Sygn. akt:KIO 3892/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę EKO-SAM BIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Kołbiel

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 oraz 16 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 106e ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez nałożenie obowiązku zamieszczenia na fakturze adnotacji „*mechanizm podzielonej płatności*" i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie § 8 ust. 10 z projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę EKO-SAM BIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie w części 1/2 oraz Zamawiającego Gminę Kołbiel w części 1/2 i:

   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) proporcjonalnie do liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

   3.3 koszty wynagrodzenia pełnomocników znosi się wzajemnie.

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 3892/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Kołbiel, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kołbiel z podziałem na części" Numer referencyjny: IZP.271.12.2024",*, (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2024 r. pod numerem S 199/2024 615759-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 21 października 2024 r. EKO-SAM BIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na sformułowaniu treści dokumentów zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1.naruszenie przepisu 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 (§ 10 ust. 1 pkt 9 Załącznika nr 2 Projekt umowy)

za niewywiązanie się przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowana do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Kołbiel. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach (tj. Dz. U.2024 poz. 399 ze zm.), w sytuacji gdy:

- 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 jakiejkolwiek winy w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy w zakresie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu
- zapis o wysokości naliczenia kary jest nieprecyzyjny, nie pozwalający na ocenę ryzyka kontraktowego, a przez to na prawidłową wycenę oferty
- 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)
- zapis nie uwzględnia 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 współżycia 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.naruszenie przepisu 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. art. 106e ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług z zw. z § 8 ust. 10 projektu umowy poprzez nałożenie obowiązku zamieszczenia na fakturze adnotacji „mechanizm podzielnej płatności" przez Wykonawcę co stanowi rażące nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych oraz jest niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.wykreślenie treści § 10 ust. 1 pkt. 9 projektu umowy

ewentualnie

2.dokonanie zmiany treści § 10 ust. 1 pkt. 9 projektu umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku za niewywiązanie się zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowana do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Kołbiel. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U.2024 poz. 399 ze zm.) jednak w wysokości łącznie nie większej niż kwota 50 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych) naliczonych kar pieniężnych

lub

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku za niewywiązanie się zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowana do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Kołbiel. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U.2024 poz. 399 ze zm.) jednak w wysokości łącznie nie większej niż 30% wartości naliczonych kar pieniężnych

3.wykreślenie treści § 8 ust. 10 projektu umowy.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu jako podmiot, którego głównym profilem działalności jest odbiór i zagospodarowanie odpadów. Obecna sytuacja związana z nieprawidłowym opisem kar umownych za brak osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu bez względu na to czy wykonawca ponosi za ten stan winę czy też nie powoduje groźbę poniesienia w przyszłości rażącego uszczerbku w majątku (brak osiągnięcia spodziewanych korzyści). Odwołujący w obecnym stanie zostaje pozbawiony możliwości prawidłowego skalkulowania oferty oraz oceny ryzyk kontraktowych do których niewątpliwe zaliczają się również kary umowne.

W uzasadnieniu Odwołujący w odniesieniu do pierwszego z zarzutów w pierwszej kolejności przywołał, że zgodnie z § 10 ust. 1 pkt. 9 projektu umowy

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku za niewywiązanie się zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowana do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Kołbiel. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U.2024 poz. 399 ze zm.)

Przedmiotowy zapis umowy w ocenie Odwołującego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niewątpliwie stanowi również 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. Ustalenie obowiązku zapłaty określonej sumy w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, nie prowadzi do ustanowienia kary umownej, lecz jest zastrzeżeniem o charakterze gwarancyjnym [J. Dąbrowa, w: Z. Radwański (red.), System prawa cywilnego, t. III, cz. 1, 1981, s. 829; A. Surówka, Kary umowne – możliwość zastrzegania i dochodzenia, s. 29; P. Drapała, w: E. Łętowska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 5, 2013, s. 1152; K. Zagrobelny, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny, 2014, s. 968; B. Ruszkiewicz, w: J. Ciszewski (red.), Kodeks cywilny, 2014, s. 858; M. Lemkowski, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, 2016, s. 105].

Zamawiający zdaniem Odwołującego zastrzega karę umowną której wysokość jest uzależniona od innego postępowania administracyjnego o nałożeniu kary pieniężnej gdzie Wykonawca nie jest stroną/uczestnikiem tego postępowania i nie ma wpływu na jego przebieg.

Zgodnie z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach to gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

− 45% wagowo - za rok 2024;
− 55% wagowo - za rok 2025;
− 56% wagowo - za rok 2026;

Ponadto zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 8 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności prowadzą działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Osiągnięcie poziomów recyklingu jest przede wszystkim zadaniem gminy zaś już obecnie w ocenie Odwołującego wiadomo, że osiągniecie wymaganych poziomów będzie niezwykle trudne i można to stwierdzić jeszcze przed tym jak wykonawcy w ogóle rozpoczną realizację usługi.

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.

Na wstępie należy wyjaśnić, że wykonawca nie ma najmniejszego wpływu na jakość odpadów odbieranych „u źródła". Co więcej nie ma fizycznej możliwości aby odpady te były poddawane wnikliwej kontroli podczas odbioru „u źródła". O ich jakości można cokolwiek powiedzieć tak naprawdę w momencie kiedy zostaną poddane procesowi przetwarzania (w momencie kiedy są na taśmie). Trudno sobie nawet wyobrazić, żeby pracownicy odbierający odpady przed każdą posesją przed odbiorem mieliby rozrywać każdy worek i sprawdzać jakość odpadów. W zasadzie byłoby to działaniem nielegalnym.

Z dotychczasowego doświadczenia Odwołującego wynika, że bezpośrednim powodem braku osiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu jest jakość odbieranych frakcji segregowanych.

W odbieranych workach jest to co zgodnie z odpowiednim Rozporządzeniem powinno się w nim znaleźć ale po przejściu przez linię sortowniczą frakcji możliwych do oddania do recyklera jest niewiele. Dziś to recyklerzy stawiają wysokie warunki co do jakości przyjmowanych odpadów. Muszą to być frakcje bez jakichkolwiek zanieczyszczeń, jak najwyższej jakości. Dodatkowo dyktują oni warunki samego transportu czy przygotowania odpadów, które są wręcz niemożliwe do spełnienia w obecnym czasie. Sytuacja na Świecie, ceny paliw i energii sprawiają iż recyklerzy zmniejszają ilość przyjmowanych odpadów, zniżają ceny, a wprowadzone restrykcyjne przepisy Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. Poz. 1530) dodatkowo utrudniają ten proces. Rozporządzenie określa sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi:

• W myśl z § 4 ust. 3 Rozporządzenia, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami;

• W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu;

• Ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia wskazał, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi";

• zgodnie z § 7 ust. 1 „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów". Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane"

Jak zatem widać z powyższych przyczyn natury faktycznej oraz prawnej wykonawca w rzeczywistości ma bardzo niewielki wpływ na osiąganie odpowiednich poziomów recyklingu zaś zgodnie z umową ponosi z tego tytułu 100% odpowiedzialność.

Reasumując powyższe Odwołujący widzi olbrzymi problem w wywiązaniu się z umownych zapisów dotyczącym osiągnięcia odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na które nie ma żadnego wpływu. Zauważyć należy, że mimo należytego wykonywania usługi tj. zgodnie z zapisami § 11 ust. 1 wzoru umowy wykonawca jest narażony na ponoszenie ujemnych konsekwencji prawnofinansowych.

Zwracamy uwagę, że obowiązek osiągania odpowiednich poziomów recyklingu został nałożony na gminy, które obecnie w całości przerzucają ten obowiązek na wykonawcę w drodze umownej z całkowitym pogwałceniem zasady swobody umów. To obowiązkiem gminy jest przedsięwzięcie odpowiednich działań mających na celu przede wszystkim uświadamiać właścicieli nieruchomości od których odpady są obierane o właściwej segregacji odpadów celem osiągania odpowiednich poziomów recyklingu.

W przedmiotowej sprawie dotychczas wypowiadała się już Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie która m. in w wyroku KIO 102/24 z dnia 31 stycznia 2024 roku którego teza jest następująca: *Kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje, jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałaby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia*.

Z treści uzasadnienia w/w wyroku można również zacytować fragment, że: *Izba zgadza się przy tym z Odwołującym, że wykonawca odbierający i zagospodarowujący odpady nie ma wpływu na szereg okoliczności, od których zależny jest ostatecznie osiągnięty poziom recyklingu. W szczególności wykonawca nie ma wpływu na rzetelność segregowania odpadów przez ich wytwórców, czyli głównie - mieszkańców gminy, na obowiązujące przepisy prawa, w tym*

na sposób obliczania masy odpadów poddanych recyklingowi według zasad z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, czy też na sposób funkcjonowania w Polsce od 2025 r. systemu kaucyjnego, który z dużym prawdopodobieństwem pozbawi wykonawców dostępu do strumienia odpadów najbardziej nadających się do recyklingu.

Warto w tym miejscu podnieść, że Odwołujący nie sprzeciwia się co do samej zasady obowiązkowi osiągania ustawowych poziomów recyklingu. Odwołujący domaga się jedynie ustalenia sprawiedliwych zasad ponoszenia odpowiedzialności w sytuacji gdy okaże się, że te wymagane poziomy recyklingu nie zostały osiągnięte. Obecna sytuacja zbiegająca się do zastrzeżenia gwarancyjnego nie pozwala wykonawcy na odpowiednie przygotowanie oferty, w tym ocenę ryzyk kontraktowych w tym zakresie.

Nie można pominąć również faktu, że w 2025 r. zacznie obowiązywać w Polsce system kaucyjny, który obejmie opakowania na napoje jednokrotnego użytku: butelki PET o pojemności do 3 litrów i puszki metalowe o pojemności do 1 litra oraz butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do 1,5 litra, czyli ten rodzaj opadów, który jest najbardziej wartościowy z punktu widzenia recyklingu i stanowi główny strumień odpadów kierowanych do recyklingu. W założeniach tego systemu ww. butelki i puszki będą mogły być oddawane m.in. do sklepów wraz ze zwrotem kaucji, co najprawdopodobniej przyczyni się do popularności systemu kaucyjnego, ale jednocześnie zmniejszy ilość odpadów przekazywanych do recyklingu przez wykonawców.

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.

Odwołujący wyjaśniał, że nie ma wpływu na ilość brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonych w Mg. W konsekwencji powyższych bez względu na to czy ta brakująca ilość odpadów komunalnych wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy czy też z innych przyczyn niezależnych zupełnie od wykonawcy to i tak zostanie mu naliczona kara umowna.

Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie jednoznacznego i precyzyjnego sposobu ustalania ilości brakujących odpadów komunalnych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy co stanowić będzie wartość do prawidłowego wyliczenia kary umownej, a nie ustalania ilości wszystkich brakujących odpadów komunalnych bez względu na przyczynę.

Reasumując treść § 10 ust. 1 pkt. 9 projektu umowy w dotychczasowej postaci jest nie do przyjęcia i taki zapis winien zostać usunięty. Alternatywą jest jego określenie na takim poziomie (ustalenie- górnej granicy) który pozwoli Wykonawcy na prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych. W tej sytuacji zasadnym zdaniem Odwołującego wydaje się ewentualne wyliczenie przedmiotowej kary umownej której górna wysokość nie przekroczy 50 000,00 zł. Z ostrożności Odwołujący przedstawił również wniosek alternatywny gdzie łączna wysokość naliczonych kar pieniężnych nie powinna przekroczyć dla Wykonawcy 30% wartości tych kar. Odwołujący jak wyżej opisuje jedynie w minimalnym stopniu może mieć wpływ na poziomy recyklingu stąd też na równowagi ekonomicznej stron umowy Odwołujący przyjął, że górna granica odpowiedzialności nie powinna przekroczyć właśnie 30% co i tak jest wartością obiektywnie wygórowaną.

W zakresie zarzutu dotyczącego nałożenia obowiązku zamieszczenia na fakturze adnotacji „mechanizm podzielnej płatności" przez wykonawcę w ocenie Odwołującego stanowi rażące nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych. Zgodnie z art. 106e ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w przypadku faktur, w których kwota należności ogółem przekracza kwotę 15 000 zł lub jej równowartość wyrażoną w walucie obcej, obejmujących dokonaną na rzecz podatnika dostawę towarów lub świadczenie usług, o których mowa w załączniku nr 15 do ustawy – wyrazy „mechanizm podzielonej płatności". Natomiast zgodnie z załącznikiem nr 15 do powyższej ustawy „mechanizm podzielonej płatności" obejmuje w zakresie odpadów jedynie następujące symbole:

PKWiU: 38.11.49.0, 38.11.51.0, 38.11.52.0, 38.11.54.0, 38.11.55.0, 38.11.58.0, 38.12.26.0, 38.12.27, 38.32.2, 38.32.31.0, 38.32.32.0, 38.32.33.0, 38.32.34.0.

Usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych mogą zostać zakwalifikowane zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) jako symbole PKWiU: 38.11.11.0 – usługi związane ze zbieraniem odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu, 38.11.21.0 - usługi związane ze zbieraniem odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu, 38.11.31.0 - odpady komunalne inne niż niebezpieczne nienadające się do recyklingu, 38.12.13.0 - usługi związane ze zbieraniem niebezpiecznych odpadów komunalnych.

Biorąc pod uwagę powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, że usługa odbioru i zagospodarowania odpadów

komunalnych nie podlega pod mechanizm podzielonej płatności, a w związku z tym Zamawiający nie może nałożyć obowiązku zamieszczania przez wykonawcę na fakturze adnotacji „mechanizm podzielnej płatności".

Ponadto informujemy, iż Zamawiający zawarł w § 8 ust. 11 Załącznika nr 2 Projektu umowy zapis, że dokona zapłaty wynagrodzenia z zastosowaniem „mechanizmu podzielnej płatności" co oczywiście jest dopuszczalne nawet w przypadku gdy na fakturze wystawionej przez wykonawcę nie będzie zamieszczona adnotacja „mechanizm podzielnej płatności".

W dniu 5 listopada 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp – *SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego*.
art. 8 ust. 1 Pzp - *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*
- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

- art. 353^1 k.c. – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*
- art. 5 k.c. – *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*.
- art. 483 § 1 k.c. – *Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).*
- art. 387 § 1 k.c. - *Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

W odniesieniu do pierwszego z postawionych zarzutów w pierwszej kolejności należy wskazać, iż w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przywoływanych przepisów poprzez ukształtowane w projekcie umowy zapisy § 10 ust. 1 pkt. 9 tego projektu. Zgodnie z jego brzmieniem *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku: za niewywiązanie się zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami w sprawie ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji oraz poziomu recyklingu, przygotowana do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych w wysokości kary należnej Gminie Kołbiel. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U.2024 poz. 399 ze zm.),*

Kwestionując postanowienia umowne, Odwołujący dąży do istotnego ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy, co mogłoby przełożyć się na sposób wykonywania obowiązków przez wykonawcę. Jednakże oczekiwania

Odwołującego pozostają w sprzeczności z potrzebą dyscyplinowania wszystkich uczestników systemu gospodarki odpadami. Zamawiający ma prawo oczekiwać,
że wykonawca zrealizuje umowę w taki sposób, że przewidywane na dany rok poziomy recyklingu zostaną osiągnięte. W ocenie Izby, Zamawiający jako podmiot realizujący własny obowiązek przy pomocy profesjonalnego podmiotu, któremu powierza realizację umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, ma prawo wymagać osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia prawidłowej realizacji usługi.

Kara umowna ma charakter motywujący i to do wykonawcy należy obowiązek odpowiedniego zagospodarowania odpadów w celu uzyskania jak najwyższych procentów odzysku i recyklingu. Samorząd nie osiągnie ekologicznego celu, jeśli odpady nie trafią do instalacji, które zapewnią recykling. Wpływ Zamawiającego na sposób zagospodarowania odpadów jest ograniczony jedynie do wyboru Wykonawcy, który zapewnia jak najwyższy poziom odzysku zebranych odpadów poprzez m.in. nadzór nad realizacja umowy i określoną w umowie presję karną.

Działania podejmowane przez Zamawiającego mają na celu przede wszystkim uzyskanie finalnego efektu w postaci osiągnięcia poziomu recyklingu, na co bezpośredni wpływ na sposób wykonania umowy. Nie można przy tym pominąć przyjętych praktyk w zakresie nadzoru nad sposobem segregacji śmieci przez mieszkańców, co pozwala wykonawcy na wykazanie uzasadnionych okolicznościami od niego niezależnymi przypadków, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Odwołujący wbrew podnoszonym twierdzeniom nie wykazał, aby przewidziana w kwestionowanym zapisie kara miała charakter dowolny oraz prowadziła do możliwości bezpodstawnego wzbogacenia się zamawiającego jako wierzyciela kosztem dłużnika (wykonawcy) mimo że nie ponosi on jakiejkolwiek winy w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy. Kara umowna stanowi substytut odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność; jest zwolniony od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Wykonawca zatem może nie zostać zobowiązany do zapłaty kary umownej jeśli wykaże, że nie ponosi winy za nieosiągnięcie określonych poziomów recyklingu.

Sposób, w jaki Zamawiający będzie ewentualnie dochodził od wykonawcy kary odpowiadającej wysokości kary nałożonej na Zamawiającego, ewentualnie będzie podlegał ogólnym zasadom odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, w tym możliwości miarkowania kary przez sąd.

Należy także zauważyć, że podstawowym założeniem przy wykonywaniu umowy powinno być jej prawidłowe realizowanie. Wykonawcy realizujący umowę mają możliwość oceny ryzyka związanego z koniecznością zapłaty kary umownej wynikającego z niewywiązania się z obowiązków określonych w umowie w zakresie, którego dotyczy zapis. Odwołujący nie wykazał, aby oszacowanie takiego ryzyka było niemożliwe.

W ocenie Izby w świetle treści projektu umowy niezasadne są twierdzenia Odwołującego odnośnie przerzucania na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz w stopniu wykraczającym poza jego zobowiązania wynikające z umowy. Izba pragnie bowiem wskazać na zapis § 10 ust. 8 projektu umowy, zgodnie z którym *W przypadku naliczenia Zamawiającemu kary, o której mowa w ust. 1 pkt 9 po terminie obowiązywania niniejszej umowy, a która to kara będzie należna z tytułu realizacji niniejszej umowy zostanie ona naliczona Wykonawcy. Zamawiający obciąży Wykonawcę ww. karą przesyłając notę obciążeniową.* Powyższe wskazuje, iż nałożenie kary zgodnie z kwestionowanym przez Odwołującego zapisem nastąpi w sytuacji gdy wskazywana w § 10 ust. 1 pkt 9 projektu umowy kara nałożona na Zamawiającego będzie należna z tytułu realizacji niniejszej umowy. Ponadto zgodnie z § 10 ust. 9 projektu umowy *Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony wynosi 10% kwoty wskazanej w § 8 ust.1 Umowy*. Powyższe przeczy twierdzeniom Odwołującego jakoby przewidziana w § 10 ust. 1 pkt 9 projektu umowy była ukształtowana w sposób dowolny, naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i przenoszący na wykonawców odpowiedzialności za powstanie okoliczności na które wykonawca może nie mieć wpływu i niewynikających z wywiązania się z zobowiązań określonych w przedmiotowej umowie.

Z powyższych względów Izba uznała, że ukształtowanie umowy przez Zamawiającego uwzględniające postanowienie § 10 ust. 1 pkt 9 projektu umowy nie stanowi naruszenia przepisów prawa wskazywanych przez Odwołującego i w konsekwencji zarzut w tym zakresie należało oddalić.

Na uwzględnienie w ocenie Izby zasługiwał natomiast drugi z zarzutów odnoszący się do sformułowania przez Zamawiającego § 8 ust. 10 projektu umowy poprzez nałożenie obowiązku zamieszczenia na fakturze adnotacji

„mechanizm podzielnej płatności". Jak jednoznacznie wynika z zapisów art. 106e ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług *W przypadku faktur, w których kwota należności ogółem przekracza kwotę 15 000 zł lub jej równowartość wyrażoną w walucie obcej, obejmujących dokonaną na rzecz podatnika dostawę towarów lub świadczenie usług, o których mowa w załączniku nr 15 do ustawy – wyrazy „mechanizm podzielonej płatności".* Tymczasem jak jednoznacznie wynika z treści rzeczonego załącznika nie obejmuje on swoim zakresem stosowania usług stanowiących przedmiot zamówienia. Potwierdzenie powyższego wynika także z przedstawionych przez Odwołującego interpretacji podatkowych Krajowej Informacji Skarbowej, która w interpretacji z dnia 25 listopada 2020 r. (znak: 0114-KDIP1-1.4012.601.2020.1.AKA) potwierdziła, że *w pozycjach 79-91 załącznika 15 do u.p.t.u* [ustawa o podatku od towarów i usług – przyp. Izby] *wskazane są bowiem dostawy tych towarów (tutaj odpadów), a nie wykonane na nich usługi. Dla uznania czy wykonywana transakcja jest usługą albo dostawą niezbędne jest zbadanie jej wszystkich elementów. Dostawa przez kontrahenta odpadów do zagospodarowania, a co za tym idzie, nabycie przez Spółkę odpadów wymienionych w załączniku nr 15 do u.p.t.u., jest tylko wtórnym skutkiem wyświadczenia przez Spółkę usługi wykonywanej na tych odpadach. Skoro nie mamy tutaj do czynienia z dostawą towaru wymienionego w poz. 79-91 załącznika nr 15 u.p.t.u, a wykonywana jest usługa zagospodarowania tych odpadów niewymieniona w załączniku 15 do u.p.t.u., to brak jest podstaw prawnych do zastosowania obowiązkowego umieszczenia na fakturze VAT powyżej 15.000,00 brutto, adnotacji "Mechanizm podzielonej płatności*".

Tym samym należy uznać, iż kwestionowany w odwołaniu zapis § 8 ust. 10 projektu umowy jest niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie i w konsekwencji nałożenie na jego podstawie obowiązków na wykonawców w ramach projektu umowy należy uznać za działanie naruszające przepisy wskazane w odwołaniu. Tym samym odwołanie w tym zakresie należało uznać za zasadne a zarzut podlegał uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł, której wysokość stanowi stosunkowa wartość wpisu, ustalona poprzez obliczenie proporcji liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła (jeden zarzut), do liczby zarzutów,
których Izba nie uwzględniła (jeden zarzut). Jednocześnie Izba zniosła wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym koszty obejmujące wynagrodzenia pełnomocników.

Przewodniczący:…….