

## Sygn. akt KIO 3940/24 POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 7 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 listopada 2024 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2024 r. przez wykonawcę FCC Podhale Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Targu

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nowy Targ

### postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) na rzecz FCC Podhale Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Targu poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

Na niniejsze postanowienie 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 3940/24

### Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Nowy Targ prowadzi postępowanie pn. „Zagospodarowanie, odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Nowy Targ w okresie od dnia 1 stycznia 2025r. do dnia 31 grudnia 2025 r.”, Oznaczenie sprawy: GPIZPI.271.3.1.2024, Nr publikacji ogłoszenia w Dzienniku UE: 620078-2024, data publikacji: 14.10.2024, dalej: „Postępowanie”.

Odwołujący: FCC Podhale Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Targu wniósł 24 października 2024 r. odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostało wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1.art. 99 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny i w zw. z art. 3531 w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób kreujący obowiązek wykonawcy, który jest niemożliwy do zrealizowania. Obowiązkiem tym jest osiągnięcie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach („poziomu recyklingu”), który ustawodawca nakłada na Zamawiającego, a który to obowiązek, na podstawie postanowień § 9 ust. 1 pkt 22 i 23 wzoru umowy oraz § 2 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający przenosi na wykonawcę, pomimo, że wykonawca nie jest adresatem normy prawnej określonej w ww przepisie ustawy (nie posiada uprawnień do egzekwowania od mieszkańców prawidłowego segregowania odpadów) oraz z pominięciem faktów, zgodnie z którymi:

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

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

c)z najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych

poziomów, spadającego popytu na surowce,

z powyżej wskazanych powodów Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określił SWZ w zakresie dot. obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów recyklingu w sposób niemożliwy do zrealizowania przez wykonawcę, a do tego na podstawie postanowień § 9 ust. 1 pkt 22 i 23 wzoru umowy oraz § 2 ust. 8 wzoru umowy ustanowił kary umowne za niewykonanie tego obowiązku, co więcej w oraz § 9 ust. 1 pkt 22 i 23 wzoru umowy przewidział sankcję w postaci odstąpienia od umowy w przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu, co stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współzycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty; ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny):

2.naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 3531 oraz art. 5 w zw. z art. 483 § 1 k.c. przez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu tj. postanowień § 9 ust. 1 pkt 22 i 23 wzoru umowy w wysokości rażąco wysokiej Zamawiający ustanowił rażąco niewspółmierną i wygórowaną sankcję w postaci odstąpienia od umowy w sytuacji braku uzyskania przez Wykonawcę poziomu recyklingu, z pominięciem przez Zamawiającego, że:

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

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

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

W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 9 ust. 1 pkt 22 i 23 wzoru umowy stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;

3.art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 Pzp przez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy na mocy ustawy dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „nowelizacja u.g.o.”) od 1 stycznia 2025 r. wejdzie w życie tzw. system kaucyjny. Zmiany, które ww akt prawny wprowadzi, mają kluczowe znaczenie dla określenia sposobu organizacji realizacji usługi ponieważ przekładają się bezpośrednio na wielkość przedmiotu zamówienia. System kaucyjny obejmuje jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych o pojemności do 3 litrów, szklane butelki wielokrotnego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra., trudno jest w chwili obecnej ustalić jakie konsekwencje wywoła system kaucyjny na realizację przedmiotowego zamówienia, jednak aby móc dokonać modyfikacji zmiany umowy w sposób odpowiadający konsekwencjom tej ustawy, konieczne jest wprowadzenie do postanowień wzoru umowy odpowiedniej regulacji dopuszczającym zmianę postanowień umowy. Brak takich postanowień powoduje naruszenie równowagi stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę wszystkie ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć – powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.W zakresie zarzutu nr 1 – nakazanie Zamawiającemu wykreślenie kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 9 ust. 1 pkt 22 i 23 wzoru umowy.

2.W zakresie zarzutu nr 2 – nakazanie Zamawiającemu obniżenie wysokości kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 9 ust. 1 pkt 22 i 23 wzoru umowy do poziomu maksymalnie 5% wartości kary jaką zapłacić ewentualnie będzie musiał Zamawiający w przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu;

3. W zakresie zarzutu nr 3 – wprowadzenia do § 11 wzoru umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie systemu kaucyjnego od 1 stycznia 2025 r., możliwość zmiany obejmować musi: ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy;

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej dnia 7 listopada 2024 r. oświadczył, że zarzuty przedstawione przez odwołującego uwzględni w całości.

Wobec powyższego zaistniały podstawy do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W konsekwencji postępowanie odwoławcze należy umorzyć na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy Pzp wskazanej powyżej oraz § 9 ust. 1 pkt 2b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), z których wynika, że w taki sposób sprawy dokonuje się zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:**

.....