

Sygn. akt KIO 364/23

## POSTANOWIENIE

z dnia 21 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2023 r. przez wykonawcę MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Tłuszcz w przedmiocie zamówienia publicznego na: „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Tłuszcz oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK)”,

przy udziale wykonawcy RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 364/23 po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość wniesionego wpisu odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 364/23

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tłuszcz działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Tłuszcz oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/S 021-058167.

W dniu 9 lutego 2023 r. Odwołujący – MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

- 1) art. 433 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez niezagwarantowanie minimalnej wartości świadczenia wykonawcy oraz ograniczanie świadczenia wykonawcy bez gwarancji minimalnej wartości świadczenia dla wykonawcy (zarzut nr 1),
- 2) art. 99 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny poprzez brak określenia jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymagania wskazane w rozdziale 8 ust. 2 pkt 1 SWZ (zarzut nr 2),
- 3) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez formułowanie wymagań dokumentacji postępowania, które są zbyt restrykcyjne i nakładają na wykonawcę obowiązek przechowywania dokumentacji w postaci nagrań z monitoringu, zawierających m.

in. dane o położeniu pojazdu, miejscach postoju, o miejscach wyładunku odpadów, przez okres 3 lat od zapisu, podczas gdy wystarczającym okresem przechowywania dokumentacji jest okres 3 miesięcy od zapisu, który to okres umożliwia rozpatrzenie ewentualnych reklamacji i rozliczenie umowy pomiędzy stronami (zarzut nr 3),

4) art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (zwanego dalej „k.c.”) w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób niejednoznaczny poprzez wadliwe ustalenie terminu na realizację reklamacji (zarzut nr 4),

5) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP i art. 437 ustawy PZP oraz art. 464 ustawy PZP i art. 465 ustawy PZP poprzez sformułowanie postanowień umowy z przekroczeniem granic swobody umów oraz w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, przejrzystości i proporcjonalności, tj. poprzez określenie we wzorze umowy wymogów dotyczących realizacji części zamówienia przez podwykonawcę oraz wymogów dotyczących zawierania umów o podwykonawstwo w sposób wygórowany i właściwy dla robót budowlanych, w tym poprzez zastosowanie art. 437 oraz art. 464 i art. 465 ustawy PZP mimo, że postępowanie nie dotyczy robót budowlanych (zarzut nr 5),

6) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w Rozdziale 3 ust. 1 pkt 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia wymogu przekazywania odpadów zmieszanych bezpośrednio do instalacji komunalnej przetwarzającej te odpady lub pozostałości z nich mimo, że przepisy prawa umożliwiają korzystanie ze stacji przeładunkowej (zarzut nr 6),

7) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez opisanie we wzorze umowy wymagań dotyczących realizacji zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w § 5 ust. 3 wzoru umowy na część 2 obowiązku posiadania wpisu do RDR w zakresie kodów, które będą odbierane z PSZOK, a nie od mieszkańców nieruchomości (zarzut nr 7),

8) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art.

473 § 1 i § 2 k.c. poprzez opisanie we wzorze umowy wymagań dotyczących realizacji zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w § 4 ust. 3 wzoru umowy na część 1 obowiązku przekazania co najmniej 10 % dostarczonych odpadów zmieszanych do odzysku i recyklingu lub przygotowana do ponownego użycia oraz że dla całego strumienia odpadów zmieszanych zostaną osiągnięte poziomy recyklingu, podczas gdy osiągnięcie poziomu recyklingu uzależnione jest od kodów odpadów, przekazywanych do odbioru i zagospodarowania przez mieszkańców oraz sposobu prowadzonej przez nich segregacji, na co wykonawca nie ma wpływu, ponadto zgodnie z klasyfikacją odpadów do odpadów zmieszanych zalicza się odpady, które z definicji nie podlegają odzyskowi i recyklingowi; zawarcie wymogu uzyskania poziomu recyklingu w przypadku odpadów zmieszanych na tak wysokim poziomie w sytuacji, gdy oczywistym jest, że wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie tego poziomu, jest niezgodne z obowiązkiem współdziałania Zamawiającego z wykonawcą przy wykonaniu umowy; odpowiedzialność wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia (zarzut nr 8),

9) art. 16 ustawy PZP oraz art. 99 ustawy PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że Zamawiający ustanawia obowiązek wykonawcy dotyczący utrzymania poziomów recyklingu sprzeczny z przepisami prawa, niemożliwy do realizacji z uwagi na brak po stronie wykonawcy narzędzi pozwalających na jego osiągnięcie, do których zastosowania zgodnie z przepisami prawa został uprawniony Zamawiający, co narusza zasady opisywania przedmiotu zamówienia, w tym uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności (zarzut nr 9),

10) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 90a ust. 5 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa, a także uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w Rozdziale 3 ust. 11 pkt 3 lit. d) Opisu Przedmiotu Zamówienia wymogu składania wraz z miesięcznym raportem, informacji o sposobie zagospodarowania odpadów, które to informacje generowane są – w zależności od kodu odpadów – raz lub 2 razy w roku (zarzut nr 10),

11) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności 5

w zakresie ustalenia w Rozdziale 3 ust. 11 pkt 4 i 5 Opisu Przedmiotu Zamówienia wymogu drukowania w papierze i dostarczania Zamawiającemu raportów, które nie wymagają formy pisemnej i możliwe jest ich przekazanie w formie elektronicznej (zarzut nr 11),

12) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy,

jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w Rozdziale 3 ust. 12 Opisu Przedmiotu Zamówienia wymogu drukowania w papierze i dostarczania Zamawiającemu kart przekazania odpadów pomimo, że Zamawiający ma do nich dostęp na swoim profilu w BDO (zarzut nr 12),

13) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP i art. 16 ustawy PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka kontraktowego z uwagi na przewidzenie możliwości nałożenia na wykonawcę kary umownej na podstawie zbyt ogólnej przesłanki umownej oraz przewidzenia możliwości jej zastosowania bez uzależnienia od przeprowadzenia wcześniej procesu reklamacyjnego, w wyniku którego może się okazać, że nie miała miejsca sytuacja będąca podstawą do nałożenia kary umownej lub została ona naprawiona przez wykonawcę bez zbędnej zwłoki (zarzut nr 13),

14) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie zasad odpowiedzialności z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności finansowej w zakresie kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy oraz nienałożenie na Zamawiającego odpowiedzialności finansowej w zakresie kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy w analogicznej sytuacji (zarzut nr 14),

15) art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez przewidywanie we wzorze umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, co stanowi klauzulę niedozwoloną (zarzut nr 15),

16) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez przewidzenie zbyt ogólnej przesłanki odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji braku realizacji usługi lub realizacji usługi niezgodnie z postanowieniami umowy, bez precyzyjnego określenia przebiegu procedury wcześniejszego wezwania wykonawcy do

świadczenia usługi z wyznaczeniem mu minimalnego terminu na zastosowanie się do wezwania i umożliwienie mu przedstawienia własnego stanowiska w sprawie (zarzut nr 16),

17) art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez formułowanie postanowień Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób nakładający nadmierne i nieuzasadnione obowiązki, których realizacja we wskazanym terminie może być obiektywnie niemożliwa, przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współzycia społecznego poprzez nałożenie w Rozdziale III ust. 1 pkt 24 Opisu Przedmiotu Zamówienia obowiązku odbioru bioodpadów z PSZOK w terminie 24 godzin od zgłoszenia bez wskazania, że odbiór ma nastąpić w dni robocze (funkcjonowania PSZOK) (zarzut nr 17),

18) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w Rozdziale 3 ust. 4 pkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia wymogu posiadania przez wykonawcę decyzji dotyczącej gospodarowania odpadami (zarzut nr 18),

19) art. 439 ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP i art. 16 ustawy PZP poprzez nieuwzględnienie w warunkach umowy waloryzacji cen jednostkowych mających charakter rozliczeniowy, co czyni waloryzację pozorną oraz brak uwzględnienia waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług w zakresie kosztów paliwa, co skutkuje przeniesieniem na wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych ze świadczeniem usługi (zarzut nr 19),

20) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych i nadmiernie uciążliwych w zakresie dotyczącym wskazania jako terminu na przekazanie wykazu nieruchomości takiego samego terminu jak na dzień złożenia harmonogramu, do którego przygotowania niezbędny jest wykaz nieruchomości, wyznaczanie wadliwych terminów realizacji zamówienia w zakresie opracowania i zatwierdzania harmonogramu oraz wydrukowania i dostarczenia go do mieszkańców nieruchomości, co faworyzuje dotychczasowego wykonawcę (zarzut nr 20).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) w zakresie i w sposób szczegółowo określony w uzasadnieniu odwołania, przy czym zaznaczył równocześnie, że wprowadzane

modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne, w celu zapewnienia ich spójności.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia, w jakiej części Zamawiający gwarantuje wykonanie zamówienia poprzez uzupełnienie dokumentów zamówienia, w tym umowy, o określenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowana część przedmiotu zamówienia), wskazując, że w warunkach przedmiotowego

zamówienia adekwatne jest wskazanie minimalnej wartości zobowiązania Zamawiającego stanowiącej 80 % wartości wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 5 wzoru umowy (dotyczącego wzorów umowy zarówno na część 1, jak i na część 2).

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia rozdziału 8 ust. 2 pkt 1 SWZ poprzez wskazanie, jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w tymże postanowieniu.

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania i wskazanie jako okresu przechowywania danych w siedzibie wykonawcy okresu do 3 miesięcy od daty ich zapisania.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ oraz wzoru umowy dotyczącego procesu reklamacji poprzez:

- 1) wskazanie definicji pojęcia „rozpatrzenia reklamacji” jako rozpatrzenie reklamacji i w przypadku pozytywnego rozpatrzenia reklamacji – odebranie odpadów lub w przypadku negatywnego rozpatrzenia reklamacji – brak odbioru odpadów,
- 2) wyznaczenie wykonawcy terminu do 2 dni roboczych od dnia otrzymania reklamacji, na jej realizację,
- 3) wskazanie, że w przypadku, gdy mieszkaniec nie wystawił odpadów do odbioru do godziny 07:00 w dniu, w którym zgodnie z harmonogramem będzie miał miejsce odbiór odpadów, reklamacja uznana zostanie jako rozpatrzona negatywnie.

W zakresie zarzutu nr 5 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 11 ust. 9-18 oraz § 12 ust. 1, 3-10 wzoru umowy na część 1 i 2 poprzez wykreślenie tych postanowień.

W zakresie zarzutu nr 6 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowienia zawartego w Rozdziale III ust. 1 pkt 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia dotyczącego nakazu przekazywania odebranych niesegregowanych

(zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej przetwarzającej niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów i dopuszczenie korzystania ze stacji przeładunkowej.

W zakresie zarzutu nr 7 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 5 ust. 3 wzoru umowy na część 2.

W zakresie zarzutu nr 8 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu

wykreślenia postanowienia zawartego w § 4 ust. 3 wzoru umowy na część 1.

W zakresie zarzutu nr 9 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu

modyfikacji dokumentacji postępowania poprzez obniżenie poziomów w następujący sposób:

„Wykonawca zobowiązany będzie do przekazywania odpadów do podmiotów lub instalacji zapewniających przetworzenie odpadów komunalnych zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami i zasadą bliskości, posiadających wymagane przepisami prawa decyzje, zezwolenia, wpisy do rejestrów zapewniających że:

1. Co najmniej 80 % selektywnie zebranego papieru i tektury, szkła zostanie przygotowana do ponownego użycia lub przekazana do recyklingu.
2. Co najmniej 70 % selektywnie zebranego tworzywa sztucznego, metali i opakowań wielomateriałowych zostanie przygotowana do ponownego użycia lub przekazana do recyklingu.
3. 100 % selektywnie zebranych odpadów niebezpiecznych, leków, chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek zostanie unieszkodliwiona.
4. 100 % selektywnie zebranych zużytych opon zostanie przekazana do recyklingu.
5. 100 % selektywnie zebranych mebli i innych odpadów wielkogabarytowych oraz tekstyliów i odzieży zostanie poddana odzyskowi, a w tym co najmniej 30% przekazana do recyklingu lub przygotowana do ponownego użycia.
6. Co najmniej 60 % selektywnie zebranych odpadów budowlanych i rozbiórkowych zostanie poddana odzyskowi lub przygotowana do ponownego użycia lub przekazana do recyklingu.
7. 100 % selektywnie zebranego czystego gruzu zostanie poddana odzyskowi lub

przygotowana do ponownego użycia lub przekazana do recyklingu”.

W zakresie zarzutu nr 10 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji w Rozdziale III ust. 11 pkt 3 lit. d) Opisu Przedmiotu Zamówienia

w ten sposób, że w zakresie kodu 20 03 01, informacja o sposobie zagospodarowania odpadów (w tym nazwa i adres instalacji do której przekazano odpady oraz proces odzysku i unieszkodliwiania zgodnie z ustawą o odpadach) będzie przekazywana Zamawiającemu przez wykonawcę po otrzymaniu oświadczenia od instalacji komunalnej zgodnie z art. 90a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. co pół roku, wraz z raportem za lipiec oraz za styczeń, a w zakresie pozostałych odpadów – wraz z raportem za styczeń, przekaże informacje o sposobie zagospodarowania odpadów (w tym nazwę i adres instalacji do której przekazano odpady oraz proces odzysku i unieszkodliwiania zgodnie z ustawą o odpadach) za rok poprzedni.

W zakresie zarzutu nr 11 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ poprzez wykreślenie obowiązku przekazywania wykazów na płycie CD i umożliwienie ich przesyłania online, np. za pomocą e-maila.

W zakresie zarzutu nr 12 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z dokumentacji postanowienia: „Do miesięcznych raportów trzeba będzie dołączyć karty przekazania odpadów do instalacji sporządzonych zgodnie z obowiązującą ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Raport oraz karty przekazania odpadów trzeba będzie sporządzić w wersji papierowej”.

W zakresie zarzutu nr 13 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 15 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy na część 1 poprzez nadanie mu brzmienia:

„§ 15

1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych w następujących wysokościach:
- 2) w wysokości 100,00 zł brutto za każdy przypadek nierozpatrzenia zgłoszonej reklamacji w terminie wskazanym w umowie”.

Ponadto Odwołujący w ramach zarzutu nr 13 odwołania zażądał nakazania Zamawiającemu modyfikacji § 14 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy na część 2 poprzez nadanie mu brzmienia:

„§14

1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych w następujących wysokościach:

(...)

- 2) w wysokości 100,00 zł brutto za każdy przypadek nierozpatrzenia zgłoszonej reklamacji w terminie wskazanym w umowie”.

oraz wykreślenia § 14 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy.

W zakresie zarzutu nr 14 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 14 wzoru umowy na część 2 i § 15 wzoru umowy na część 1 poprzez dodanie następującego postanowienia umownego:

Na część 1:

„7 . Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty na rzecz wykonawcy kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 11 ust. 5 w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego lub wykonawcę od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego”.

Na część 2:

„7 . Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty na rzecz wykonawcy kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 10 ust. 5 w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego lub wykonawcę od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego”.

W zakresie zarzutu nr 15 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień § 14 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy na część 2 oraz § 15 ust. 1 pkt 1116 wzoru umowy na część 1 poprzez zmianę słowa „opóźnienia” na „zwłoki” oraz doprecyzowania, że kary nakładane będą w przypadku „zwłoki” wykonawcy w postanowieniach, które w obecnym brzmieniu tego nie precyzują, tj. nadanie następującego brzmienia postanowieniom umownym:

„§ 14

Kary umowne

1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych w następujących wysokościach:

5) w wysokości 100,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki w przekazaniu kart magnetycznych, o których mowa w § 5 ust. 11”.

„§ 15

Kary umowne

1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych w następujących wysokościach:

11) w wysokości 100,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu powiadomienia, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy,

12) w wysokości 100,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki w przekazaniu kart magnetycznych, o których mowa w § 5 ust. 7,

13) w wysokości 100,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu w terminie do apteki pojemnika na przeterminowane leki; zapłacenie kary umownej, o której mowa w zdaniu pierwszym, nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku dostarczenia pojemnika; za dostarczenie pojemnika do apteki Zamawiający uznaje dostarczenie do Zamawiającego kopii protokołu potwierdzającego przekazanie pojemnika,

14) w wysokości 100,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki w odbiorze zgłoszonych do odbioru przeterminowanych leków, zapłacenie kary umownej, o której mowa w zdaniu pierwszym, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku odebrania odpadów,

15) w wysokości 100,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu projektu harmonogramu odbioru odpadów, zapłacenie kary umownej, o której mowa w zdaniu pierwszym, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku przekazania projektu harmonogramu,

16) w wysokości 200,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu harmonogramów odbioru odpadów dla jednej trasy, o których mowa w § 5 ust. 21”.

W zakresie zarzutu nr 16 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień § 16 (wzór umowy na część 2) oraz 17 (wzór umowy na część 1) poprzez wskazanie, że odstąpienie nastąpi najwcześniej w terminie 3 dni roboczych od upływu terminu wyznaczonego w pisemnym wezwaniu o świadczenie usługi/zmianę świadczenia usługi/złożenie kopii dokumentów i zaproponował poniższą wersję zapisów:

„1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, jeżeli:

1) zachodzą przesłanki określone w art. 456 Ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.),

2) zostanie wydany nakaz zajęcia majątku wykonawcy,

3) wykonawca nie rozpoczął realizacji usługi w terminie bez uzasadnionych przyczyn oraz nie kontynuuje jej pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie, odstąpienie

może nastąpić po upływie 3 dni roboczych od upływu terminu do rozpoczęcia realizacji usługi wskazanego w wezwaniu. Zamawiający wskazuje, że wyznaczy wykonawcy w pisemnym wezwaniu termin nie krótszy niż 3 dni robocze,

4) wykonawca nie zapewnia właściwej jakości świadczonych usług zgodnie z zapisami niniejszej umowy i załącznika nr 1 do umowy, tj. opisu przedmiotu zamówienia; pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie do poprawy, odstąpienie może nastąpić po upływie 3 dni roboczych od upływu terminu do świadczenia usług właściwej jakości wskazanego w wezwaniu. Zamawiający wskazuje, że wyznaczy wykonawcy w pisemnym wezwaniu termin nie krótszy niż 3 dni robocze,

5) wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu kopii dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 14 i 24, pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie; odstąpienie może nastąpić po upływie 3 dni roboczych od upływu terminu do przedłożenia Zamawiającemu kopii dokumentów, wskazanego w wezwaniu. Zamawiający wskazuje, że wyznaczy wykonawcy w pisemnym wezwaniu termin nie krótszy niż 3 dni robocze.

2. Odstąpienie od umowy może nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

3. Zamawiający w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn, za które nie odpowiada wykonawca, zobowiązany jest do dokonania odbioru przerwanej usługi i zapłaty wynagrodzenia za zakres usług które zostały wykonane do dnia dostąpienia.

4. Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dowiedzenia się o okolicznościach stanowiących podstawę do odstąpienia od umowy”.

W zakresie zarzutu nr 17 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowienia zawartego w Rozdziale III ust. 1 pkt 24 Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez doprecyzowanie, że chodzi o 24 godziny robocze lub o 1 dzień roboczy.

W zakresie zarzutu nr 18 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z Rozdziału III ust. 4 pkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia następującego fragmentu: „decyzję dotyczącą gospodarowania odpadami w zakresie (zbierania lub odzysku nieszkodliwiania lub wstępnego przetwarzania)”.

W zakresie zarzutu nr 19 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień umownych (na obie części) w zakresie wprowadzenia waloryzacji cen jednostkowych, jak również wprowadzenie procedury przeprowadzenia waloryzacji oraz uwzględnienie waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych w sytuacji wzrostu kosztów

świadczenia usług w zakresie kosztów paliwa i zaproponował następujące brzmienie tzw. waloryzacji paliwowej:

„Poza przypadkami określonymi w paragrafach poprzedzających, waloryzacji podlegać będą ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wskazane w § 10 ust. 2 i 5 umowy (część 2) / § 11 ust. 2 i 5 umowy (część 1) również w przypadku zmiany (wzrostu) cen paliwa w postaci oleju napędowego (Eko diesel), określonej przez spółkę PKN Orlen S.A., w zamieszczonym na jej stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny tego paliwa, a przekraczającej 15 % w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie ogranicza maksymalnej waloryzacji wynagrodzenia, ani liczby możliwych zmian umowy na tej podstawie ani terminów jej dokonania, przy czym w przypadku kolejnych wniosków dot. waloryzacji wynagrodzenia na tej podstawie, każda kolejna zmiana wynagrodzenia powinna być możliwa w przypadku wzrostu cen za paliwo o minimum 15 % w porównaniu do cen za paliwo obowiązujących w dniu złożenia przez wykonawcę wniosku o poprzednią waloryzację na tej podstawie, na podstawie którego to wniosku doszło do zawarcia poprzedniego aneksu”.

W zakresie zarzutu nr 20 odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 5 ust. 21 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia:

„21. Wykonawca zobowiązany jest do opracowania i przedstawienia Zamawiającemu projektu harmonogramu odbierania odpadów na rok 2023 w terminie do 7 dni od dnia podpisania umowy, na rok 2024 – do 6 listopada 2023 r. Pożądane jest utrzymanie obecnie obowiązującego harmonogramu. Szczegółowe wymogi dotyczące sporządzenia i dystrybucji harmonogramu zostały opisane w załączniku nr 1 do umowy”.

Jak wynika ze znajdującej się w aktach sprawy informacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. – informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią Zamawiający zamieścił w dniu 10 lutego 2023 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania i tego samego dnia wykonawcy zostali w sposób automatyczny poinformowani mailowo przez platformę o zamieszczeniu na niej dokumentów. Termin na zgłoszenie przystąpień do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 13 lutego 2023 r. We wskazanym terminie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce. Przystąpienie to zostało uznane przez Krajową Izbę Odwoławczą za skuteczne.

Następnie w dniu 20 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie (datowana na ten dzień), w której zostało zawarte oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tj. zarzutów nr 2, 5-18 i 20 odwołania. W części dotyczących zarzutów nr 1, 3-4 i 19 odwołania Zamawiający wniósł o ich oddalenie. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że pomimo nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 3-4 odwołania dokonał zmiany treści zaskarżonych postanowień SWZ, ale w inny sposób aniżeli oczekiwał tego Odwołujący. W odniesieniu do zarzutu nr 19 odwołania Zamawiający wskazał, że nie nastąpiła zmiana postanowień SWZ dotyczących klauzuli waloryzacyjnej, co pełnomocnik Zamawiającego potwierdził także ustnie na posiedzeniu. Odpowiedź na odwołanie została wniesiona w formie elektronicznej i została podpisana przez Burmistrza Tłuszcz – Pana Pawła Marcina Bednarczyka.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 21 lutego 2023 r. pełnomocnik Odwołującego oświadczył do protokołu, że wycofuje zarzut nr 19 odwołania i jednocześnie dodał, że wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Według regulacji zawartej w art. 522 ust. 3 ustawy PZP – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, 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 części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie natomiast z art. 568 ustawy PZP Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

- 1) cofnięcia odwołania,

- 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne,
- 3) o którym mowa w art. 522.

W niniejszej sprawie zaszyły wszystkie 3 przesłanki do umorzenia postępowania, do których odnosi się regulacja art. 568 ustawy PZP. Rozpoznanie części zarzutów odwołania stało się zbędne, albowiem Zamawiający dokonał zmiany treści zaskarżonych postanowień SWZ, ale w inny sposób aniżeli w sposób zgodny z żądaniami odwołania. W odniesieniu do zarzutów nr 1, 3 i 4 odwołania przestał zatem istnieć substrat zaskarżenia, skoro zaskarżone punkty SWZ w kształcie wynikającym z treści odwołania już nie istnieją. W związku z powyższym ziszcila się przesłanka z art. 568 pkt 2 ustawy PZP. W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania Zamawiający uwzględnił zarzuty nr 2, 5-18 i 20 odwołania, natomiast Odwołujący wycofał zarzut nr 19 odwołania. Z racji tego, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca, który mógłby wnieść sprzeciw, to Izba ustaliła, że w tym zakresie zaszła podstawa do umorzenia postępowania wynikająca z art. 568 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....