rzetelnej segregacji, o co powinni zadbać mieszkańcy jak również sam Zamawiający.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że Zamawiający ma obecnie nieograniczone prawo i swobodę w decydowaniu czy Wykonawcy należy się wynagrodzenie czy też nie. Z treści zapisu umownego wynika, że wystarczy jakakolwiek uwaga do realizacji usługi co może spowodować odmowę zapłaty wynagrodzenia. Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy podstawową funkcję prewencyjną, dyscyplinującą i sankcjonującą pełnią przede wszystkim kary umowne. Obecna sytuacja powoduje bardziej dotkliwie sankcje w postaci całkowitego braku zapłaty wynagrodzenia bez względu na stopień ewentualnego naruszenia postanowień umowy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma zatem prawo powziąć wątpliwość, zgłosić uwagi co do złożonego raportu w zakresie danej ilości czy danego odpadu. Wykonawca winien mieć jednak prawo do złożenia wyjaśnień jak również prawo do wynagrodzenia w zakresie w którym takich wątpliwości, uwag zamawiający nie posiada. Obecny zapis ma charakter arbitralny i krzywdzący. Powoduje, że wykonawca tak naprawdę mimo realizowanej usługi nigdy nie może być pewien czy w ogóle otrzyma wynagrodzenie.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że Zamawiający winien w § 12 wzoru umowy zastrzec, że wymóg zawarcia stosunku pracy z kierowcą lub ładowaczem następuje w okolicznościach kiedy świadczenie to wpisuje się w treść art. 22 § 1 kodeksu pracy. Nie w każdych okolicznościach taki wymóg będzie jednak spełniony, podczas gdy zapis umowny nakłada niejako automatyzm bez jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Odwołujący złożył również dodatkowe pismo procesowe, które wpłynęło do akt sprawy dnia 26 października 2024 r., w którym zawarł dodatkową argumentację.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 14 października 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko merytoryczne zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazywał m. in., że stosownie do art. 474 kc, Gmina jest odpowiedzialna jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, którym powierza wykonanie zobowiązania. Powyższe obciąża Gminę do wprowadzenia mechanizmów zabezpieczających należyte wykonanie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych przez wybranego wykonawcę. W ocenie Zamawiającego wprowadzenie do umowy zapisów przenoszących na wykonawcę realizującego usługę na rzecz Gminy obowiązkiem, którym sama została obciążona przez ustawodawcę nie może być uznane za prowadzące do możliwości bezpodstawnego wzbogacenia się zamawiającego kosztem wykonawcy. Nie sposób także uznać, że zapis o wysokości naliczenia kary jest nieprecyzyjny, nie pozwalający na ocenę ryzyka kontraktowego, a przez to na prawidłową wycenę oferty, bowiem regulacje dotyczące wysokości kar oraz poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wynikają wprost z ustawy. Brak jest także uzasadnienia dla wykreślenia lub zmiany kwestionowanego zapisu z powodu braku wpływu wykonawcy na osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu czy też nieuwzględnienia odpowiedniego popytu na surowce u tzw. recyklerów.

Zamawiający powołał się również na orzecznictwo KIO, z którego wynika, że „niezadbanie przez gminę o zastrzeżenie w umowie w sprawie zamówienia publicznego dotyczącego gospodarowania odpadami komunalnymi wytwarzanymi na jej obszarze kar umownych odpowiadających administracyjnoprawnym karom pieniężnym, które sama poniesie w razie nieosiągnięcia wymaganych przepisami poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, należałoby poczytać za udzielenie takiego zamówienia w sposób niezapewniający odpowiednio: po pierwsze - najlepszej jakości usługi, pomimo że jest to uzasadnione charakterem tego zamówienia, w ramach środków, które może przeznaczyć na jej realizację, po drugie - uzyskania najlepszych efektów, w tym społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, pomimo że są one możliwe do osiągnięcia, w stosunku do poniesionych nakładów, co byłoby wprost sprzeczne z art. 17 ust. 1 odpowiednio pkt 1 i 2 ustawy p.z.p. Biorąc pod uwagę uregulowania zawarte w ustawie o czystości i porządku w gminach domaganie się, aby gmina zrezygnowała z zabezpieczenia się przed poniesieniem negatywnych skutków

finansowych nieosiągnięcia wymaganych w tej ustawie rezultatów gospodarowania odpadami komunalnymi, a jednocześnie była gotowa zapłacić przedsiębiorcom, którym udzieli dla realizacji tego zadania zamówień, wynagrodzenie w określonej przez nich na zasadach rynkowych wysokości, budzi wręcz sprzeciw" ((tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1118/22 oraz podzielają to zapatrywanie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2022 r., sygn. akt KIO 2665/22).

Zamawiający nie zgodził się także z pozostałymi zarzutami. W zakresie zarzutu nr 2 wskazał, że w sytuacji, gdy wynagrodzenie umowne jest ustalone wg. stawki za 1Mg, niezbędnym z punktu widzenia interesów obu stron jest określenie dokumentów źródłowych dotyczących ilości odebranych odpadów w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy według określonej umową stawki. Ponadto, dokumenty przedstawiane przez Wykonawcę w postaci miesięcznych raportów muszą znajdować odzwierciedlenie oraz potwierdzenie w kartach przekazania odpadów do instalacji i dowodach wagowymi. Zatem w takiej sytuacji, tj. gdy ilości odebranych odpadów wskazane w miesięcznych raportach znajdują odzwierciedlenie w kartach przekazania odpadów do instalacji i dowodach wagowymi brak jest podstaw do niezaakceptowania tych raportów przez Zamawiającego i wypłaty wynagrodzenia.

W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że po przeprowadzeniu analizy w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia oraz na podstawie dotychczasowego doświadczenia i praktyki ustalili, że co do zasady pracownicy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel kierujący pojazdami oraz zajmujący się załadunkiem/rozładunkiem odpadów. Odwołujący - poza ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi celu wprowadzenia przepisu art. 95 PZP - nie przedstawił przekonujących argumentów świadczących o tym, że analiza Zamawiającego na tle zastosowania art. 95 ust. 1 i 2 PZP była błędna. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego Zamawiający dodał, że z oczywistych względów powyższy obowiązek nie dotyczy samego Wykonawcy (w tym wspólników spółek osobowych), który osobiście realizować będzie wyżej wymienione czynności na zasadzie jednoosobowej działalności gospodarczej (samozatrudnienie).

Szczegółowa treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumenty załączane przez strony do pism procesowych i składane na rozprawie.

W zakresie ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy należy zwrócić uwagę na następujące zapisy dokumentów zamówienia:

Zgodnie z § 9 ust. 2 wzoru umowy:

„Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku nieosiągnięcia wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania wymaganych obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający wyliczy Wykonawcy z tego tytułu wysokość kary w sposób określony w art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.”

Zgodnie z § 8 ust. 6 wzoru umowy:

„Brak raportu podpisanego przez Zamawiającego lub podpisanie go z uwagami stwierdzającymi niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy skutkuje uznaniem umowy za niewykonaną lub nienależyte wykonaną, co stanowi podstawę do nie zapłacenia za usługę.”

Zgodnie z § 12 ust. 1 wzoru umowy:

„Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez cały okres realizacji zamówienia, osób wykonujących czynności: kierowanie pojazdami, załadunek/rozładunek odpadów.”

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr 1:

Zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. z 2024 r., poz. 399 – dalej jako: „ucpg”) gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 55% wagowo - za rok 2025. W ust. 1a przywołanego powyżej przepisu wskazano, że poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

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 (art. 9z ust. 2a ucpg).

Z zestawienia przytoczonych przepisów wynika, że obowiązek osiągnięcia wymaganego prawem poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów w odpowiedniej wysokości spoczywa na gminie, która narażona jest na nałożenie na nią kar pieniężnych w razie niewywiązywania się z ww. obowiązku.

Utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy (art. 3 ust. 1 ucpg). Dążąc do realizacji ww. zadania, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany m. in. 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 (art. 6d ust. 1 ucpg). Przepisy przewidują więc przeniesienie przez gminę obowiązku odbierania lub odbierania i zagospodarowania odpadów na wyspecjalizowany podmiot w drodze zamówienia publicznego, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie.

Uwzględniając powyższe, jeśli gmina nie realizuje samodzielnie odbierania i zagospodarowania odpadów, zasadnym jest następcze obciążenie wykonawcy zamówienia publicznego karami umownymi z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, gdyż bez wątpienia sposób realizowania odbioru i zagospodarowania ma wpływ na osiągnięcie wymaganych wskaźników. Uzasadnionym jest więc by wykonawca zamówienia był odpowiednio zmotywowany by do ich osiągnięcia dążyć, jak też uzasadnionym jest by gmina otrzymała stosowną rekompensatę w razie nałożenia na nią kar pieniężnych w razie ich nieosiągnięcia. Izba identyfikuje czynność odbioru i zagospodarowania odpadów jako jedną z kluczowych czynności wpływających na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła żądania głównego odwołania, które ukierunkowane było na wykreślenie ze wzoru umowy ww. kary umownej. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał również by zasadnym było obniżenie jej tak dalece, jak wskazywano w treści odwołania. Biorąc jednak pod uwagę podniesione argumenty, zdaniem Izby zasadnym jest obciążenie odpowiedzialnością za niewywiązywanie się z obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu zarówno gminę, jak też wykonawcę odbierającego i zagospodarowującego odpady równomiernie.

Wydając takie rozstrzygnięcie Izba wzięła pod uwagę to, że oprócz samego sposobu realizowania odbioru i zagospodarowania odpadów, na osiągnięcie wymaganych poziomów wpływ ma wiele innych czynników, na które nie ma wpływu wykonawca zamówienia publicznego. Przy czym te inne czynniki należy również odczytywać jako kluczowe w kontekście możliwości uzyskania odpowiednich poziomów recyklingu.

W pierwszej kolejności Izba zgodziła się z Odwołującym, że wykonawca ma ograniczony wpływ na jakość odpadów odbieranych „u źródła”. Bezpośrednim czynnikiem wpływającym na to, czy wymagany poziom recyklingu uda się osiągnąć, jest jakość odbieranych frakcji odpadów. Teza ta ma potwierdzenie w Krajowym Planie Gospodarki Odpadami 2022 przyjętym w roku 2016 r., w którym wskazano, że „*ilość oraz skład morfologiczny odpadów komunalnych w bardzo dużym stopniu zależą od miejsca ich powstawania, w tym przede wszystkim od zamożności społeczeństwa i związanej z nią poziomu konsumpcji wyrobów, ale także od pory roku.*” (...). Jako jeden z czynników zapobiegania powstawania odpadów w gospodarstwach domowych wskazano na „*edukację w zakresie zapobiegania powstawaniu odpadów, w tym w zakresie ponownego użycia przedmiotów w gospodarstwach domowych i w szczególności w zakresie docelowej zmiany ich pierwotnej funkcji lub przeznaczenia (...).*”

Z powyższego wynika, że wykonawca realizujący odbiór i zagospodarowanie odpadów ma ograniczony wpływ na jeden z podstawowych czynników warunkujących osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, tj. świadomość społeczeństwa związaną przede wszystkim z obowiązkiem należytego segregowania odpadów, a co za tym idzie – na jakość odbieranych odpadów u źródła. Nie ulega wątpliwości, że świadomość ta w poszczególnych rejonach będzie na różnym

poziomie, a na jej kształtowanie wpływ mają m. in. działania podejmowane przez gminę, mające charakter edukacyjny, ale nie tylko. Gmina ma obowiązek przedsięwziąć szereg działań, których celem ma być ogólnie pojęte „utrzymanie czystości i porządku”. Działania te wymienione są w art. 3 ust. 2 ucpg, a objęcie wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi jest tylko jednym z nich. Za równie istotne należy uważać pozostałe obowiązki gmin w tej materii, w tym wskazany w pkt 8 ww. przepisu obowiązek prowadzenia działań informacyjnych i edukacyjnych w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

Także ustawodawca dostrzega istotę kształtowania przez gminy zachowań mieszkańców w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Jak bowiem uregulowano w art. 9z ust. 1 ucpg gmina, która nie tworzy warunków niezbędnych do utrzymania czystości i porządku na swoim terenie, o których mowa m. in. w art. 3 ust. 2 pkt 8 - podlega karze pieniężnej w wysokości od 1000 zł do 100 000 zł.

Izba nie zgodziła z twierdzeniem Odwołującego, że wykonawca nie ma żadnego wpływu na jakość odpadów odbieranych u źródła. Wskazać należy, że zgodnie z § 7 ust. 6 pkt 1 lit. d) wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest m. in. do „*wykonywania kontroli selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez właścicieli nieruchomości a w przypadku ich niedopełnienia zobowiązany jest przyjąć odpady jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i niezwłocznie pisemnie powiadomić o tym fakcie Zamawiającego. Przed zakwalifikowaniem odpadów segregowanych do zmieszanych, w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych, sporządzić dokumentację zdjęciową na poziomie umożliwiającym Zamawiającemu wydanie decyzji administracyjnej naliczającej zmianę wysokości opłaty.*” Z powyższego postanowienia umownego wynika, że wykonawca dysponuje środkiem dyscyplinującym właścicieli nieruchomości do bardziej rzetelnego prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów. Wykonawca powinien więc dołożyć wszelkich starań by kontrole takie były prowadzone regularnie i rzetelnie, co zdaniem Izby może wpływać w pewnym stopniu na zachowania mieszkańców.

Nie bez znaczenia pozostaje jednak to, że odpowiednia motywacja w tym zakresie powinna również towarzyszyć działaniom gminy (a konkretnie jej organom), która ostatecznie wydaje decyzję administracyjną dotyczącą zmiany wysokości opłaty. Jak wynika z art. 6ka ust. 3 ucpg to 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. Tym samym może zaistnieć sytuacja, w której nawet pomimo rzetelnych kontroli prowadzonych przez wykonawcę, ostatecznie podwyższone opłaty nie zostaną nałożone. W każdym razie, odbywa się to bez udziału i wpływu wykonawcy zamówienia publicznego.

Dalej należy wskazać, że na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu ma wpływ również to, jakie konkretnie frakcje odpadów są odbierane bowiem w przypadku odpadów zmieszanych tylko znikoma ich ilość jest następnie poddawana recyklingowi – według szacunków Odwołującego ok. 2-4%. Jak wykazał to Odwołujący, w przypadku gminy Jakubów niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne stanowiły główną ilość zbieranych na terenie gminy odpadów komunalnych wynoszącą ponad 45% (Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Jakubów za 2023 r.). Z powyższego wynika, że wszystkie pozostałe odpady musiałyby zostać w niemal 100% poddane recyklingowi by wymagane na 2025 r. poziomy zostały osiągnięte, co zdaniem Izby jest zadaniem zbliżonym do niemożliwego.

Nie bez znaczenia przy ocenie zasadności postawionego zarzutu jest tryb, w którym kary, o których mowa w art. 9z ust. 2a ucpg są wymierzane. Kary pieniężne, o których mowa w art. 9y ust. 1 i 2, art. 9z ust. 1-2a, 4, 6 i 7 oraz art. 9za, nakłada, w drodze decyzji, wojewódzki inspektor ochrony środowiska (art. 9zb ust. 2 ucpg). Oblicza się je w sposób określony w art. 9x ust. 3. Z kolei zgodnie z art. 9zb ust. 3 ucpg Wojewódzki inspektor ochrony środowiska, w drodze decyzji, może zawiesić zapłatę kar, o których mowa w art. 9z ust. 2 i 2a, lub je umorzyć.

Z powyższego wynikają dwa zasadnicze elementy przemawiające na korzyść Odwołującego. Po pierwsze opisana wyżej kara pieniężna jest wymierzana w postępowaniu administracyjnym, którego stroną jest gmina, a nie podmiot świadczący usługę odbioru i zagospodarowania odpadów. Wykonawca zamówienia publicznego nie ma więc żadnego wpływu na przebieg tego postępowania. Co więcej, samo nałożenie kary nie jest jeszcze jednoznaczne z obowiązkiem jej zapłaty. Jak wynika z art. 9zb ust. 3 możliwe jest bowiem zawieszenie zapłaty kary lub jej umorzenie. Powyższe jest jednak uzależnione od przedstawienia przez gminę udokumentowanego wniosku dotyczącego podjętych działań naprawczych zmierzających do usunięcia przyczyny nałożenia tej kary (art. 9ze ust. 2 ucpg). Po usunięciu przyczyn nałożenia kary pieniężnej kara ta podlega umorzeniu (art. 9ze ust. 3 ucpg). Zdaniem Izby trudno oczekiwać by

Zamawiający, który w całości przerzuci na wykonawcę odpowiedzialność z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu poprzez ustanowienie kar umownych w wysokości równej nałożonym karom administracyjnym, miał interes w podejmowaniu działań na rzecz zawieszenia lub umorzenia nałożonych kar. Trudno oczekiwać by w takiej sytuacji Zamawiającemu zależało na tym, by kary te zostały zawieszane lub umorzone, zwłaszcza że podjęcie takich działań wymagałoby niewątpliwie zaangażowania konkretnych zasobów Zamawiającego np. kadrowych czy finansowych.

Nie bez znaczenia dla sprawy ma również powoływana przez Odwołującego okoliczność wejścia w życie tzw. systemu kaucyjnego. Zdaniem Izby istnieje duże prawdopodobieństwo, że w związku ze zwrotem kaucji za niektóre rodzaje opakowań, system ten będzie popularny wśród mieszkańców. To z kolei może wpłynąć na to, że wykonawca odbierający i zagospodarowujący odpady zostanie pozbawiony znacznej ilości odpadów, które są najbardziej wartościowe z punktu widzenia recyklingu i stanowią główny strumień odpadów kierowanych do recyklingu. To z kolei może skutkować jeszcze wyższym udziałem odpadów nienadających się do recyklingu w masie odpadów komunalnych odbieranych w ramach umowy, a co za tym idzie, na wyższe prawdopodobieństwo nałożenia na wykonawcę spornej kary umownej. Oczywiście na dzień dzisiejszy nie można przewidzieć skali wpływu systemu kaucyjnego na rodzaj i ilość odbieranych przez wykonawcę odpadów, jednak zdaniem Izby jest to okoliczność, którą należy mieć na względzie.

Mając na uwadze powyższe argumenty, sytuacja w której wykonawca odbierający i zagospodarowujący odpady w całości obciążony jest odpowiedzialnością za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, jest zdaniem Izby niesprawiedliwa. Niewątpliwie ustanowienie kary umownej odpowiadającej jeden do jednego karze, jaka może zostać nałożona na gminę, stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego do kształtowania postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazać bowiem należy, że na osiągnięcie wymaganych wskaźników wpływ ma szereg okoliczności i nie za wszystkie z nich odpowiedzialny jest wykonawca zamówienia publicznego. Odpowiedzialność za część z nich, które zdaniem Izby są równie istotne, ponosi Zamawiający. Wobec tego brak jest podstaw do uznania, że tylko jeden z tych podmiotów powinien być obciążany konsekwencjami finansowymi stanu rzeczy, za który odpowiada więcej podmiotów. Z tego powodu Izba zdecydowała się nakazać Zamawiającemu obniżenie kary umownej opisanej spornym postanowieniem umownym do wysokości 50% kary nałożonej na zamawiającego w sposób określony w art. 9x ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Taki rozkład będzie zdaniem Izby wzajemnie motywował oba podmioty do współpracy na rzecz osiągnięcia wymaganych wskaźników i zapewni sprawiedliwie rozłożenie odpowiedzialności w razie ich niedotrzymania.

W podobnym tonie na temat opisywanych kar umownych wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 102/24. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela poglądy wyrażone przez Izbę w przywołanym wyroku, w zakresie w jakim orzeczenie to dotyczy kar umownych z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu.

Zarzut nr 2:

W zakresie przedmiotowego zarzutu zasadnym jest odwołanie się do następujących postanowień wzoru umowy:

§ 8 ust. 4: Podstawą wystawienia faktury będzie zaakceptowanie przez Zamawiającego miesięcznych raportów zawierających ilość (Mg) odebranych odpadów z nieruchomości zamieszkałych z podziałem na poszczególne frakcje, potwierdzone kartami przekazania odpadów do instalacji i dowodami wagowymi.

§ 8 ust. 5: Faktura wystawiona przed datą zaakceptowania raportu przez Zamawiającego do czasu sporządzenia właściwych korekt, nie będzie stanowiła podstawy do wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy. Termin płatności faktury o której mowa powyżej wynosił będzie 14 dni od daty dostarczenia właściwych korekt.

§ 8 ust. 6: Brak raportu podpisanego przez Zamawiającego lub podpisanie go z uwagami stwierdzającymi niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy skutkuje uznaniem umowy za niewykonaną lub nienależyte wykonaną, co stanowi podstawę do nie zapłacenia za usługę.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał by § 8 ust. 6 wzoru umowy, który powinien być czytany łącznie z ust. 4 i 5, naruszał przepisy powołane przez Odwołującego w ramach podnoszonego zarzutu.

Z przywołanych wyżej zapisów umownych wynika, że miesięczne raporty zawierające ilość odebranych odpadów, potwierdzone kartami przekazania odpadów do instalacji i dowodami wagowymi, będą stanowiły podstawę do dokonania płatności wykonawcy zamówienia. Powyższe koresponduje z § 8 ust. 1 umowy, zgodnie z którym za wykonanie usług będących przedmiotem umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za 1Mg odpadów, ustalone zgodnie z ofertą.

Słusznie zatem Zamawiający wskazywał, że gdy wynagrodzenie umowne jest ustalone wg. stawki za 1Mg, niezbędnym z punktu widzenia interesów obu stron jest określenie dokumentów źródłowych dotyczących ilości odebranych odpadów w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy według określonej umową stawki. Co więcej, raporty te muszą znajdować odzwierciedlenie oraz potwierdzenie w kartach przekazania odpadów do instalacji i dowodach wagowych.

Powyższe postanowienia umowne wydają się oczywiste z punktu widzenia sposobu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający by uiszczać wynagrodzenie na podstawie raportów, wymaga dodatkowo ich potwierdzenia dodatkowymi dokumentami, tak by płatność obejmowała faktyczny zakres świadczonej usługi. Izba nie znajduje w tych postanowieniach niczego nieracjonalnego.

Co więcej, zdaniem Izby nie jest również tak jak wskazuje Odwołujący, że postanowienie § 8 ust. 6 jest nieprecyzyjne, ogólnikowe i powodujące dowolność w ocenie raportu przez Zamawiającego. Zdaniem Izby ww. postanowienie precyzyjne formułuje obowiązki wykonawcy związane z miesięcznym raportowaniem oraz dokumentami, jakie muszą zostać przez niego złożone.

Z analizy ww. postanowienia umownego nie wynika również, że jakiegokolwiek uwagi Zamawiającego mogą wstrzymać płatność na rzecz wykonawcy. Postanowienia wzoru umowy wskazane w § 8 ust. 4-6 dotyczą raportów, w których powinny znaleźć się dane dotyczące ilości odpadów i ich wagi. Nie sposób zatem uznać by uwagi Zamawiającego mogły dotyczyć czegoś innego niż poprawności danych znajdujących się w składanych raportach, a dotyczących właśnie ilości i wagi odpadów odebranych (np. w sytuacji, gdy z raportów wynikać będą dane inne niż z dowodów wagowych). Co więcej, § 8 ust. 6 mówi o tym, że jedynie uwagi stwierdzające niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy mogą skutkować wstrzymaniem płatności wykonawcy. Nie jest więc tak, że jakiegokolwiek uwagi mogą wstrzymywać płatności, a jedynie takie, które wskazywać będą na niewykonanie lub nienależyte wykonania zobowiązania.

Nie ma więc racji Odwołujący, że ww. postanowienie daje Zamawiającemu dowolność w ocenie składanych raportów. Trudno zaakceptować stanowisko Odwołującego by w sytuacji, gdy istnieją rozbieżności w zakresie ilości odebranych odpadów, a właśnie ich ilość przesądza o wysokości wynagrodzenia, Zamawiający bezrefleksyjnie dokonywał płatności na rzecz wykonawcy. Zamawiający ma prawo w taki sposób konstruować postanowienia umowne by płatność dokonywana była za rzeczywisty zakres wykonanej usługi.

Izba nie doszukała się w kwestionowanych zapisach umownych naruszenia przepisów wskazywanych przez Odwołującego, czego skutkiem jest oddalenie odwołania w tej części.

Zarzut nr 3:

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy PZP zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2023 r. poz. 1465 oraz z 2024 r. poz. 878 i 1222).

Treść ww. przepisu co do zasady zbieżna jest z obowiązującym przed wejściem w życie nowej ustawy PZP art. 29 ust. 3a. Na gruncie ww. przepisu Urząd Zamówień Publicznych wydał opinię uwzględniającą wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r. (opinia ta opublikowana jest na stronie internetowej UZP). Jak można przeczytać w ww. opinii ustawodawca wprowadzając w życie ww. przepis „*miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy.*” (...) „*Natomiast, w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.*”

Na tożsamym stanowisku stoją komentatorzy. Przykładowo można wskazać na następującą opinię: „*Regulacja art. 95 PZP ma na celu zobligowanie zamawiającego do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie odpowiadało cechom stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego spoczywa obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie*

umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności.” (tak: A. Matusiak, w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. M. Jaworskiej, Legalis).

Słusznie zatem wskazywał Zamawiający, że ustalenie pracowniczego charakteru czynności personelu kierującego pojazdami oraz zajmującego się załadunkiem/rozładunkiem odpadów, a co za tym idzie wprowadzenie do OPZ stosownych zapisów zgodnych z art. 95 ust. 1 ustawy PZP, było efektem przeprowadzonych przez niego analiz. Czynności Zamawiającego są zatem zbieżne z przywołanymi wyżej poglądami.

Zdaniem Izby brzmienie art. 95 ust. 1, tj. wyrażenie „jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy”, odnosi się właśnie do obowiązku przeprowadzenia przez Zamawiającego stosownej analizy, który jeśli dojdzie do wniosku, że wykonanie określonych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w KP, to ma obowiązek zawarcia w OPZ stosownych zapisów. Zamawiający powyższe uczynił, a Odwołujący nie wykazał by przedmiotowy zapis w jakikolwiek sposób naruszał postulowane przez niego przepisy lub by analiza Zamawiającego w zakresie zidentyfikowania czynności polegających na wykonywaniu w sposób określony w KP była błędna.

Na marginesie trzeba jednak dodać, że wprowadzenie do OPZ zapisów zgodnych z art. 95 ust. 1 ustawy PZP, nie powinno ograniczać konkurencji. Przepis ten, a co za tym idzie – również postanowienia OPZ, nie znajdują więc zastosowania w przypadku osobistego wykonywania zamówienia przez osobę fizyczną, w tym również do przedsiębiorcy prowadzącego indywidualną działalność gospodarczą (tak: art. 95 Prawo zamówień publicznych Komentarz – pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza). Nie będzie on również dotyczył wspólników spółek prawa handlowego, którzy mogą świadczyć pracę na rzecz spółki poza stosunkiem pracy (np. art. 48 Kodeksu spółek handlowych w przypadku spółki jawnej, art. 176 KSH w przypadkach spółki z ograniczoną odpowiedzialnością).

Z powyższego wynika, że w sytuacjach, w których wykonawca „osobiście” będzie wykonywał określone czynności objęte przedmiotem zamówienia, ww. postanowienie OPZ nie znajdzie zastosowania. Zdaniem Izby powyższe jest oczywiste i nie wymaga żadnej modyfikacji dokumentów zamówienia.

Skutkiem takiego zapatrywania jest oddalenie odwołania w omawianym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy 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: