

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 września 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2025 r. przez **wykonawcę PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Tułowice**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 3.1., 3.2., 3.5. odwołania uwzględnionych przez zamawiającego.

2. Uwzględni w części odwołanie w zakresie zarzutu nr 2, 3.4. oraz 3.6. odwołania i nakazuje zamawiającemu:

2.1. dokonanie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia, w tym szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy przez zniesienie bezwzględnego wymogu wyposażenia bazy magazynowo- transportowej w miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych i zabezpieczenia go przed emisją zanieczyszczeń do gruntu i działaniem czynników atmosferycznych, a także wyposażenia bazy w urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów,

2.2. wykreślenie z projektowanych postanowień umowy kary umownej, o której mowa w § 12 ust. 1 pkt 34,

2.3. wykreślenie z projektowanych postanowień umowy prawa do odstąpienia od umowy z § 17 ust. 4,

oraz nakazuje uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w dokumentach zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu.

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części 1/4 oraz zamawiającego Gminę Tułowice w części 3/4 i

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Tułowice na rzecz odwołującego wykonawcy PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 10 350 zł 00 gr (dziesięć tysięcy trzysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnioną część kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania.

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 3331/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tułowice - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Tułowice”, numer zamówienia ZP.271.8.2025. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2025 r., pod numerem wydania i ogłoszenia (TED) S:143/2025, 493582-2025.

W dniu 8 sierpnia 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp, a także art. 6d ust. 1 i ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jak i art. 41 ustawy o odpadach przez określenie nieuzasadnionego ani charakterem zamówienia, ani sposobem jego realizacji, a przez to nieproporcjonalnego i utrudniającego uczciwą konkurencję między wykonawcami, warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczącego wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj. posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów (Rozdział VIII punkt 8.1.2) tiret drugie SWZ – str. 10), o ile zwolnienie z obowiązku posiadania tego zezwolenia nie wynika z zastrzeżenia Zamawiającego, poczynionego w pierwszym zdaniu in fine tegoż warunku: „w przypadku gdy Wykonawca zamierza

prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie" (nie jest bowiem jednoznaczne czy zwolnienie to odnosi się jedynie do wymaganego przez Zamawiającego zezwolenia na przetwarzanie odpadów, czy jednocześnie do zezwolenia na przetwarzanie odpadów, jak i zezwolenia na zbieranie odpadów), gdy tymczasem prowadzenie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych (w rozumieniu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) nie jest działalnością dla której przepisy powszechnie obowiązującego prawa wymagają uzyskania decyzji na zbieranie odpadów, a ograniczają się jedynie do obowiązku zapewnienia sobie przez wykonawcę dostępu do właściwych instalacji zagospodarowania odpadów (co Zamawiający w pełni wyraził gdy w zakresie zezwolenia na przetwarzanie odpadów dopuszczając zamiast jego posiadania wylegitymowanie się przez wykonawcę umową z instalacją na zagospodarowanie odpadów).

2. § 2 ust. 2 pkt 3 i 5 lit. c) oraz § 3 pkt 3 rozporządzenia z 11 stycznia 2023 r. Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w związku z art. 99 ust. 1 i 2 i art. 16 ustawy pzp przez ukonstytuowanie bezwzględnego wymogu wyposażenia bazy magazynowo-transportowej w miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych i zabezpieczenia go przed emisją zanieczyszczeń do gruntu i działaniem czynników atmosferycznych, a także wyposażenia bazy w urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania (tak wprost „Opis zakresu usługi nr 1” punkt 7.7) lit. c) i e) tiret trzecie oraz punkt 7.10. lit. c) SOPZ oraz § 11 ust. 11 pkt 11 lit. c) i e) tiret trzecie oraz powtórzony punkt 10 lit. c) wzoru umowy), gdy tymczasem obowiązki te (wyznaczenia zabezpieczonego miejsca magazynowania odpadów i posiadania urządzeń do ich gromadzenia) istnieją jedynie w przypadku faktycznego zbierania na terenie bazy odpadów, co przecież nie jest obowiązkowe dla wykonawcy (a więc obowiązki te mają jedynie względny charakter).

3. art. 483 § 1, art. 484 § 2 i art. 353(1) ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 pkt 1-3, art. 99 ust. 1, a także art. 433 pkt 1 i 4 pzp przez zastrzeżenie we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego nieadekwatnej do przedmiotu zamówienia, zbyt ogólnie określonej lub nadmiernie wygórowanej kary umownej, tj. kary przewidzianej w:

1) § 12 ust. 1 pkt 13 – kary za nieterminowy odbiór odpadów w wysokości od 1.000 zł do 2.000 zł (w zależności od wskazania wykonawcy w ofercie) za każdy stwierdzony przypadek i za każdy dzień zwłoki, gdy nie wiadomo, co jest „stwierdzonym przypadkiem”, a gdyby „stwierdzonym przypadkiem” miały być nieodebranie odpadów w konkretnym terminie harmonogramowym z pojedynczego punktu wywozowego (pojedynczej nieruchomości), to kara taka byłaby nadmierna,

2) § 12 ust. 1 pkt 22 i 23 – kary za odbiór odpadów pojazdem nieujęty na liście pojazdów EURO 6 i za świadczenie usługi pojazdem niespełniającym co najmniej normy EURO 6, które w rzeczywistości stanowią tą samą karę, ale co ważniejsze gdy kary te dotyczą dopuszczalnego sposobu realizacji usługi, gdyż Zamawiający nie zastrzegł obowiązku realizacji odbioru odpadów pojazdami o niższej normie emisji spalin niż EURO 6, a jedynie przewidział jako pozacenowe kryterium oceny oferty dysponowanie przy realizacji usługi określoną liczbą pojazdów EURO 6, co w żaden jednak sposób nie oznacza, że oprócz tych zadeklarowanych pojazdów wykonawca nie może posiłkować się innymi, niespełniającymi normy EURO 6 (przykładowo wykonawca nie musi w ogóle zadeklarować odbioru odpadów „hakowcem”, czy „bramowcem” EURO 6, deklarując jedynie wykorzystanie sześciu „śmieciarek” EURO 6, czym wypełni w całości zadeklarowany wymóg dysponowania pojazdami EURO 6 z pozacenowego kryterium oceny, ale będzie mógł być „ukarany” za wykorzystanie np. „bramowca”, co do którego nie deklarował przecież spełnienia emisji normy spalin EURO 6),

3) § 12 ust. 1 pkt 33 – kary za brak złożenia tłumaczenia przysięgłego obcojęzycznych dokumentów dotyczących realizacji usługi, gdy taki wymóg nie wynika ani z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, ani z dokumentów zamówienia,

4) § 12 ust. 1 pkt 34 – kary za „każdą ujawnioną realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami umowy”, co w żaden sposób nie wypełnia wymogu określoności i oznaczoności kary umownej, a jednocześnie uniemożliwia ocenę jej adekwatności (niewygórowania),

5) § 12 ust. 3 – kary za niedostępnienie dokumentacji związanej z działalnością objętą przedmiotem umowy, gdy kara ta liczona jest od całości wynagrodzenia, co oznacza, że 0,1% za każdy dzień „opóźnienia” musi być przy kilkumilionowym wynagrodzeniu uznane za wygórowane, a co ważniejsze, gdy kara ta oparta została na zasadzie ryzyka, a nie winy co przecież stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 1 ustawy pzp,

6) zastrzeżenie umownego prawa do odstąpienia od umowy w przypadku zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa dotyczących frakcji odpadów selektywnie zbieranych lub wymaganej częstotliwości odbioru odpadów (§

17 ust. 4 wzoru umowy), które skutkuje możliwością ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej (gwarantowanej) wartości lub wielkości usługi, co narusza art. 433 pkt 4 ustawy pzp, a co jednocześnie powinno być przedmiotem regulacji dotyczącej dopuszczalności zmiany umowy, a nie jej przedwczesnego rozwiązania, gdyż inaczej zasada równowagi kontraktowej stron i stabilności stosunku prawnego jest fikcją.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ:

1. zniesienia obowiązku posiadania przez wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów komunalnych w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (Rozdział VIII punkt 8.1.2) tiret drugie SWZ – str. 10) jeżeli wykonawca nie zamierza prowadzić zbierania odpadów we własnym zakresie.

2. zniesienia bezwzględnego wymogu wyposażenia bazy magazynowo- transportowej w miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych i zabezpieczenia go przed emisją zanieczyszczeń do gruntu i działaniem czynników atmosferycznych, a także wyposażenia bazy w urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów („Opis zakresu usługi nr 1” punkt 7.7) lit. c) i e) tiret trzecie oraz punkt 7.10) lit. c) SOPZ, a także § 11 ust. 11 pkt 11 lit. c) i e) tiret trzecie oraz powtórzony punkt 10) lit. c) wzoru umowy).

3. dookreślenie przesłanek zastosowania kar umownych w jednoznaczny sposób i opartych wyłącznie na zasadzie winy oraz w adekwatnej wysokości, co oznacza w przypadku kary z:

1) § 12 ust. 1 pkt 12 wskazanie, czym jest „stwierdzonym przypadek” zwłoki w odbiorze,

2) § 12 ust. 1 pkt 22 i 23 jej wykreślenie,

3) § 12 ust. 1 pkt 33 poprzestanie na wymaganiu przedłożenia dokumentu z tłumaczeniem (a nie przysięgłym tłumaczeniem),

4) § 12 ust. 1 pkt 34 jej wykreślenie,

5) § 12 ust. 3 jej wykreślenie,

6) wykreślenie umownego prawa do odstąpienia od umowy z § 17 ust. 4 wzoru umowy.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania skierowane do rozpoznania wskazał, że:

Zarzut 2

Zamawiający, tak jak stanowi art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wymaga przekazania odebranych odpadów komunalnych do zagospodarowania do właściwej instalacji (ewentualnie miejsc zbierania odpadów) wskazanych w ofercie, względnie samodzielnego przetworzenia odpadów przez wykonawcę. Sposób świadczenia przedmiotowej usługi nie wymaga od wykonawcy zbierania (choćby tymczasowego magazynowania) odbieranych odpadów komunalnych. W szczególności z uwagi na bliskość instalacji do zagospodarowania odpadów, możliwe jest bezpośrednie przekazywanie do nich odpadów odebranych z rejonu (z terenu gminy Tułowice) pojazdami, które jeździły w danym dniu na tym rejonie. Innymi słowy, wykonawca nie jest zmuszony do zjechania z rejonu na bazę magazynowo- transportową celem zrzutu/przeładunku na niej odebranych wcześniej odpadów komunalnych. Zamawiający zarówno w SPOZ, jak i wzorze umowy, przewidział bezwzględny wymóg wyposażenia bazy magazynowo- transportowej w miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych i zabezpieczenia go przed emisją zanieczyszczeń do gruntu i działaniem czynników atmosferycznych, a także wyposażenia bazy w urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsca przetworzenia, co zdaniem Odwołującego z konieczności logicznej aktualizuje się dopiero w przypadku faktycznego zbierania odpadów na terenie tej bazy (wymóg ten ma więc charakter względny, a nie bezwzględny). Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 12 października 2020 r., sygn. 2440/20, który, mimo że zapadł na podstawie poprzedniej ustawy pzp ale z uwagi na zbieżność treściową przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia z aktualnie obowiązującymi zachowuje swą aktualność. Odwołujący wniósł o zniesienie bezwzględnego wymogu wyznaczenia miejsca magazynowania odpadów na terenie bazy magazynowo- transportowej i jego odpowiedniego zabezpieczenia, a także bezwzględnego wymogu wyposażenia bazy w urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów, jeżeli na terenie bazy nie będzie dochodziło do faktycznego zbierania odpadów.

Zarzut 3.3.

W ocenie Odwołującego kara, o której mowa w § 12 ust. 1 pkt 33 zdaniem Odwołującego jest nieadekwatna, albowiem ani powszechnie obowiązujące przepisy prawa, ani dokumentacja zamówienia nie przewidują co do zasady obowiązku

tłumaczenia dokumentów obcojęzycznych przez biegłych przysięgłych. Co więcej, z uwagi na nieokreśloność dokumentów, których miałby dotyczyć ten obowiązek (w § 6 ust. 4 wzoru umowy mowa jest w zasadzie o każdym rodzaju dokumentu), taka kara staje się tym bardziej nieadekwatna już nie tylko w kontekście przedmiotu zamówienia, ale także i w aspekcie finansowym (stając się karą wygórowaną).

Zarzut 3.4.

Odwolujący wskazał, że kara przewidziana w § 12 ust. 1 pkt 34 jako przewidziana za jakiegokolwiek naruszenie umowy w oczywisty sposób narusza wszelkie zasady prawidłowej konstrukcji kar umownych. Zresztą w ocenie Odwołującego kara ta i tak jest nieważna z mocy Kodeksu cywilnego.

Zarzut 3.6.

Odwolujący zakwestionował także zastrzeżone przez Zamawiającego w § 17 ust. 4 wzoru umowy umowne prawo do odstąpienia. Pomijając już nawet kwestię błędnego określenia terminu skorzystania z tego prawa w świetle art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego (a właściwie jego braku, gdyż przewidzenie terminu wypowiedzenia dla prawa odstąpienia jest novum dla Odwołującego i nie jest znane regulacji Kodeksu cywilnego), to zauważył, że okoliczność pozwalająca na skorzystanie z niego przez Zamawiającego leży poza wykonawcą, i co oczywiste jest całkowicie niezależna od wykonawcy. Żaden wykonawca nie ma przecież wpływu na uchwalanie przez prawodawcę nowych regulacji prawnych. Co jednak najważniejsze, nawet wprowadzenie przez prawodawcę takich zmian jak frakcje odpadów komunalnych zbierane selektywnie, czy też częstotliwość ich odbioru, nie powinny prowadzić do przedwczesnej terminacji zamówienia publicznego. Rolą zamawiającego publicznego jest zagwarantowanie wykonawcom minimalnego poziomu lub wartości świadczenia usługi, i przewidzenie mechanizmu zmiany umowy w razie zmian prawa, które mogą wpływać na sposób realizacji usługi. Tym samym, mechanizm przewidziany przez Zamawiającego w § 17 ust. 4 wzoru umowy sprzeczny jest z podstawowymi zasadami pzp, jak i zresztą zasadami współżycia społecznego, choćby uczciwości między kontrahentami i zachowania równowagi kontraktowej stron. W szczególności ujawnia się to w przypadku wprowadzenia obowiązku selektywnego zbierania „u źródła” nowej frakcji odpadów komunalnych. W takim przypadku wykonawca może przecież nadal realizować dotychczasowy przedmiot zamówienia, a Zamawiający mógłby albo udzielić osobnego zamówienia na odbiór tej nowej frakcji odpadów albo po prostu dokonać zmiany umowy z wykonawcą przez obowiązek przewidzianej dodatkowej trasówki dla odbioru nowej frakcji odpadów. Możliwość odstąpienia od całości umowy, przewidzianej do realizacji w okresie 3-letnim, jest całkowicie nieadekwatnym rozwiązaniem, przysparzającym Zamawiającemu uprawnienie negujące zachowanie jakiegokolwiek równowagi kontraktowej.

W dniu 3 września 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty nr 1, 3.1., 3.2. oraz 3.5. odwołania, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, a więc odwołanie mu przysługiwało w myśl art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 3.1., 3.2. oraz 3.5. odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem: „4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje

pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.” Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił w terminie do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów uwzględnionych. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania ww. zarzutów odwołania. Izba rozpoznała więc pozostałe zarzuty odwołania.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów skierowanych do rozpoznania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „Rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia. 3.1. Przedmiotem zamówienia jest: „Świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Tułowice” 3.2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera - załącznik nr 9 do SWZ.”

- „Rozdział VIII. Warunki udziału w postępowaniu (...) 2) Uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: - aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania wszystkich grup odpadów komunalnych zawartych w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia od właścicieli posesji/nieruchomości położonych na terenie Gminy Tułowice, wydany przez Burmistrza Tułowic. - aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i przetwarzania odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn.zm.), w przypadku, gdy Wykonawca zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie lub - aktualne umowy z instalacjami przetwarzania odpadów komunalnych zmieszanych i bioodpadów oraz umowy z instalacjami odzysku i zagospodarowania odpadów zbieranych w sposób selektywny - w przypadku gdy Wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania.”

Załącznik nr 9 do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

„Opis zakresu usługi Nr 1 (...) 7. Przy realizacji niniejszej Umowy, Wykonawca zobowiązany jest: 6) posiadać bazę magazynowo- transportową usytuowaną: (...) 7) W zakresie wyposażenia bazy magazynowo- transportowej należy zapewnić, aby: (...) c) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych; (...) e) baza magazynowo- transportowa była wyposażona w (...) - miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, (...) 10) W zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby: (...) c) na terenie bazy magazynowo- transportowej znajdowały się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania.”

Załącznik nr 8 – projektowane postanowienia umowy:

- „§ 3 ust. 1 pkt 11: Wykonawca zobowiązany jest do przedkładania dokumentacji związanej z realizacją umowy w języku polskim. W sytuacji konieczności posłużenia się dokumentem obcojęzycznym np. umową z podwykonawcą, Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do przedłożenia dokumentu wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski.”

- „§ 12 ust. 1 pkt 33 i 34: 1. Zamawiający może naliczyć Wykonawcy kary umowne w wysokości: 33.) 5 000,00 za brak złożenia dokumentów dotyczących realizacji przedmiotu umowy w języku obcym bez tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego. 34) 2 000,00 zł za każdą ujawnioną realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z zapisami umowy.”

- „§ 17 ust. 4: 4. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku wprowadzenia przez ustawodawcę obowiązku segregacji nowej frakcji odpadów lub zmianę w zakresie częstotliwości odbioru odpadów. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający może od niniejszej Umowy odstąpić z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia.”

- „§ 18. ZMIANA UMOWY 1. Zamawiający przewiduje dokonanie zmian umowy zgodnie z art. 455 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty w przypadku: 1) zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu zamówienia.”

Stan prawny:

Artykuł 353(1) k.c. stanowi: „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 myśl art. 395 § 1 zdanie 1 k.c.: „Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy.”

Artykuł 483 § 1 k.c. stanowi: „§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).”

Zgodnie z art. 484 k.c.: „§ 1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. § 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.”

Artykuł 16 stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

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

Zgodnie z art. 433 pkt 3 i 4 ustawy pzp: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; (...) 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.”

Przedmiot sporu w zakresie zarzutów skierowanych do rozpoznania sprowadzał się do ustalenia czy Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia co do wymogów dotyczących bazy magazynowo – transportowej, czy kary umowne przewidziane w projektowanych postanowieniach umowy zostały określone precyzyjnie i nie stanowią kar rażąco wygórowanych, a także czy wprowadzone prawo odstąpienia od umowy w przypadku zmiany powszechnie obowiązujących przepisów nie narusza równowagi kontraktowej stron i nie stanowi klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt 4 ustawy pzp. Izba dokonała analizy dokumentów zamówienia i uznała, że zarzuty odwołania częściowo zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu 2 odwołania Odwołujący podnosił, że ukonstytuowanie bezwzględnie wymogu wyposażenia bazy magazynowo- transportowej w miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych i zabezpieczenia go przed emisją zanieczyszczeń do gruntu i działaniem czynników atmosferycznych, a także wyposażenia bazy w urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania jest wymogiem nadmiernym w sytuacji, gdy obowiązki te (wyznaczenia zabezpieczonego miejsca magazynowania odpadów i posiadania urządzeń do ich gromadzenia) istnieją jedynie w przypadku faktycznego zbierania na terenie bazy odpadów, co przecież nie jest obowiązkowe dla wykonawcy (a więc obowiązki te mają jedynie względny charakter). Izba podzieliła stanowisko Odwołującego.

Jakkolwiek słusznie Zamawiający podnosił, że przepisy rozporządzenia z dnia 11 stycznia 2023 r. Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 r., poz. 122), w zakresie wymagań dotyczących bazy magazynowo- transportowej stanowią, że: „§ 2. 1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo - transportową usytuowaną: (...) 2. W zakresie wyposażenia bazy magazynowo-transportowej należy zapewnić, aby: (...) 3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych; (...) 5) baza magazynowo-transportowa była wyposażona w (...) c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych (...) § 3. W zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby: (...) 3) na terenie bazy magazynowo-transportowej

znajdowały się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania.”to jednak zdaniem Izby, wymagania te nie będą dotyczyły wykonawcy, który nie zamierza prowadzić działalności w zakresie faktycznego zbierania odpadów na terenie bazy. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który dopuszcza odbieranie odpadów i bezpośrednie przekazywanie do miejsc przetwarzania bez konieczności ich składowania na terenie bazy wykonawcy. Izba zauważa, że Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 odwołania związany z ww. obowiązkiem, a dotyczący warunku udziału w postępowaniu posiadania uprawnień. Zamawiający uznał argumentację Odwołującego i zmodyfikował treść warunku wskazując, że wymaga wykazania się aktualnym zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i przetwarzania odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn.zm.), w przypadku, gdy wykonawca zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie ale w sytuacji gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania Zamawiający wymaga jedynie aktualnych umów z instalacjami przetwarzania odpadów komunalnych zmieszanych i bioodpadów oraz umów z instalacjami odzysku i zagospodarowania odpadów zbieranych w sposób selektywny. W konsekwencji ustanowienie ww. wymagań dotyczących bazy wykonawcy jako obowiązku bezwzględnego stanowi wymóg nadmierny i niepowiązany z przedmiotem zamówienia. Dla wykonawcy, który nie zamierza prowadzić działalności zbierania odpadów jest to obowiązek nieuzasadniony w świetle opisu przedmiotu zamówienia. Izba w całości przy tym podziela rozważania przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2440/20, w którym Izba powołała się na objaśnienia Ministra Klimatu: „*prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie wiąże się z obowiązkiem zbierania tych odpadów, w tym obligatoryjnego zbierania tych odpadów na terenie bazy magazynowo- transportowej, a tym samym nie wiąże się z koniecznością posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Posiadanie takiej decyzji nie jest zatem warunkiem uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej ani nie decyduje o możliwości prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych.*” I dalej: „*Tym samym Izba uznała za własne stanowisko wyrażone przez Ministra Klimatu objaśnieniu prawnym z 23 lipca 2020 r. (sygn. DGO.VI.021.26.2020.MD) wydanym na wniosek Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców na podstawie art. 33 ust. 1 Prawa przedsiębiorców. W ustalonych powyżej okolicznościach nie ma wątpliwości, że zarówno warunek dotyczący posiadania uprawnień w zakresie zbierania odpadów [...] należy uznać za oczywiście nieproporcjonalne do przedmiotu tego zamówienia w sytuacji, w której możliwe jest jego należyte wykonanie bez tymczasowego magazynowania odpadów na terenie tej bazy. Co więcej, postawienie takiego warunku w oczywisty sposób jest przejawem nierównego traktowania małych i średnich przedsiębiorców, którym utrudnia, o ile nie uniemożliwia, konkurowanie z większymi lub lokalnymi przedsiębiorcami, którzy takie oczekiwania Zamawiającego spełniają.*” Orzeczenie przedstawia rozważania co do obowiązków posiadania uprawnień w przypadku prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niemniej jednak zdaniem Izby wiąże się to również z wymaganiami dotyczącymi wyposażenia bazy magazynowo – transportowej. Izba zwraca przy tym uwagę, że art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2025 r. poz. 733) stanowi o obowiązku podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości do: „4) *zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo- transportowej.*” Stwierdzenie „odpowiedniego” oznacza, że nie zawsze wszystkie wymagania dotyczące bazy określone ww. Rozporządzeniem będą uzasadnione i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie nałożył na wykonawców bezwzględnego obowiązku zbierania odpadów, co jak słusznie podnosił Odwołujący, czyni ww. wymagania dotyczące wyposażenia bazy względnymi. Podobnie Izba stwierdziła w wyroku z dnia 8 marca 2024 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 593/24 również powołując się na objaśnienia Ministra Klimatu: „*Jak wynika z objaśnień Ministra Klimatu z dnia 23 lipca 2020 r. DGO.VI.021.26.2020.MD, załączonych do wyjaśnień przystępującego z dnia 8 stycznia 2024 r., Z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie wynika ani obowiązek samodzielnego zbierania odbieranych odpadów komunalnych przez podmiot odbierający te odpady, ani w ogóle obowiązek prowadzenia zbierania odebranych odpadów komunalnych przed ich przekazaniem do przetwarzania. W objaśnieniach tych wskazano także, że: Jeżeli odbierający odpady komunalne ma tak zorganizowany proces odbierania odpadów komunalnych, że nie wymaga on od niego magazynowania tych odpadów, bo bezpośrednio przekazuje te odpady do instalacji, w której zostaną przetworzone, albo przekazuje te odpady do innego podmiotu, który działając na podstawie stosownego zezwolenia zbiera te odpady przed transportem do instalacji do*

przetwarzania odpadów, uzyskiwanie zezwolenia na zbieranie odpadów przez podmiot odbierający jest zupełnie zbędne i nieracjonalne, a nawet niemożliwe do spełnienia. Przyjęcie interpretacji, że podmiot odbierający odpady komunalne jest obowiązany do uzyskania zezwolenia na zbieranie selektywnie zbieranych odpadów komunalnych bez względu na to, czy zamierza w rzeczywistości te odpady zbierać, pozostawałoby w sprzeczności z przepisami dotyczącymi uzyskiwania zezwoleń na zbieranie odpadów (...) (...) Z przytoczonych fragmentów objaśnień prawnych wynikało, że podmiot odbierający odpady nie musi prowadzić działalności w zakresie zbierania odpadów na terenie bazy. Powyższe nakazywało prześledzić, czy ramach niniejszego postępowania zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zbierania odpadów (...) Owszem zamawiający pozostawił w SWZ warunek dysponowania bazą magazynową- transportową, o której mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122). Jednakże, skoro zamawiający jednocześnie wykreślił z SWZ obowiązek zbierania i magazynowania odpadów przez wykonawcę, to nielogiczne byłoby domaganie się od wykonawcy wykazania dysponowania na terenie bazy miejscami do magazynowania selektywnie zebranych odpadów. Taka działalność przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia nie będzie bowiem prowadzona. Zdaniem Izby przez rezygnację przez zamawiającego z obowiązku zbierania odpadów przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia, wymaganie rozporządzenia w zakresie magazynowego charakteru bazy nie mogło znaleźć zastosowania. W tym miejscu podkreślenia wymagało, że zbliżony stan faktyczny do rozpoznawanego w tej sprawie był przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 10 grudnia 2021 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 3462/21. W wyroku tym wskazano, że: Skoro Zamawiający zrezygnował z wymagania, aby wykonawcy posiadali aktualne zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, a takie zezwolenie jest niezbędne, aby wykonywać czynność zbierania odpadów, to oznacza, że z przedmiotu zamówienia zostało usunięte wymaganie zbierania, a więc - stosowanie do twierdzenia Zamawiającego – magazynowania odpadów. Skoro tak, to nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, że konieczne było posiadanie bazy magazynowej. Wprawdzie pojęcie baza magazynowo - transportowa pojawia się w dokumentacji postępowania, jednakże jak zostało wyjaśnione w trakcie rozprawy, wynika to z faktu, że również w treści przedmiotowego rozporządzenia takie pojęcie również się pojawia. Punkt 3.1.5 SWZ był odwzorowaniem rozporządzenia. Jednakże z uwagi na fakt, że zbieranie odpadów i magazynowanie odpadów nie stanowią przedmiotu zamówienia, to w tej konkretnej sytuacji wymaganie rozporządzenia w zakresie magazynowego charakteru bazy nie może mieć zastosowania.” Podzielając powyższe rozważania Izba stwierdziła, że ustanowienie bezwzględnego wymagania w zakresie wyposażenia bazy w odpowiednio zabezpieczone miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych oraz urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania jest nieproporcjonalne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający dopuszcza bezpośrednie przekazywanie przez wykonawcę odpadów do miejsc przetwarzania, dlatego też Izba nakazała jego zniesienie. Wymaganie to, jak podnosił Odwołujący powinno mieć charakter względny, a więc zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Przechodząc do zarzutów 3.3. i 3.4. Odwołujący podnosił, że ustanowione przez Zamawiającego kary umowne są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia (w przypadku kary, o której mowa w § 12 ust. 1 pkt 33 wzoru umowy) oraz określone zbyt ogólnie lub nadmiernie wygórowane (w przypadku kary, o której mowa w § 12 ust. 1 pkt 34 wzoru umowy). Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługuje zarzut 3.4. odwołania, a zarzut 3.3. uznała za chybiony.

Na wstępie wskazania wymaga, że kary umowne pełnią nie tylko rolę odszkodowawczą, ale również rolę motywującą wykonawcę do należytej realizacji umowy, w tym dotrzymania określonych umową terminów. Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco

wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione ze zwłoką świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego nieterminowo zobowiązania, w związku, z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że Zamawiający zmodyfikował treść projektowanych postanowień umownych przez dodanie obowiązku wykonawcy w § 3 ust. 1 pkt 11: *„Wykonawca zobowiązany jest do przedkładania dokumentacji związanej z realizacją umowy w języku polskim. W sytuacji konieczności posłużenia się dokumentem obcojęzycznym np. umową z podwykonawcą, Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do przedłożenia dokumentu wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski.”* Ustanowiona więc w § 12 ust. 1 pkt 33 wzoru umowy kara umowna pozostaje w związku z nałożonymi na wykonawcę wymaganiami. Odwołujący nie domagał się przy tym wykreślenia ww. kary umownej a wyłącznie dopuszczenia tłumaczeń własnych, a nie sporządzonych przez tłumacza przysięgłego. Zdaniem Izby, wymóg postawiony przez Zamawiającego jest uzasadniony jego potrzebami. Zamawiający podkreślał, że z jego doświadczenia w zakresie realizacji analogicznych zamówień wynika, że wykonawcy przedkładają dokumenty np. umowy podwykonawcze w językach obcych. Zamawiający jest zobowiązany dokonywać weryfikacji prawidłowości dokumentów składanych przez wykonawców stąd uzasadniony jest wymóg przedstawienia tłumaczenia. Tłumaczenie przysięgłe gwarantuje natomiast poprawność i wiarygodność treści wynikających z dokumentów. Co istotne, to wykonawca podejmuje decyzję w jaki sposób będzie realizował zamówienie, w tym czy będzie korzystał z instalacji poza granicami kraju, a w konsekwencji czy będzie zobowiązany stosować się do obowiązku z § 3 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy. W ocenie Izby, w kontekście potrzeb Zamawiającego postawione wymaganie nie jest nadmierne tak jak skorelowana z nim kara umowna. Z tych powodów Izba oddaliła zarzut 3.3. odwołania.

Izba uznała natomiast za zasadny zarzut 3.4. odwołania dotyczący kary umownej z § 12 ust. 1 pkt 34 wzoru umowy. W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący podnosił, że wskazana w ww. paragrafie kara umowna w oczywisty sposób narusza wszelkie zasady prawidłowej konstrukcji kar umownych i w ocenie Odwołującego jest nieważna z mocy Kodeksu cywilnego. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego.

Izba zauważa, że Zamawiający w § 12 wzoru umowy przewidział szeroki katalog naruszeń, które będą skutkowały naliczeniem kar umownych. Uznać więc należy, że Zamawiający zidentyfikował obowiązki wykonawcy o charakterze istotnym, których niedopełnienie wpłynie w sposób znaczący na prawidłową realizację umowy. W konsekwencji niezasadnym i nieproporcjonalnym jest uzupełnienie tego katalogu o przypadki niewymienione, co skutkować może sankcjonowaniem zachowania wykonawcy, co prawda negatywnego, ale nie oddziałującego na należyte wykonanie umowy. Zamawiający ustanowił bowiem karę za: *„każdą ujawnioną realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z zapisami umowy.”* co może prowadzić do naliczania kar umownych za każde najdrobniejsze naruszenie, a w konsekwencji czynić tą karę rażąco wygórowaną, niewspółmierną do rozmiarów faktycznej szkody. Kara umowna powinna precyzować naruszenie, a jej wysokość musi być proporcjonalna do stopnia tego naruszenia. Niewątpliwie, zakwestionowana przez Odwołującego kara umowna nie spełnia tych wymogów i może powodować nieadekwatność sankcji i rażąco dysproporcję do wagi i skutków danego naruszenia. Izba zauważa przy tym, że zgodnie z art. 433 pkt 2 ustawy pzp: *„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.”* Zapisy umowy przewidują zarówno obowiązki o charakterze kluczowym dla prawidłowego wykonania umowy, ale również o charakterze organizacyjnym czy technicznym, których niewykonanie nie wpłynie na należyłą realizację umowy i celów jakie Zamawiający planuje osiągnąć udzielając zamówienia. Z postanowienia § 12 ust. 1 pkt 34 wzoru umowy nie wynika, że Zamawiający nie będzie naliczał kar umownych za naruszenie zapisów umowy niewpływających na należyte wykonanie zamówienia, a samo zapewnienie Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie w świetle aktualnych zapisów projektowanych postanowień umownych jest niewystarczające. Tak ustalona kara umowna narusza nie tylko powołane przez Odwołującego przepisy k.c., ale również stanowi klauzulę abuzywną i narusza zasadę proporcjonalności, dlatego też Izba zgodnie z żądaniem odwołania nakazała jej wykreślenie.

Izba za zasadny uznała również zarzut 3.6. odwołania. Odwołujący podnosił w ramach tego zarzutu, że zastrzeżenie umownego prawa do odstąpienia od umowy w przypadku zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa dotyczących frakcji odpadów selektywnie zbieranych lub wymaganej częstotliwości odbioru odpadów (§ 17 ust. 4 wzoru umowy), skutkuje możliwością ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej (gwarantowanej) wartości

lub wielkości usługi, co narusza art. 433 pkt 4 ustawy pzp. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że kwestionowane postanowienie stanowi klauzulę abuzywną.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zasada trwałości umów o zamówienie publiczne jest wyprowadzana z uregulowań ustawowych prawa zamówień publicznych, które co do zasady nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Dyspozycja art. 456 ustawy pzp pozwala zamawiającemu na odstąpienie od umowy w ściśle określonych sytuacjach. Regulacja ta ma charakter wyjątkowy, gdyż stanowi ograniczenie zasady pacta sunt servanda. Do umów w sprawie zamówienia publicznego obowiązuje zasada dotrzymywania umów, gdyż tego wymaga pewność obrotu. Zauważyć należy, że celem umowy o zamówienie publiczne jest realizacja określonego świadczenia. Wykonawcy kalkulując ceny ofertowe biorą pod uwagę różne czynniki, uzależniając ceny od długości trwania świadczenia, jego wielkości, zakładając także czynniki ryzyka na odpowiednim poziomie, tak aby zapewnić zysk z realizacji zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie wykonawca, jak każdy podmiot zawierający umowę ze swoim kontrahentem, czyni to w przeświadczeniu, iż wzajemne zobowiązania zostaną wykonane (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, kom. do art. 456). Pogląd taki znajduje potwierdzenie w regulacjach ustawowych. Niewątpliwie, realizacji zasady trwałości umów służy dyspozycja art. 433 pkt 4 ustawy pzp, w której za klauzulę abuzywną uznano przewidywanie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział możliwość odstąpienia od umowy z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku wprowadzenia przez ustawodawcę obowiązku segregacji nowej frakcji odpadów lub zmianę w zakresie częstotliwości odbioru odpadów. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że konstrukcja prawa odstąpienia jest wadliwa, wprowadzając okres wypowiedzenia przy odstąpieniu oraz nie precyzując terminu odstąpienia. Zamawiający nie określił, w którym momencie od umowy odstąpi w sytuacji zmian obowiązujących przepisów. Abstrahując jednak od powyższego, tak ustanowione prawo odstąpienia stanowi klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 pkt 4 ustawy pzp, w zakresie w jakim stanowi nieuprawnione ograniczenie zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie oferty i ryzyk, gdy wykonawca nie ma pewności co do zakresu zamówienia, który zrealizuje. Zamawiający przewidując postanowienie pozwalające na odstąpienie od umowy jest zobowiązany ustalić gwarantowaną wielkość świadczenia, czego Zamawiający nie uczynił. Postanowienie to przeczy zasadzie trwałości umów o zamówienie publiczne i w sposób niedozwolony i nieuzasadniony pozwala na ograniczenie zamówienia w dowolnym czasie i zakresie. Izba zauważa przy tym, że Zamawiający nie przewidział prawa odstąpienia w przypadku jakichkolwiek zmian powszechnie obowiązujących przepisów mających wpływ na wykonanie umowy, a wyłącznie dotyczących obowiązku segregacji nowej frakcji odpadów lub zmiany w zakresie częstotliwości odbioru odpadów, które to zdarzenia, jak słusznie podnosił Odwołujący nie muszą skutkować zakończeniem umowy. Zamawiający posiada inne instrumenty pozwalające na zabezpieczenie zarówno interesów własnych jak i wykonawców kalkulujących oferty z założeniem 3-letniego okresu trwania umowy. Zamawiający przewidział zresztą we wzorze umowy możliwość zmiany umowy: „w przypadku: 1) zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu zamówienia.” Nadto, jak słusznie podnosił Odwołujący, Zamawiający w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych w § 17 ust. 4 wzoru umowy może udzielić osobnego zamówienia na odbiór nowej frakcji odpadów albo dokonać zmiany umowy z wykonawcą przez obowiązek przewidzenia dodatkowej trasówki dla odbioru nowej frakcji odpadów. Ustanowienie prawa odstąpienia w okresie 3 letnim realizacji umowy bez wskazania minimalnej wielkości świadczenia jest nieproporcjonalne, narusza równowagę kontraktową stron, uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ryzyk i przewiduje odstąpienie w okolicznościach, które Zamawiający może zabezpieczyć w inny sposób. Dlatego też, Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie kwestionowanego postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 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 rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 3/4 i Odwołującego w części 1/4.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000,00 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł (łącznie 18 600,00 zł). Izba zarzuty nr 2, 3.4 i 3.6. uwzględniła, a zarzut nr 3.3. oddaliła. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000,00 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do

wysokości 4650,00 zł (18 600,00 zł x 1/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 350,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: