

KIO 3491/24

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 4 października 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa- Ogorzałek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2024 r. przez wykonawcę – Remondis Górny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mikołów

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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.

Przewodnicząca:

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Ochrony Środowiska prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.; dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z obszaru Gminy Mikołów.”.

ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 546156-2024.

W dniu 23 września 2024 r. przez wykonawcę – Remondis Górny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1. art. 3531 k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 473 § 1 k.c., 471 k.c., 354 § 2 k.c., art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 16 pkt 2) i 3) PZP oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 ustawy PZP, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/35/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu § 3 ust. 5, 6 i 7, § 10 ust. 1 lit. m) PPU oraz pkt 4.2 OPZ w zakresie określonej w nich odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie wskazanych tam poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu mimo tego, że:

- Wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części odpadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Gminy Mikołów, podczas gdy to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia tych poziomów, czemu służy wykonywanie obowiązków określonych w treści art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, brak jest w treści dokumentacji postępowania jakichkolwiek postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego co do koniecznego współdziałania z Wykonawcą w celu wykonania narzucanego Wykonawcy jednostronnie obowiązku osiągnięcia tych poziomów, - poza odpadami odbieranymi przez Wykonawcę, na terenie Gminy Mikołów niezależnie od umowy, która zostanie zawarta w ramach niniejszego postępowania, odbierane są odpady w ramach Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalny, odbierane są odpady od części właścicieli nieruchomości niezamieszkałych przez inne podmioty wpisane do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Gminy Mikołów (w przypadku nieruchomości niezamieszkałych, których właściciele złożyli oświadczenia o wyłączeniu się z systemu gminnego), a właściciele nieruchomości (każdej) mają prawo do przekazywania odpadów także do innych miejsc zbierania odpadów na terenie gminy oraz

poza nią (tzw. punktów skupu surowców wtórnych lub punktów przyjmowania odpadów), podczas gdy dokumentacja niniejszego postępowania czyni Wykonawcę tego zamówienia publicznego odpowiedzialnym za osiągnięcie wyżej wskazanych poziomów pomimo, że właściciele nieruchomości odpady nadające się do recyklingu mogą przekazywać do innych podmiotów, a tym samym prowadzić do obniżenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na skutek działań podejmowanych przez samych właścicieli nieruchomości, - w dniu 14 kwietnia 2023 roku została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi, wprowadzająca w Polsce tzw. system kaucyjny polegający na tym, że butelki jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje o pojemności do trzech litrów, włącznie z ich zakrętkami i wieczkami z tworzyw sztucznych, z wyłączeniem szklanych lub

metalowych butelek na napoje, których zakrętki i wieczka są wykonane z tworzyw sztucznych, puszk metalowe o pojemności do jednego litra, butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do półtora litra, będą obciążone kaucją, która będzie zwracana w chwili zwrotu wyżej wskazanych opakowań do sklepów, przez co znacząco zmniejszeniu ulegnie masa odpadów segregowanych odbieranych w ramach umowy, a w konsekwencji od 1 stycznia 2025 roku nie będzie istniała możliwość wykonania obowiązków, o których mowa powyżej wobec braku odpadów nadających się do recyklingu w strumieniu odpadów, które będą przekazywane do odbioru przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy w stopniu umożliwiającym osiągnięcie tych poziomów,

- Wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jakie odpady zostaną przez mieszkańców umieszczone w pojemnikach przeznaczonych do odbioru przez Wykonawcę, wobec czego nie ma wpływu na skład tych odpadów,

2. naruszenie art. 439 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 ustawy PZP poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na Wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy dojdzie do osiągnięcia przez wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za dany rok na poziomie co najmniej 10%, podczas gdy umowa zawarta jest tylko na 12 miesięcy (co do zasady od 1 stycznia 2025 roku do 31 grudnia 2025 roku), przez co wymóg wystąpienia minimalnej zmiany na poziomie 10% jest nadwyraz wysoki, a jednocześnie kierując się tym zapisem, możliwe byłoby dopiero ubieganie się o zmianę wynagrodzenia dopiero w roku 2026, bowiem dopiero wówczas zostanie opublikowany

pierwszy wskaźnik wskazany przez Zamawiającego jako bazowy dla ubiegania się o zmianę wysokości wynagrodzenia – podczas gdy wówczas umowa już nie będzie obowiązywała,

3. art. 3531 k.c., art. 483 § 1 KC, art. 473 § 1 KC, 471 KC, 354 § 2 KC, art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 23715 ustawy Kodeks pracy oraz § 9 ust. 1, § 13 ust. 1, 3, 4 i 5, § 21 ust. 1, 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy ręcznych pracach transportowych oraz innych pracach związanych z wysiłkiem fizycznym z dnia 14 marca 2000 roku (Dz. U. z 2018 roku poz. 1139 z późn. zm.) a to poprzez ustalenie, że Wykonawca zobowiązany jest do realizacji usług stanowiących przedmiot Umowy również w istocie w takich przypadkach utrudnionych dojazdów, w których faktyczny dojazd pojazdem specjalistycznym do odbioru odpadów – nawet o zmniejszonych wymiarach, o którym mowa w pkt 5.10 OPZ – nie jest możliwy, przez co w istocie Zamawiający obliuguje do tego, aby Wykonawca naruszył przepisy obowiązujące w zakresie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy pracowników, przy czym Zamawiający wymaga w § 3 ust. 13, aby wykonawca zatrudniał operatorów śmieciarek na podstawie umów o pracę, co oznacza obowiązek stosowania przepisów z zakresu BHP.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- wykreślenia § 3 ust. 5, 6 i 7, § 10 ust. 1 lit. m) PPU oraz pkt 4.2 OPZ, ewentualnie: 4. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany § 3 ust. 5 PPU oraz pkt 4.2 OPZ, poprzez nadanie im następującej treści:

„5. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania niniejszej Umowy w celu umożliwienia Zamawiającemu osiągnięcie odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomu składowania odpadów komunalnych w wysokościach określonych w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.” i wykreślenie dalszych ust. 6 i 7 PPU oraz § 10 ust. 1 lit. m) PPU ewentualnie: 5. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany § 3 ust. 6 i 7 PPU, poprzez nadaniem im następującej treści:

„6. Zamawiający zobowiązuje się do współpracy w celu wykonania umowy, w szczególności przy przekazywaniu drogą elektroniczną informacji niezbędnych dla prawidłowego wykonywania umowy, w szczególności informowania o zmianach w liczbie i adresach nieruchomości objętych obowiązkiem odbierania odpadów komunalnych oraz sposobie gospodarowania odpadami komunalnymi. Zamawiający zobowiązuje się do:

a. wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 u.c.p.g. wobec wszystkich nieruchomości, co do których Wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania Wykonawcy o toku poszczególnych postępowań,

b. przeprowadzenia w prasie lokalnej co najmniej 6 akcji edukacyjnych polegających na publikacji zasad selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, składu odpadów najbardziej przydatnych do recyklingu oraz konsekwencji nieprawidłowego gromadzenia odpadów komunalnych, co najmniej raz w miesiącu, obejmującej co najmniej jedną szpalnę,

d. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w odniesieniu do nieruchomości wielolokalowych w ilości co najmniej 20 nieruchomości miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcie postępowań, o których mowa w ust. 1 powyżej, a także informowania o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,

e. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli miejsc, w których prowadzone jest zbieranie odpadów komunalnych na terenie Gminy Mikołów, pod kątem rzetelności ewidencjonowania przyjmowania

odpadów komunalnych przez podmioty posiadające pozwolenia na zbieranie na terenie Gminy Mikołów oraz terminowego złożenia oraz rzetelności sporządzania przez te podmioty sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 9nb u.c.p.g.

f. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli złożenia i rzetelności sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi. W przypadku zaniechania przez Zamawiającego wykonania którychkolwiek obowiązków, o których mowa powyżej, § 10 ust. 1 lit. m) Umowy nie znajduje zastosowania.” oraz poprzez dodanie w treści § 10 ust. 1 lit. m) po jego dotychczasowej treści: „przy czym należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a u.c.p.g., pomniejszona o opłaty podwyższone o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 u.c.p.g. oraz pieniężne kary administracyjne, o których mowa w art. 9x ust. 2 i 3 u.c.p.g., nałożone ostatecznymi decyzjami Burmistrza Miasta Zamawiającego lub Samorządowego Kolegium Odwoławczego, które są należne za dany rok, przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a u.c.p.g., to znaczy winien złożyć odwołanie od decyzji Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego a także wykorzystać w pełni możliwość uzyskania zawieszenia, a następnie umorzenia administracyjnej kary pieniężnej zgodnie z przepisami u.c.p.g (przy czym Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych wniosków lub środków odwoławczych, a Wykonawca winien tą argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym złożenie wniosku lub środka odwoławczego); kara ta będzie wymagalna w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, o których mowa powyżej”

6. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany § 14 ust. 1 pkt 1) lit. e tiret pierwszy PPU,

aby minimalny poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosił 5% w stosunku do kosztów aktualnych na dzień składania ofert lub na dzień poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia,

7. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany § 14 ust. 1 pkt 1) lit. e tiret drugi PPU, aby podstawą zmiany wynagrodzenia był łączna zmiana miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, o wartość minimum 5 punktów, według wzoru:  $[W1 + W2 + \dots + Wn \dots - (n * 100)] \geq 5$ , gdzie: W – miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, n – liczba miesięcy pomiędzy terminem składania ofert a ostatnim opublikowanym wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych przed złożeniem wniosku o zmianę wynagrodzenia.

8. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany § 3 PPU poprzez dodanie nowego ust. 12a o następującej treści: „Wykonawca nie jest zobowiązany do wykonania usługi w odniesieniu do takiej nieruchomości, do której występuje brak możliwości dojazdu – tymczasowy lub stały – również pojazdem wymaganym w pkt 5.10 OPZ, jeśli wymagałoby od operatorów śmieciarek, zatrudnionych zgodnie z ust. 13 poniżej, przenoszenia odpadów na odległość większą niż 25 metrów lub innego naruszenia treści Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy ręcznych pracach transportowych oraz innych pracach związanych z wysiłkiem fizycznym z dnia 14 marca 2000 roku (Dz. U. z 2018 roku poz. 1139)”.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 3 października 2024 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględniła całości zarzuty odwołania i dokonana modyfikacji dokumentów zamówienia zgodnie z żądaniem odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie

odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejsze ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: .....