Sygn. akt KIO 2829/25

WYROK

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2025 r. przez wykonawcę Novago Żnin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wawrzynkach
w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wyrzysk

orzeka:

1.odrzuca odwołanie w zakresie, w jakim zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczyły zawartego w § 10 ust. 2 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia określenia „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia względem Wykonawcy kary" „tytułem nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk każdego z współczynników przewidzianych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ" oraz zawartego w § 10 ust. 3 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia określenia „Ustalenie osiągnięcia lub nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk współczynników wskazanych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ, nastąpi corocznie na podstawie sprawozdania, o którym mowa w art. 9q ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przekazanego przez Burmistrza Miasta Wyrzyska marszałkowi województwa i wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska",

2.oddala odwołanie z pozostałym zakresie,

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Novago Żnin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wawrzynkach i:

3.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Novago Żnin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wawrzynkach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez Novago Żnin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wawrzynkach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Gminę Wyrzysk tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2.zasądza od Novago Żnin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wawrzynkach na rzecz Gminy Wyrzysk kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2829/25

UZASADNIENIE

7 lipca 2025 r. wykonawca Novago Żnin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wawrzynkach (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie „wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień wzoru umowy czyli integralnej części SWZ, wg jego brzmienia zmienionego w dniu 25.06.2025 r." w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o tytule „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wyrzysk przez okres 24 miesięcy - (lata 2026-2027 fakultatywnie 2028)" (dalej jako „Postępowanie"), prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wyrzysk (dalej jako „Zamawiający").

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 106 j.t. ze zm.), dalej jako „kc." i w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez wprowadzenie kary umownej za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu w § 10 ust. 3-6 Wzoru Umowy, w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj.:

a)Zgodnie z regulacją umowy: „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia względem Wykonawcy kary tytułem nieosiągnięcia w danym roku kalendarzowym realizacji zamówienia (począwszy od 2026r.), przez gminę Wyrzysk każdego z współczynników przewidzianych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ". Tymczasem, z uwagi na fakt, że poziomy recyklingu liczone są dla Zamawiającego z wielu rożnych źródeł, z których jednym tylko jest umowa jaka ma być realizowana w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu, rażącym naruszeniem

zasady proporcjonalności jest ustanowienia kary umownej liczonej od całości kary jaką ma zapłacić Zamawiający i to także w przypadku, gdy Zamawiający nie będzie zobowiązany do zapłaty kary administracyjnej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu (Zamawiający może zostać zwolniony od obowiązku zapłaty kary w całości lub w części wg uznania organu nakładającego karę), natomiast zgodnie z postanowieniami Umowy Zamawiający ma prawo nałożenia na Wykonawcę kary umownej także w przypadku, gdy nieosiągnięcie poziomu recyklingu nie spowoduje po stronie Zamawiającego obowiązku zapłaty kary administracyjnej. Ponadto:

b)istnieje problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła" – największa grupa odpadów w całym strumieniu – około 50% 60% to odpady zmieszane, z których możliwe jest odzyskanie ok 2-3%;

c)ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852) – powoduje, że od 1 października 2025 roku ma zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce, który może pozbawić wykonawców przedmiotowego zamówienia odpadów, które mają kluczowe znaczenie w osiągnięciu poziomu recyklingu, natomiast Zamawiający odpady pochodzące z „systemu kaucyjnego" może wliczyć do swojego poziomu recyklingu. Wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, a przekłada się on na możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu przez Wykonawcę;

d)Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;

e)z najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce;

czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w wysokości 56% w 2026 r. oraz 57% w 2027 r. (okres realizacji zamówienia to 24 miesięcy lub w okresie dłuższym w przypadku skorzystania z prawa opcji w zakresie, o którym mowa § 14 ust. 1 pkt 1 PPU stanowiących załącznik nr 2 SWZ, albo wydłużenia okresu obowiązywania umowy poprzez jej zmianę), sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej § 10 ust. 3-6 Wzoru Umowy w związku z postanowieniami pkt 3 rozdziału I OPZ, co z kolei narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty, a co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny);

2.naruszenie przepisu art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 3531 kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 483 § 1 kc poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu w § 10 ust. 2-6 Wzoru Umowy w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła" (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na „surowce", czyli wąską grupę odpadów nadających się do recyklingu, które wliczane są do poziomów recyklingu i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 10 ust. 2-6 Wzoru Umowy, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy recyklingu i odzysku".

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

„1.nakazanie Zamawiającemu wykreślenie kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 10 ust. 2-6 Wzoru Umowy oraz pkt 3 rozdziału I OPZ;

ewentualnie

2.zmianę wymagań określonych w § 10 ust. 2-6 Wzoru Umowy, w zakresie obowiązku wykonawcy osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz sposobu ustalenia kary umownej za nieosiągnięcie tego poziomu — przez dostosowanie tego wymagania oraz kary do realnych możliwości osiągnięcia tego parametru w ramach realizacji umowy, z uwzględnieniem odpowiedzialności zamawiającego za poziom udziału odpadów niesegregowanych w całym strumieniu odbieranych odpadów",

a ponadto o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów Pzp w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 maja 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 335487-2025.

W tym samym dniu na stronie internetowej zamieszczono dokumenty zamówienia.

W rozdziale III specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ") Zamawiający określił, że „Przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wyrzysk, w okresie kolejnych 24 następujących po sobie miesięcy wraz z realizacją usług i obowiązków dodatkowych. (…)".

W rozdziale IV ust. 1 SWZ określono, że „Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w OPZ stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ oraz PPU stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.".

W rozdziale I ust. 2 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ (dalej jako „OPZ") Zamawiający określił, że „Zakres przedmiotowy zamówienia (dalej ,,Usługa" lub ,,Usługi") obejmuje: 1) odbieranie odpadów komunalnych: a) bezpośrednio od właścicieli nieruchomości pozostających w gminnym systemie odbioru odpadów komunalnych Gminy Wyrzysk, cyklicznie w systemie „u źródła", b) od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Wyrzysk, w systemie Mobilnych Zbiórek Odpadów (dalej ,,MZO"), c) z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych położonego na terenie gminy Wyrzysk (dalej ,,PSZOK"), d) z specjalistycznych pojemników na odbiór odpadów zlokalizowanych w miejscach publiczne dostępnych, zlokalizowanych na terenie gminy Wyrzysk, 2) transport odebranych odpadów komunalnych, o których mowa w pkt 1 (dalej ,,odpadami komunalnymi") do miejsca zagospodarowania[2] odpadów, zapewnionego przez Wykonawcę i wskazanego w ofercie, w tym za pośrednictwem miejsca lub miejsc zbierania odpadów zapewnionych przez wykonawcę i wskazanych w ofercie, 3) zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych, 4) zapewnienie właścicielom nieruchomości pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych w zakresie w jakim system deponowania odpadów przewiduje zbieranie odpadów w pojemnikach, 5) zapewnienie właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnej zbiórki i gromadzenia odpadów, w zakresie w jakim system deponowania odpadów przewiduje zbieranie odpadów w workach, 6) wyposażenie PSZOK w pojemniki i kontenery na odpady komunalne oraz wyposażenie miejsc publicznie dostępnych w specjalistyczne pojemniki, 7) realizację usług i obowiązków powiązanych z ww. w pkt 1) – 6).".

W rozdziale I ust. 3 OPZ określono, że „Realizacja zamówienia musi nastąpić w sposób zapewniający osiągnięcie przez Gminę Wyrzysk w okresie realizacji zamówienia poziomów, o których mowa w art. 3b ust. 1, art. 3b ust. 2a oraz art. 3c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j.: Dz. U. z 2024 r. poz. 399 ze zm., dalej: „u.c.p.g."), jak również w zgodności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w tym aktami prawa miejscowego, w szczególności: a) u.c.p.g., b) ustawą z dnia z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm., dalej: „u.o."), c) ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j.: Dz. U. z 2024 r., poz. 54 ze zm.), d) Rozporządzeniem Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, Dz. U. z 2013 r., poz. 122, e) uchwałą nr IV/42/2024 Rady Miejskiej w Wyrzysku z dnia 30 sierpnia 2024 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Wyrzysk Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 18 września 2024 r., poz. 7597, (dalej: „Regulamin"), f) uchwałą nr IV/43/2024 Rady Miejskiej w Wyrzysku z dnia 30 sierpnia 2024 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 18 września 2024 r., poz. 7596, (dalej: „Uchwała szczegółowa"), g) uchwałą nr XXV/233/2020 Rady Miejskiej w Wyrzysku z dnia 28 sierpnia 2020 r. w sprawie odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości stanowiących własność Gminy Wyrzysk, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 2 września 2020 r., poz. 66601, - a także wszystkimi ustanowionymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: ,,SWZ") wymogami.".

W § 10 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ (dalej jako „PPU") określono, że „(…) 2. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia względem Wykonawcy kary gwarancyjnej tytułem nieosiągnięcia, począwszy od pierwszego dnia realizacji zamówienia do ostatniego dnia realizacji zamówienia, przez gminę Wyrzysk każdego z współczynników przewidzianych w art. 3b ust. 1 i ust. 2a oraz art. 3c ust. 1 u.c.p.g. (każdego z osobna). 3. Ustalenie osiągnięcia lub nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk współczynników wskazanych w ust. 2 powyżej, nastąpi corocznie na podstawie sprawozdania, o którym mowa w art. 9q ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przekazanego przez Burmistrza Miasta Wyrzyska marszałkowi województwa i wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska. Niezaakceptowanie przez właściwe organy sprawozdania lub konieczność jego korekty (niezależnie od przyczyn) stanowi podstawę do zmiany wysokości naliczonej kary. 4.

Podstawę do zmiany wysokości kary w sposób określony przez Zamawiającego, lub odstąpienia od jej naliczenia, a także umorzenia (w przypadku jej naliczenia), stanowi korekta sprawozdania. 5. Wysokość kary będzie ustalana każdorazowo na poziomie ustalonym w proporcji do ilości pełnych miesięcy realizacji usług przez Wykonawcę w danym roku kalendarzowym z uwzględnieniem zasady: 1 miesiąc realizacji umowy w danych roku to kara w wysokości 1/12 względem kary pieniężnej, która może zostać nałożona lub zostanie nałożona na gminę Wyrzysk, o której mowa w art. 9z ust. 2a u.c.p.g. Zgodnie z art. 9z ust. 3 wspomnianej ustawy kary pieniężne, o których mowa w art. 9zb ust. 2a pkt 1 i 2 oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 3 wskazanej ustawy, a kary o których mowa w art. 9zb ust. 2a pkt 3 oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 4. 6. W przypadku bezskuteczności lub nieważności zastrzeżenia kar gwarancyjnych, o których mowa w ust. 2 - 5 (nieważność lub bezskuteczność wprowadzenia kar niewarunkowanych zawinieniem po stronie Wykonawcy), kary gwarancyjne uznawane będą ex tunc za kary umowne, uzależnione od zawinienia Wykonawcy. (…)"

25 marca 2025 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej pismo o treści „Zamawiający, działając na podstawie art. 137 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „P.z.p."), dokonuje zmiany treści: 1) postanowień Rozdziału I ust. 3 i 4 OPZ, 2) postanowienia §10 ust. 1 pkt 5) PPU, 3) postanowienia §10 ust. 1 pkt 19) PPU, 4) postanowienia §10 ust. 1 pkt 33) PPU, 5) postanowień §10 ust. 2-13 PPU, 6) postanowień §13 PPU. Zamawiający wprowadzone w dokumentach zamówienia, tj. w załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia oraz załączniku nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, zmiany oznaczył kolorem zielonym oraz ujawnił je poprzez zamieszczenie na stronie Postępowania zmodyfikowanych plików." oraz dokumenty zamówienia, zawierające przedmiotowe zmiany, polegające na:

1. nadaniu rozdziałowi I OPZ brzmienia „(…) 3. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji zamówienia w sposób zapewniający: 1) osiągnięcie, przez Gminę Wyrzysk, w każdym roku kalendarzowym realizacji zamówienia, poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „u.c.p.g."), 2) nieprzekroczenia przez Gminę Wyrzysk, w każdym roku kalendarzowym realizacji zamówienia, poziomu składowania odpadów wynikającego z art. 3b ust. 2a u.c.p.g., 3) nieprzekroczenia przez Gminę Wyrzysk, w każdym roku kalendarzowym realizacji zamówienia, poziomu składowania odpadów ulegających biodegradacji, o której mowa w art. 3c ust. 1 u.c.p.g. 4. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności zgodnie z: a) u.c.p.g., b) ustawą z dnia z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm., dalej: „u.o."), c) ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j.: Dz. U. z 2024 r., poz. 54 ze zm.), d) Rozporządzeniem Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, Dz. U. z 2013 r., poz. 122, e) uchwałą nr IV/42/2024 Rady Miejskiej w Wyrzysku z dnia 30 sierpnia 2024 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Wyrzysk Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 18 września 2024 r., poz. 7597, (dalej: „Regulamin"), f) uchwałą nr IV/43/2024 Rady Miejskiej w Wyrzysku z dnia 30 sierpnia 2024 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 18 września 2024 r., poz. 7596, (dalej: „Uchwała szczegółowa"), g) uchwałą nr XXV/233/2020 Rady Miejskiej w Wyrzysku z dnia 28 sierpnia 2020 r. w sprawie odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości stanowiących własność Gminy Wyrzysk, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 2 września 2020 r., poz. 66601, - a także wszystkimi ustanowionymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: ,,SWZ") wymogami.",
2. nadaniu § 10 PPU brzmienia „(…) 2. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia względem Wykonawcy kary ~~gwarancyjnej~~ tytułem nieosiągnięcia w danym roku kalendarzowym realizacji zamówienia (począwszy od 2026r.), ~~począwszy od pierwszego dnia realizacji zamówienia do ostatniego dnia realizacji zamówienia,~~ przez gminę Wyrzysk każdego z współczynników przewidzianych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ.~~art. 3b ust. 1 i ust. 2a oraz art. 3c ust. 1 u.c.p.g. (każdego z osobna).~~ Materię naliczenia kar reguluje ust. 3-6 poniżej. 3. Ustalenie osiągnięcia lub nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk współczynników wskazanych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ ~~ust. 2 powyżej~~, nastąpi corocznie na podstawie sprawozdania, o którym mowa w art. 9q ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przekazanego przez Burmistrza Miasta Wyrzyska marszałkowi województwa i wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska, po jego zaakceptowaniu przez właściwego marszałka województwa. ~~Niezaakceptowanie przez właściwe organy sprawozdania lub konieczność jego korekty (niezależnie od przyczyn) stanowi podstawę do zmiany wysokości naliczonej kary. 4. Podstawę do zmiany wysokości kary w sposób określony przez Zamawiającego, lub odstąpienia od jej naliczenia, a także umorzenia (w przypadku jej naliczenia), stanowi korekta sprawozdania~~. 4. Wysokość kary umownej tytułem nieosiągnięcia

poziomu, o którym mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 1) OPZ, będzie ustalana każdorazowo proporcjonalnie do ilości pełnych miesięcy realizacji usług przez Wykonawcę w danym roku kalendarzowym w proporcji: 1 miesiąc realizacji Umowy w danych roku kalendarzowym skutkuje naliczeniem kary umownej w wysokości 1/24 względem kary pieniężnej, która może zostać nałożona lub została nałożona na gminę Wyrzysk, zgodnie z art. 9z ust. 2a pkt 1) u.c.p.g. Zgodnie z art. 9z ust. 3 wspomnianej ustawy kary pieniężne, o których mowa w art. 9zb ust. 2a pkt 1 i 2 oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 3 wskazanej ustawy. 5. Wysokość kary umownej tytułem nieosiągnięcia poziomu, o którym mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 2) OPZ będzie ustalana każdorazowo proporcjonalnie do ilości pełnych miesięcy realizacji usług przez Wykonawcę w danym roku kalendarzowym w proporcji: 1 miesiąc realizacji Umowy w danym roku kalendarzowym skutkuje naliczeniem kary umownej w wysokości 1/24 względem kary pieniężnej, która może zostać nałożona lub została nałożona na Gminę Wyrzysk zgodnie z art. 9z ust. 2a pkt 3) u.c.p.g. Zgodnie z art. 9z ust. 3 wspomnianej ustawy kary pieniężne, o których mowa w art. 9z ust. 2a pkt 3) u.c.p.g. oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 4 wskazanej ustawy. 6. Wysokość kary umownej tytułem nieosiągnięcia poziomu, o którym mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 3) OPZ będzie ustalana każdorazowo proporcjonalnie do ilości pełnych miesięcy realizacji usług przez Wykonawcę w danym roku kalendarzowym w proporcji: 1 miesiąc realizacji Umowy w danym roku kalendarzowym skutkuje naliczeniem kary umownej w wysokości 1/24 względem kary pieniężnej, która może zostać nałożona lub została nałożona na Gminę Wyrzysk zgodnie z art. 9z ust. 2a pkt 2) u.c.p.g. Zgodnie z art. 9z ust. 3 wspomnianej ustawy kary pieniężne, o których mowa w art. 9z ust. 2a pkt 2) u.c.p.g. oblicza się w sposób określony w art. 9x ust. 3 wskazanej ustawy. (…)".

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła, że na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie, w jakim zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczyły zawartego w § 10 ust. 2 PPU określenia „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia względem Wykonawcy kary" „tytułem nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk każdego z współczynników przewidzianych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ" oraz zawartego w § 10 ust. 3 PPU określenia „Ustalenie osiągnięcia lub nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk współczynników wskazanych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ, nastąpi corocznie na podstawie sprawozdania, o którym mowa w art. 9q ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przekazanego przez Burmistrza Miasta Wyrzyska marszałkowi województwa i wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska".

Mając na uwadze treść odwołania należało uznać, że przedstawiony w nim:

-zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „kc") i w związku z art. 353¹ w związku z art. 387 § 1 kc w związku z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp jest zarzutem wobec treści § 10 ust. 3 – 6 PPU,

-zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353^1 oraz art. 5 w związku z art. 483 § 1 kc jest zarzutem wobec treści § 10 ust. 2 – 6 PPU.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie". Stosownie zaś do art. 515 ust. 2 pkt 1 „odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej".

W świetle treści art. 513 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym „odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy", nie ulega wątpliwości, że wykonawca jest uprawniony zarówno do wniesienia odwołania wobec treści dokumentów zamówienia (na projektowane postanowienie umowy) zamieszczonych na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, jak i na dokonaną po ich zamieszczeniu zmianę treści dokumentów zamówienia (projektowanego postanowienia umowy).

Biorąc pod uwagę treść art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp należy w konsekwencji uznać, że w przypadku zamówienia, którego wartość jest równa albo przekracza progi unijne, określony w tym przepisie termin na wniesienie odwołania stosuje się również do określenia terminu wniesienia odwołania wobec zmiany treści dokumentów zamówienia projektowanego postanowienia umowy), a termin na wniesienie odwołania biegnie odrębnie w odniesieniu do treści

dokumentów zamówienia (na projektowane postanowienie umowy) zamieszczonych na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, a odrębnie w odniesieniu do dokonanej po ich zamieszczeniu zmiany treści dokumentów zamówienia (projektowanego postanowienia umowy).

Nie sposób zaś przyjąć, że dokonanie takiej zmiany powoduje rozpoczęcie biegu określonego w tym przepisie terminu na wniesienie odwołania wobec treści dokumentów zamówienia (projektowanego postanowienia umowy) w tym zakresie, w jakim się ona nie zmieniła, a zatem od dnia zamieszczenia zmiany treści dokumentów zamówienia (projektowanego postanowienia umowy) biegnie termin na wniesienie odwołania wyłącznie w zakresie dokonanej zmiany.

W zakresie stosowania art. 513 pkt 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp jako zmianę treści dokumentu zamówienia (projektowanego postanowienia umowy) należy uznać zmianę normy wynikającej z danego postanowienia dokumentu zamówienia (w tym projektowanego postanowienia umowy), a nie zmianę polegającą wyłącznie na zmianie brzmienia tego postanowienia. Inaczej rzecz ujmując – zmiana polegająca wyłącznie na zmianie brzmienia postanowienia dokumentu zamówienia, która nie powoduje zmiany w zakresie uregulowania z niego wynikającego, nie jest zmianą, na którą wykonawca może wnieść odwołanie w terminie liczonym od dnia, w którym zamieszczono zmianę treści dokumentów zamówienia w zakresie rzeczonej zmiany.

Mając na uwadze treść § 10 ust. 2 PPU (którego dotyczy zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353^1 oraz art. 5 w związku z art. 483 § 1 kc) w brzmieniu sprzed zmiany dokonanej pismem zamieszczonym na stronie internetowej 25 czerwca 2025 r. i po tej zmianie wymaga stwierdzenia, że zmiana ta polegała między innymi zastąpieniu sformułowania „począwszy od pierwszego dnia realizacji zamówienia do ostatniego dnia realizacji zamówienia" sformułowaniem „w danym roku kalendarzowym realizacji zamówienia (począwszy od 2026r.)", które określało okres „nieosiągnięcia" współczynników określonych w § 10 ust. 2 PPU. Nie sposób uznać, aby ww. zarzutem Odwołujący kwestionował zgodność z przepisami Pzp zmiany § 10 ust. 2 PPU w tym zakresie, w szczególności w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających nieprawidłowość tej zmiany, zatem w tym zakresie Izba nie miała podstaw do oceny jej zgodności z przepisami Pzp ani brania jej pod uwagę przy ocenie, czy norma wynikająca z § 10 ust. 2 PPU uległa zmianie.

W pozostałym zakresie zmiana treści § 10 ust. 2 PPU dokonana pismem zamieszczonym na stronie internetowej 25 czerwca 2025 r. w zakresie zdania pierwszego polegała na usunięciu wykreśleniu wyrazu „gwarancyjnej" po wyrazie „kary" oraz zastąpieniu sformułowania „art. 3b ust. 1 i ust. 2a oraz art. 3c ust. 1 u.c.p.g. (każdego z osobna)" sformułowaniem „Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ".

Nie ulega wątpliwości, że istotą sformułowania „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia względem Wykonawcy kary gwarancyjnej" jest przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do naliczenia kary (a w zasadzie żądania zapłaty określonej kwoty pieniężnej jako kary). Usunięcie z tego sformułowania wyrazu „gwarancyjnej" pozostaje bez wpływu na posiadanie tego uprawnienia, zakres czy sposób skorzystania z niego. Tym samym to, czy kara ta będzie nazwana karą gwarancyjną, karą umowną czy po prostu karą, jest bez znaczenia, a powyższą zmianę należy uznać za zmianę o charakterze wyłącznie redakcyjnym.

Zawarte w § 10 ust. 2 PPU sformułowania „art. 3b ust. 1 i ust. 2a oraz art. 3c ust. 1 u.c.p.g. (każdego z osobna)" (w brzmieniu przed zmianą dokonaną pismem zamieszczonym na stronie internetowej 25 czerwca 2025 r.) oraz „Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ" (w brzmieniu po tej zmianie) odnoszą się do „nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk każdego z współczynników przewidzianych w".

Wymaga zauważenia, że Odwołujący przedstawiając w odwołaniu zarzuty wskazał wyłącznie na niezgodność z przepisami Pzp postanowień (treści) § 10 ust. 2 – 6 PPU, nie wskazał zaś na postanowienie (treść) rozdziału I ust. 3 OPZ; nie przedstawiono w nim okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp w zakresie dokonanej ww. pismem zmiany treści rozdziału I ust. 3 OPZ. W konsekwencji konieczne było przyjęcie, że zgodność tej zmiany z przepisami Pzp nie została zakwestionowana, a zatem iż postanowienie to ma brzmienie jak po ww. zmianie.

Należy wskazać, że na jej skutek w rozdziale I ust. 3 pkt 1 – 3 OPZ jest mowa o „poziomie przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach" (w pkt 1), „poziomie składowania odpadów wynikającym z art. 3b ust. 2a u.c.p.g." (w pkt 2) oraz „poziomie składowania odpadów ulegających biodegradacji, o której mowa w art. 3c ust. 1 u.c.p.g.". Powołane w tym postanowieniu przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku (dalej jako „ucpg") są więc takie same jak przepisy, które były wymienione w § 10 ust. 2 PPU w brzmieniu przed zmianą dokonaną pismem zamieszczonym na stronie internetowej 25 czerwca 2025 r. O ile zatem wskutek przedmiotowej zmiany zawarte w § 10 ust. 2 PPU odwołanie to przepisów ww. ustawy zostało zastąpione odwołaniem do postanowienia OPZ, to „przewidziane współczynniki", o których jest mowa w tym przepisie, a których „nieosiągnięcie przez gminę Wyrzysk" (każdego z osobna) są w rzeczywistości tymi samymi współczynnikami, jakie były przed zmianą. W zakresie

określenia, w jakim przypadku „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia względem Wykonawcy kary" norma wynikająca z § 10 ust. 2 PPU pozostała niezmieniona.

Wobec powyższego Izba uznała, że w zakresie zawartego w § 10 ust. 2 PPU określenia „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia względem Wykonawcy kary" „tytułem nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk każdego z współczynników przewidzianych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ" pismem zamieszczonym na stronie internetowej 25 czerwca 2025 r. nie dokonano zmiany treści dokumentów zamówienia (projektowanych postanowień umowy).

Po porównaniu treści § 10 ust. 3 PPU w brzmieniu przed zmianą dokonaną ww. pismem i po tej zmianie należy stwierdzić, że zmiana na polegała na zastąpieniu odnoszącego się do „osiągnięcia lub nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk współczynników wskazanych w" sformułowania „ust. 2 powyżej" sformułowaniem „Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ" oraz usunięciu drugiego zdania.

Jak wskazano powyżej, współczynniki wskazane w rozdziale I ust. 3 pkt 1 - 3 OPZ są tymi samymi współczynnikami co współczynniki określone w rozdziale I ust. 2 OPZ w brzmieniu przez ww. zmianą. W konsekwencji zastąpienie sformułowania „ust. 2 powyżej" sformułowaniem „Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ" nie skutkowało zmianą normy wynikającej z § 10 ust. 3 PPU.

W odwołaniu nie podnoszono, że usunięcie § 10 ust. 3 PPU zdanie drugie stanowi naruszenie przepisów Pzp ani nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp w zakresie. Dokonanie tej zmiany nie mogło więc być brane pod uwagę przy ocenie, czy norma wynikająca z § 10 ust. 3 PPU uległa zmianie.

W tym stanie rzecz również w zakresie zawartego w § 10 ust. 3 PPU określenia „Ustalenie osiągnięcia lub nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk współczynników wskazanych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ, nastąpi corocznie na podstawie sprawozdania, o którym mowa w art. 9q ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przekazanego przez Burmistrza Miasta Wyrzyska marszałkowi województwa i wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska" Izba uznała, że pismem zamieszczonym na stronie internetowej 25 czerwca 2025 r. nie dokonano zmiany treści dokumentów zamówienia (projektowanych postanowień umowy).

Termin na wniesienie odwołania wobec treści § 10 ust. 2 i 3 PPU w zakresie, w jakim nie uległa ona zmianie ww. pismem, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp rozpoczął bieg z dniem zamieszczenia PPU na stronie internetowej, co nastąpiło 23 maja 2025 r., a upływał 2 czerwca 2025 r. Odwołanie zostało wniesione 7 lipca 2025 r., wobec czego we wskazanym powyżej zakresie konieczne jest stwierdzenie, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, więc podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, o czym Izba orzekła w pkt 1 wyroku.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 5 i w związku z art. 353¹ w związku z art. 387 § 1 kc w związku z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 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". W art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp określono, że „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 stanowi, że „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". Stosownie do 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.". Zgodnie z 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". W art. 387 § 1 kc określono, że „umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna", a art. 16 Pzp stanowi, iż „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (…) 3) proporcjonalny".

W odwołaniu wskazano, że Zamawiający naruszył te przepisy „poprzez wprowadzenie kary umownej za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu w § 10 ust. 3-6 Wzoru Umowy" oraz że „dla potrzeb niniejszego odwołania Odwołujący będzie się posługiwał pojęciem „poziomy recyklingu" zamiast pojęciem „poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych", którymi posługują się właściwe przepisy prawa i SWZ".

Jak wskazano powyżej w § 10 ust. 2 PPU określono, że Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kary (a w zasadzie żądania zapłaty określonej kwoty pieniężnej jako kary) „tytułem nieosiągnięcia" przez gminę Wyrzysk „poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ust. 1"– co należy rozumieć jako „wprowadzenie" kary umownej „za nieosiągnięcie" poziomów recyklingu (w rozumieniu używanym w

odwołaniu). W tym zakresie odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, więc podlegało odrzuceniu.

Kary umownej „za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu" nie „wprowadza" przy tym żadne z postanowień § 10 ust. 3 – 6 PPU, na które wniesiono odwołanie.

W § 10 ust. 3 PPU określono wyłącznie to, na jakiej podstawie następuje „ustalenie osiągnięcia lub nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk współczynników wskazanych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ". W § 10 ust. 5 i 6 PPU określono zaś wyłącznie sposób obliczenia wysokości kar umownych tytułem „nieosiągnięcia" odpowiednio „poziomu, o którym mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 2) OPZ" oraz „poziomu, o którym mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 3) OPZ" – czyli odpowiednio „poziomu składowania odpadów wynikającym z art. 3b ust. 2a" ucpg i „poziomu składowania odpadów ulegających biodegradacji, o której mowa w art. 3c ust. 1" ucpg. Postanowienia § 10 ust. 3, 5 i 6 PPU w ogóle nie odnoszą się zatem do „poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych", a tym samym nie „wprowadzają" kary umownej za jego nieosiągnięcie.

Poprzez powołanie postanowienia rozdziału I ust. 3 pkt 1 OPZ w § 10 ust. 4 PPU jest mowa o „poziomie przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ust. 1" ucpg, natomiast nie ulega wątpliwości, że w § 10 ust. 4 PPU określono wyłącznie sposób obliczenia wysokości kar umownych tytułem „nieosiągnięcia" tego poziomu.

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353^1 oraz art. 5 w związku z art. 483 § 1 kc nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 433 pkt 2 Pzp „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem". W art. 483 § 1 kc określono, że „można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)". Treść art. 134 ust. 1 pkt 20 i art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 353^1 i art. 5 kc przytoczono powyżej.

W odwołaniu wskazano, że Zamawiający naruszył te przepisy „poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu w § 10 ust. 2-6 Wzoru Umowy w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła" (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na „surowce", czyli wąską grupę odpadów nadających się do recyklingu, które wliczane są do poziomów recyklingu i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 10 ust. 2-6 Wzoru Umowy, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy recyklingu i odzysku".

Jak wskazano powyżej w § 10 ust. 2 PPU nastąpiło „wprowadzenie" kary umownej „za nieosiągnięcie" poziomów recyklingu (w rozumieniu używanym w odwołaniu) – a w tym zakresie odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, więc podlegało odrzuceniu; nie ma w nim natomiast mowy o wysokości tej kary, w szczególności nie określono sposobu obliczenia tej kary.

Z kolei w § 10 ust. 3 zdanie pierwsze PPU określono wyłącznie to, na jakiej podstawie następuje „ustalenie osiągnięcia lub nieosiągnięcia przez gminę Wyrzysk współczynników wskazanych w Rozdziale I ust. 3 pkt 1)-3) OPZ". W zakresie tego określenia odwołanie również zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, więc podlegało odrzuceniu.

W odwołaniu nie wskazano, dlaczego dokonana pismem zamieszczonym na stronie internetowej 25 czerwca 2025 r. zmiana polegająca na usunięciu zdania drugiego w § 10 ust. 3 PPU narusza art. 433 pkt 2 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353^1 oraz art. 5 w związku z art. 483 § 1 kc ani nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp w zakresie.

W § 10 ust. 5 i 6 PPU określono zaś wyłącznie sposób obliczenia wysokości kar umownych tytułem „nieosiągnięcia" odpowiednio „poziomu, o którym mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 2) OPZ" oraz „poziomu, o którym mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 3) OPZ" – czyli" „poziomu składowania odpadów wynikającym z art. 3b ust. 2a" ucpg i „poziomu składowania odpadów ulegających biodegradacji, o której mowa w art. 3c ust. 1" ucpg.

Nie sposób było zatem uznać, że § 10 ust. ust. 2, 3, 5 i 6 PPU zawierają określenie wysokości „kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu" czy sposobu jej obliczenia, a tym „zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego" takich kar w wysokości naruszającej art. 433 pkt 2 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353^1 oraz art. 5 w związku z art. 483 § 1 kc.

Niewątpliwie wysokość „kary umownej tytułem nieosiągnięcia" poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ust. 1 ucpg została określona w § 10 ust. 4 PPU w brzmieniu po zmianie dokonanej pismem zamieszczonym na stronie internetowej 25 czerwca 2025 r.

W związku z zawartym w odwołaniu twierdzeniem, iż „Zamawiający w postanowieniach § 10 ust. 2-6 oraz w postanowieniach OPZ przewidział kary umowne w wysokości odpowiadającej karom pieniężnym, jakie mogą być na niego nakładane w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (art. 9z ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach)", wymaga stwierdzenia – podzielając w tym zakresie stanowisko Zamawiającego - że z § 10 ust. 4 PPU w brzmieniu po ww. zmianie wynika, iż wysokość „kary umownej tytułem nieosiągnięcia" poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ust. 1 ucpg, stanowi praktycznie (w przypadku, gdy zamówienie będzie wykonywane przez cały dany rok kalendarzowy) ½ wysokości kary, która zostanie nałożona bądź może zostać nałożona na Zamawiającego zgodnie z art. 9z ust. 2a pkt 1 ucpg.

Należało więc przyjąć, że wysokość kary umownej, którą Zamawiający uprawniony będzie naliczyć wykonawcy, obliczonej zgodnie z § 10 ust. 4 PPU, nie będzie taka sama jak wysokość kary za niewykonanie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonego w art. 3b ust. 1 ucpg, której podlega Zamawiający.

Oznacza to, iż w przypadku, gdy w czasie wykonywania zamówienia (począwszy od 2026 r.) nie zostanie osiągnięty przez Gminę Wyrzysk poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określony w art. 3b ust. 1 ucpg, pod względem wysokości odpowiedzialności sytuacja wykonawcy nie będzie taka sama jak sytuacja Zamawiającego, oraz że w istocie § 10 ust. 4 PPU powoduje, że ryzyko finansowe zapłaty kary za niewykonanie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonego w art. 3b ust. 1 ucpg zostało rozłożone pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę po połowie.

Nie sposób stwierdzić, że § 10 ust. 4 PPU narusza wynikający z art. 431 Pzp obowiązek współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia przez Zamawiający i wykonawcę wybranego w Postępowaniu czy że niezgodnie z art. 433 pkt 2 Pzp przewiduje naliczanie kary umownej za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. § 10 ust. 4 PPU określa wyłącznie wysokość kary umownej (sposób jej obliczenia), czego w ogóle nie dotyczą normy wynikające z art. 431 i art. 433 pkt 2 Pzp.

Niemniej odnosząc się do twierdzeń, że określona w § 10 ust. 4 PPU wysokość kary umownej nie uwzględnia „faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego" oraz iż „słaba jakość i niska ilość odpadów „u źródła" ma bezpośrednie przełożenie na możliwość uzyskania poziomów recyklingu, natomiast Wykonawca nie posiada narzędzi, które są w dyspozycji Zamawiającego (system sankcyjny, tworzenie planów i regulaminów), które mogłyby zdyscyplinować mieszkańców do zwiększenia udziału odpadów selektywnie zbieranych w ogólnym strumieniu odpadów", konieczne jest zauważenie, że Odwołujący nie kwestionował twierdzenia Zamawiającego, iż „zakresem przedmiotowym zamówienia", o którym mowa w rozdziale I ust. 2 OPZ, objęte jest około 95 % „wytworzonych odpadów komunalnych" w gminie Wyrzysk w rozumieniu art. 3b ust. 1a ucpg, zgodnie z którym „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". Bezsporne było przy tym, iż zagospodarowanie odpadów komunalnych, o którym mowa w rozdziale I ust. 2 OPZ, obejmuje przygotowanie do ponownego użycia tych odpadów oraz poddanie ich recyklingowi.

Oznacza to, że wykonawca, z którym po przeprowadzeniu Postępowania zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, zobowiązany będzie odebrać, przetransportować i zagospodarować około 95 % odpadów komunalnych, których masę uwzględnia się obliczając poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez Zamawiającego. Tym samym sposób wykonywania zamówienia, w szczególności to, w jakim zakresie wykonawca ten przygotuje do ponownego użycia te odpady lub podda je recyklingowi, będzie miało pierwszorzędne znaczenie dla osiągnięcia przez Zamawiającego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej w art. 3b ust. 1 ucpg.

W świetle treści art. 6ka ucpg, zgodnie z którym „1. 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. 2. 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. 3. 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.", należy ponadto stwierdzić, że o ile stosowanie „systemu sankcyjnego" w zakresie wszczęcia postępowania w sprawie określenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi i określanie wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi przy zastosowaniu stawki opłaty podwyższonej leży w wyłącznych kompetencjach Zamawiającego, to ich dokonanie uzależnione jest od powiadomienia go o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych przez podmiot odbierający odpady komunalne. Podmiotem takim w przypadku zamówienia, które zostanie udzielone po przeprowadzeniu Postępowania, będzie wykonawca, zatem to wykonawca będzie miał istotny wpływ na stosowanie ww. „systemu sankcyjnego", a zważywszy, że ów system ma służyć poprawieniu „jakości odpadów u źródła" – na tą jakość.

Nie było sporne, że na osiągnięcie przez Zamawiającego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych mają wpływ działania Zamawiającego, który zobowiązany jest do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, określenia „zasad nakładania i określania opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów", uchwalenie przez radę gminy regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy czy działania edukacyjne.

Jak trafnie podniósł Zamawiający, Odwołujący nie podjął natomiast nawet próby wykazania, że działania Zamawiającego w tym zakresie są nieprawidłowe bądź niewystarczające. Nie sposób więc uznać, że działania, których Zamawiający nie podjął, a mógłby to uczynić, miałyby istotny wpływ dla osiągnięcia przez Zamawiającego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej w art. 3b ust. 1 ucpg.

W tym stanie rzeczy należy przyjąć, że w tym zakresie kluczowa będzie rola wykonawcy, z którym po przeprowadzeniu Postępowania zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego; a w konsekwencji, że kara umowna, której wysokość określona jest w § 10 ust. 4 PPU czy sama wysokość tej kary nie jest związana bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W odniesieniu do przedstawionych w odwołaniu okoliczności dotyczących „wpływu wprowadzonego systemu kaucyjnego na możliwości Wykonawcy w osiąganiu wymaganych poziomów recyklingu" wymaga stwierdzenia, że Odwołujący nie kwestionował twierdzenia Zamawiającego, że opakowania objęte tym systemem będą uwzględniane przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b ust. 1a ucpg, którego nieosiągnięcie uprawnia do naliczenia kary umownej w wysokości określonej w § 10 ust. 4 PPU.

Biorąc pod uwagę, że w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności uzasadniających poczynienie przeciwnego ustalenia, należy stwierdzić, że twierdzenie, iż „nowy porządek prawny ma ogromny wpływ na możliwość osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu przez Wykonawcę świadczącego usługę odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych ponieważ Wykonawca straci możliwość wliczania odpadów z oddanych do odzysku tworzyw sztucznych" nie jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Biorąc ponadto pod uwagę, że bezsporne było, iż wprowadzenie „systemu kaucyjnego" ma na celu podniesienie poziomu recyklingu odpadów komunalnych, brak było jakichkolwiek podstaw do uznania, że wprowadzenie tego systemu będzie miało negatywny wpływ na możliwość osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej w art. 3b ust. 1 ucpg.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko, że wysokość kary umownej, którą Zamawiający uprawniony będzie naliczyć wykonawcy, obliczonej zgodnie z § 10 ust. 4 PPU, jest rażąco wygórowana – co jak wynika z treści odwołania – miałoby stanowić naruszenie art. 483 § 1 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp. Należy wskazać, że art. 483 § 1 kc uprawnia do „zastrzeżenia" kary umownej w umowie, natomiast w przepisie tym nie uregulowano wysokości tej kary. Wysokości kary umownej dotyczy natomiast art. 484 § 2 kc, zgodnie z którym „jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana". Z treści tego przepisu wynika przy tym, że w sytuacji, gdy kara ta jest rażąco wygórowana, jej „zastrzeżenie" nie jest niezgodne z prawem, a wyłącznie skutkuje powstaniem uprawnienia do jej zmniejszenia – co z kolei uzasadnia wniosek, że uprawnienie to nie istnieje, jeżeli nie powstał obowiązek zapłaty kary umownej. Wobec powyższego nie ma podstaw, aby przed zawarciem umowy, w której „zastrzeżono" karę umowną w określonej wysokości, uznawać ją za „rażąco wygórowaną" i zmniejszać jej wysokość.

§ 10 ust. 4 PPU, w którym określono wysokość kary umownej, nie mógł być niezgodny z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, z którego wynika, że SWZ musi zawierać projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie § 10 ust. 4 PPU jest zawartym w SWZ projektowanym postanowieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, że § 10 ust. 4 PPU, określający wysokość kary umownej „tytułem nieosiągnięcia" poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonego w art. 3b ust. 1 ucpg w taki sposób, że pomiędzy Zamawiającego i wykonawcę po połowie zostaje rozłożone ryzyko nie osiągnięcia tego poziomu, oznacza, że Zamawiającemu czyniłby ze swego prawa (do naliczenia kary umownej w takiej wysokości) użytek, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym

przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego w rozumieniu art. 5 kc bądź sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego w rozumieniu art. 353^1 k.c.

Izba nie stwierdziła zatem naruszenia art. 433 pkt 2 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353^1 oraz art. 5 w związku z art. 483 § 1 kc, wobec czego w tym zakresie odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określono, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (…) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (…) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". Zgodnie z § 8 ww. rozporządzenia „1. W przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. „2. W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: 1) zamawiającego (…)".

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury oraz potwierdzenia transakcji, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji stosownie do § 5 pkt 2 lit. b i d ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury oraz potwierdzenia wykonania operacji, koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 8.610 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego Izba zaliczyła wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Zważywszy, że odwołanie zostało w części odrzucone, a w pozostałej części oddalone, stosownie do § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 złotych.

Przewodniczący:……..……