

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 20 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Mikołaj Kraska ..

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 20 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2024 r. przez wykonawcę Partner D.A. sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kampinos

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Partner D.A. sp. z o.o. w Warszawie, uiszczonej 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 4041/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Kampinos prowadzi postępowanie na odbiór i zagospodarowanie poprzez odzysk lub unieszkodliwienie odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów segregowanych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Kampinos. Wewnętrzny identyfikator: FZ.271.9.2024.EK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 października 2024 r., pod nr: 2024/S 205-634388. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 31 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Partner D.A. Sp. z o.o. w Warszawie (dalej jako: „Odwołujący”) wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) w zw. z art. 16 PZP, art. 431 PZP, art. 433 pkt 2 i pkt 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 399 ze zm., dalej jako: „Ucpg”) i § 3 ust. 5 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1530, dalej jako: „Rozporządzenie”) poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia obowiązku osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz;

2) art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 471 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 3b Ucpg i § 3 ust. 5 Rozporządzenia poprzez zastrzeżenie w § 8 ust. 1 pkt 12 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 10 do SWZ) kar umownych za niewywiązanie się z obowiązku osiągnięcia poziomu odzysku odpadów w wysokości rażąco wygórowanej;

pomimo że to Zamawiający jest odpowiedzialny za osiągnięcie tych poziomów, a ponadto działania wykonawcy mają zaledwie marginalny wpływ na osiągnięcie tych poziomów, których osiągnięcie zależne jest przede wszystkim od działań podejmowanych przez Zamawiającego oraz mieszkańców gminy, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego z uwagi na zakres zamówienia, który nie obejmuje wszystkich odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy Kampinos, wpływ Zamawiającego na uzyskiwane poziomy odzysku i recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięcie poziomu. W ocenie wykonawcy, takie działanie Zamawiającego narusza równowagę stron umowy oraz zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji, jako że zakłada nadmierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, na osiągnięcie których wykonawca nie ma wyłącznego

wplywu, co jednocześnie jest sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego;

3)art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez wprowadzenie w § 4 ust. 1 pkt 2 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 10 do SWZ) obowiązku kierowania bioodpadów stanowiących odpady komunalne do instalacji posiadających dotychczas status RIPOK, w sytuacji gdy regionalizację w zakresie gospodarowania odpadami zniesiono z dniem 6 września 2019 r., na mocy ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, którą dokonano m.in. uchylecia art. 20 ust. 7 pkt 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach i co jednocześnie stanowi o obowiązku zagospodarowywania tych odpadów w instalacjach komunalnych a nie instalacjach dedykowanych do przetwarzania odpadów biodegradowalnych;

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących zmian treści SWZ:

- 1)w zakresie części II pkt 1 ppkt 1 SWZ poprzez wykreślenie słów: „osiągnięcie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu (...) w tym w szczególności rozporządzenie z dnia 3 sierpnia 2021 r. Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530)”,
- 2)w zakresie treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 11 do SWZ), na str. 1 poprzez wykreślenie słów: „osiągnięcie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu (...) w tym w szczególności rozporządzenie z dnia 3 sierpnia 2021 r. Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530)”,
- 3)w zakresie treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 11 do SWZ), w pkt VI ust. 4 ppkt 4 (str. 9) poprzez wykreślenie słów: „w sposób zapewniający wywiązywanie Gminy z obowiązków nałożonych w rozporządzeniach wydanych na podstawie art. 3b ust. 2 ustawy z dn. 13 września 2012 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. z 2023 r., poz. 399), tj.: a) rozporządzenie z dnia ” i zastąpienie ich obowiązkiem dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych określonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,
- 4)w zakresie treści istotnych postanowień umowy (załącznik nr 10 do SWZ) poprzez wykreślenie z § 1 ust. 2 słów: „osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz”,
- 5)w zakresie treści istotnych postanowień umowy (załącznik nr 10 do SWZ) poprzez wykreślenie postanowienia § 4 ust. 1 pkt 6,
- 6)w zakresie treści istotnych postanowień umowy (załącznik nr 10 do SWZ) poprzez wykreślenie postanowienia § 8 ust. 1 pkt 12,
- 7)w zakresie treści istotnych postanowień umowy (załącznik nr 10 do SWZ) poprzez wykreślenie z postanowienia § 4 ust. 1 pkt 2 słów: „posiadających dotychczas status RIPOK”.

Jak zastrzegł, wniosek Odwołującego obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Ponadto, Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jak uzasadnił w odwołaniu, w zakresie odnoszącym się do zarzutu 1 i 2, wprowadzony w dokumentach zamówienia (w części II ust. 1 ppkt 1 SWZ, § 1 ust. 2 istotnych postanowień umowy, § 4 ust. 1 pkt 6 istotnych postanowień umowy oraz w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia – na str. 1 oraz w pkt VI ust. 4 ppkt 4) obowiązek osiągnięcia przez wykonawcę poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powołał się również na mający zostać wprowadzony od 1 stycznia 2025 r. systemu kaucyjny, który jego zdaniem spowoduje odpływ opadów, które nadają się do recyklingu, ze strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Odnosząc się do zarzutu 3, Odwołujący podniósł, że w § 4 ust. 1 pkt 2 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 10 do SWZ) Zamawiający, kształtując opis przedmiotu zamówienia, nałożył na wykonawcę obowiązki nieznajdujące podstaw w powszechnie obowiązujących przepisach, skoro regionalizacja w zakresie gospodarowania odpadami została zniesiona z dniem 6 września 2019 r. – jak wskazał, na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy nowelizującej z 19 lipca 2019 r. „regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych” zostały przekształcone w „instalacje komunalne”, o których mowa w art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach.

W odpowiedzi z dnia 15 listopada 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wskazał, że uwzględnił zarzut nr 3 odwołania, w związku z czym dnia 8 listopada 2024 r. dokonał zmiany w zakresie § 4 ust. 1 pkt 2 istotnych postanowień umowy

(załącznik nr 10 do SWZ) poprzez zastąpienie odniesienia się do „instalacji posiadających dotychczas status RIPOK, odniesieniem się do „instalacji komunalnych”. W pozostałym zakresie, wniósł o oddalenie odwołania tj. co do zarzutów nr 1 i 2. Podniósł, że Gmina jako Zamawiający ma prawo, przenieść obowiązki nałożone na nią w art. 3b ust. 1 Ucpg na wykonawcę jako wyspecjalizowany podmiot gospodarczy, zapewniając sobie w ten sposób prawidłową realizację usług, skoro obowiązki wykonawcy opisane w Projekcie umowy są powieleniem obowiązków nałożonych na Gminę przez ustawodawcę. Dodał, że jego zdaniem, istotne postanowienia umowy (Załącznik nr 10 do SWZ) nie zawierają postanowień naruszających zasady współżycia społecznego czy zaburzających równowagę stron umowy i nie obciążają nadmiernie wykonawcy w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział karę umowną za niewywiązanie się z poziomu odzysku odpadów odpowiadającej ew. karze nałożonej na Gminę Kampinos, której wysokość zostałaby wyliczona zgodnie z przepisami Ucpg. Z drugiej strony, brak tego rodzaju zastrzeżeń umownych, zdaniem Gminy Kampinos spowodowałoby brak możliwości przymuszenia wykonawcy do wykonania ww. obowiązków i brak zainteresowania wykonawcy w tym zakresie. Podniósł ponadto, że Odwołujący się realizuje obecnie analogiczne zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów na podstawie umowy zawartej z Gminą Kampinos obejmującej lata 2023-2024 r., zaś w dokumentacji postępowania oraz łączącej strony umowie, Zamawiający przewidział tożsame kary umowne, jak te, które obecnie są przez Odwołującego kwestionowane. Dodał, że Odwołujący nie udowodnił, jakoby po wdrożeniu systemu kaucyjnego w 2025 r. znacząca ilość odpadów ze strumienia odpadów podlegających recyklingowi nie była już odbierana w ramach umowy zawartej z wykonawcą oraz jakiej ilości to dotyczy. Podtrzymując powyższą argumentację wskazał jednak, że wychodząc naprzeciw wnioskowi odwołania dotyczącemu zarzutu 1 i 2, w dniu 8 listopada 2024 r. dokonał modyfikacji istotnych postanowień umowy (załącznik nr 10 do SWZ) w zakresie dotyczącym § 7 ust. 2 pkt 1 i § 9 ust. 2 pkt c) wskutek czego, jego zdaniem zdefiniowana została otwartość Zamawiającego na współpracę przy opracowaniu właściwych mechanizmów działania będących odpowiedzią na faktyczne skutki wprowadzenia tzw. „systemu kaucyjnego”. Ponadto, ze względu na charakter motywacyjny kary umownej nie przychylił się do wniosku Odwołującego o całkowite wykreślenie § 8 ust. 1 pkt 12 istotnych postanowień umowy, lecz zmodyfikował sposób jej wyliczenia i przesłanki jej naliczenia oraz odstąpienia od jej naliczenia z uwzględnieniem interesu wykonawcy.

W związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego w części do zarzutu 3, Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania w tym zakresie. Nadto, oświadczeniem złożonym na rozprawie Odwołujący cofnął odwołanie w pozostałym zakresie.

W postępowaniu odwoławczym nikt nie zgłosił przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zawierało brak formalny w postaci niedołączenia dowodu przekazania odwołania zamawiającemu. Brak ten został uzupełniony prawidłowo w terminie wyznaczonym w wezwaniu Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Zamawiający przed otwarciem rozprawy, w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że uwzględnia zarzut nr 3 odwołania, zaś w zakresie zarzutu 1 i 2 zmodyfikował niektóre postanowienia SWZ, jakkolwiek nie w sposób zgodny z wnioskami odwołania, to jednak w miarę możliwości wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego. W związku z dokonanymi zmianami w SWZ, częściowo uwzględniającymi interes Odwołującego, Partner D.A. Sp. z o.o. na rozprawie oświadczył, że cofa odwołanie.

Wobec powyższego, w świetle brzmienia art. 568 pkt 1) i pkt 3) w zw. z art. 522 ust. 3 PZP, konieczne stało się umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego. 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. Z kolei, zgodnie z art. 520 PZP, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 574 PZP oraz § 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. poz. 2437 ze zm.), z których to regulacji wynika, że jeżeli postępowanie zostało umorzone na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego przed otwarciem rozprawy zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, zaś pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane i w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca - koszty, o których mowa w ww. rozporządzenia, znosi się wzajemnie i orzeka się o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu. W ocenie Izby, przepis ten nie uzależnia obowiązku zwrotu odwołującemu kwoty uiszczony tytułem wpisu od momentu wycofania przez niego pozostałych zarzutów

odwołania, jeżeli wycofanie to pozostaje w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów w części przed otwarciem rozprawy.

Przewodnicząca: