

Sygn. akt: KIO 4073/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 25 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Rafał Komoń

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 25 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawcę **REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Waśniów, ul. Rynek 24, 27-425 Waśniów**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

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 4073/24

Uzasadnienie

Gmina Waśniów, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Waśniów na lata 2025- 2026.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2024 pod numerem 644079-2024.

W dniu 4 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 j.t. ze zm.), zwanej dalej: „k.c.” w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tzw. „poziomów recyklingu” w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych "u źródła", przeważającego udziału zmieszanych odpadów w całym strumieniu odpadów, jaki ma odebrać wykonawca w ramach zamówienia, sposobu obliczania poziomów recyklingu, wchodzącego w życie systemu kaucyjnego, który wpłynie na „jakość” strumienia odpadów, uwarunkowań technologicznych i rynkowych, w szczególności rygorystycznych wymogów stawianych przez recyklerów umożliwiających przekazanie odpadów do recyklingu, roli, jaką zamawiający odgrywa w systemie gospodarki odpadami gminy) czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia (z przyczyn niezależnych od wykonawcy) obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ucpg”) w wysokości 55 % dla roku 2025 i 56% dla roku 2026, sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej (§7 ust. 1 Umowy), co z kolei narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności a także zasady współzycia społecznego, a w konsekwencji uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty (§1 ust. 1 Umowy, rozdz. II ust. 7 pkt 2 OPZ); ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu) 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez sporządzenie Umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający zastrzega na swoją rzecz karę umowną za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu w wysokości rażąco wygórowanej i naruszającej zasadę proporcjonalności w tym znaczeniu, że zamawiający (przy ustalaniu wysokości tej kary i przenosząc na wykonawcę całe ryzyko nieosiągnięcia poziomów recyklingu) nie uwzględnił faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale przede wszystkim działania zamawiającego, jak również tego, że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów przez

mieszkańców (tzw. zbiórka „u źródła”), wielkości udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów, jakie odbiera wykonawca, a także od uwarunkowań technicznych i rynkowych (w szczególności od popytu na surowce, wymagań recyklerów) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów (§7 ust. 1 Umowy);

2.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy

oraz nie umożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim zamawiający wymaga od wykonawcy złożenia kosztorysu zawierającego istotne elementy cenotwórcze stanowiące podstawę ceny ofertowej wykonawcy, który ma stanowić bazowy materiał porównawczy w stosunku do kalkulacji wtórnej przedstawionej we wniosku o waloryzację, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że nieprzekazanie kosztorysu lub przekazanie kosztorysu niekompletnego, nieprecyzyjnego, niejasnego, nierzetelnego lub niespójnego będzie stanowić podstawę do odmowy waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na brak możliwości realnej weryfikacji wniosku względem uwarunkowań ofertowych, co jest sformułowaniem nieprecyzyjnym, niepozwalającym na ustalenie, jakie warunki musi spełniać kosztorys, aby być uznanym za spójny, jasny i rzetelny, i jakie elementy ma zawierać, co w praktyce oznaczać będzie wyposażenie zamawiającego w bardzo szerokie uprawnienie do kwestionowania możliwości ubiegania się przez wykonawcę o waloryzację wynagrodzenia, może prowadzić do nadużyć ze strony zamawiającego, a w konsekwencji także wypaczać istotę klauzuli waloryzacyjnej (§6 ust. 18 Umowy);

3.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1-4 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowanie ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego poprzez sformułowanie przez zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej w sposób niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny, co z jednej strony uniemożliwia wykonawcom należyte skalkulowanie ryzyka kontraktowego, jakim jest wzrost cen świadczonych usług, a z drugiej strony czyni tę klauzulę pozorną i niespełniającą swojego celu, bowiem niejednoznaczność §6 ust. 18 i nast. Umowy powoduje, że nie jest wiadome, po spełnieniu jakich warunków wykonawca będzie mógł ubiegać się o zmianę wynagrodzenia i według jakiego mechanizmu następować będzie ta zmiana, co w praktyce powodować będzie niemożność skutecznego dokonywania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (§6 ust. 18 i nast. Umowy);

4.art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie

warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nie umożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim zamawiający uzależnia możliwość złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia od zmiany ceny materiałów lub kosztów o co najmniej 5%, co jest poziomem zbyt wygórowanym mając na uwadze aktualną sytuację rynkową, a jednocześnie wskazuje, że łączna wysokość zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie może przekroczyć 15% wartości wynagrodzenia wykonawcy, co z kolei jest progiem skrajnie niskim, a w konsekwencji czyni projektowaną przez zamawiającego klauzulę waloryzacyjną związaną ze zmianą cen materiałów lub kosztów pozorną, niezgodną z celem, jakemu klauzula ma służyć, zwłaszcza że zgodnie z literalnym brzmieniem §6 ust. 25 Umowy określony przez zamawiającego maksymalny poziom waloryzacji, przy dwuletnim zamówieniu, odnosi się do wszystkich przesłanek waloryzacji umowy a nie tylko tych, spowodowanych wzrostem cen materiałów lub kosztów (§6 ust. 18 i nast. Umowy);

Odwolujący wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ i Umowy poprzez:

Co do poziomów recyklingu

1.Zmianę postanowień §1 ust. 1 Umowy i rozdz. II ust. 7 pkt 2 OPZ poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie do realizacji usługi w sposób, który umożliwi w jak największym stopniu uzyskanie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz usunięcie postanowień §7 ust. 1 i 2 Umowy dotyczących kar za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu.

względnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 petitum odwołania)

Zmianę §7 ust. 1 Umowy poprzez obniżenie wysokości współczynnika, w oparciu o który zostanie wyliczona kara umowna tak, aby wykonawca i Zamawiający w równym stopniu odpowiadali za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, czyli na przykład poprzez wprowadzenie następującego zapisu:

„Kary pieniężne, o których mowa w ust. 1, oblicza się jako iloczyn stawki 172 zł (połowa stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 291 ust.1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2024 r. poz. 54 j.t. ze zm.) obowiązującej w dniu składania ofert) i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku

innymi metodami”, przy jednoczesnym pozostawieniu zapisu §7 ust. 2 Umowy.

Co do waloryzacji

2. Wykreślenie z §6 ust. 18 zdania: „Nieprzekazanie kosztorysu lub przekazanie kosztorysu niekompletnego, nieprecyzyjnego, niejasnego, nierzetelnego lub niespójnego będzie stanowić podstawę do odmowy waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na brak możliwości realnej weryfikacji wniosku względem uwarunkowań ofertowych.”;

3. Zmianę §6 Umowy poprzez sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób jednoznaczny i wewnętrznie spójny – przede wszystkim poprzez jednoznaczne wskazanie, w jaki sposób ustalana będzie zmiana wynagrodzenia i w jaki sposób określany będzie wpływ zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, jak również poprzez jednoznaczne i uwzględniające aktualną sytuację rynkową określenie poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniających strony do żądania zmiany wynagrodzenia i maksymalnego poziomu zmiany cen, tj. na przykład w następujący sposób:

B. zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia innych niż wskazanych w lit. A.a. – lit. A.e. powyżej, względem cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy względem cen obowiązujących w dniu składania ofert, tj. w przypadku obniżenia lub wzrostu:

a) cen przyjęcia do zagospodarowania odpadów komunalnych objętych przedmiotem umowy przez instalacje określone w §4 ust. 12 Umowy, do których wykonawca przekazuje odebrane odpady komunalne z terenu Gminy Waśniów, o więcej niż 3% względem ceny obowiązującej na dzień składania ofert, lub

b) cen paliwa (średnia cena paliwa w hurcie z okresu 6 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku) o więcej niż 3% względem ceny z dnia składania ofert,

o uprzednim złożeniu przez Wykonawcę lub zamawiającego wniosku o zmianę cen jednostkowych, o których mowa w §6 ust. 4-6 Umowy, przy czym z pierwszym wnioskiem strona będzie mogła wystąpić po upływie 6 miesięcy od zawarcia umowy.

Wnioskodawca powinien wykazać bezpośredni wpływ wzrostu cen na koszty wykonania Przedmiotu Umowy, zarówno co do faktu, jak i co do wysokości, przedstawiając na to następujące dowody, tj.,

a) obowiązujący po zmianach cennik przyjęcia odpadów przez instalację oraz cennik przyjęcia odpadów przez instalację obowiązujący w dniu składania ofert – w przypadku odpadów zbieranych selektywnie wyciągnięta zostanie średnia arytmetyczna cen obowiązujących w poszczególnych instalacjach wskazanych w §4 ust. 12 Umowy; w przypadku kolejnego wniosku okresem referencyjnym dla badania poziomu zmiany cen będzie okres od dnia złożenia ostatniego wniosku do dnia poprzedzającego złożenie aktualnego wniosku o zmianę wynagrodzenia,

lub (w zależności od tego, z uwagi na wzrost jakiego kosztu dokonana ma być waloryzacja)

b) zestawienie cen hurtowych paliw na podstawie archiwum cen publikowanych przez Orlen z okresu 6 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku wraz ze średnią ceną paliwa w hurcie z tego okresu oraz udokumentować cenę paliwa z dnia składania ofert; w przypadku kolejnego wniosku okresem referencyjnym dla badania poziomu zmiany cen będzie okres od dnia złożenia ostatniego wniosku do dnia poprzedzającego złożenie aktualnego wniosku o zmianę wynagrodzenia.

Wniosek zostanie rozpoznany w ciągu 14 dni od dnia złożenia wniosku. Z kolejnym wnioskiem o zmianę wysokości wynagrodzenia strona będzie mogła wystąpić po upływie 3 miesięcy od złożenia poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia z tego tytułu. Maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia z uwagi na zmiany cen w instalacjach przyjmujących odpady lub zmiany cen paliwa może wynieść do 15% dla każdej z cen jednostkowych.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że wskazane powyżej żądania obejmują także konieczność ewentualnej modyfikacji innych postanowień zawartych w dokumentach zamówienia, które nie zostały wprost wyartykułowane w żądaniu, ale stanowią konsekwencję lub wynikają wprost z żądanych zmian, w związku z czym również powinny zostać wprowadzone.

Zamawiający kopię odwołania opublikował w dniu 5 listopada 2024 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 8 listopada 2024 r. W tym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 22 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło „Stanowisko zamawiającego w przedmiocie zarzutów odwołania”, w którym zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego:

a) poziomu recyklingu – w części dotyczącej sposobu sformułowania kar umownych i w

konsekwencji modyfikuje § 7 ust. 1 Załącznika nr 2 do SWZ – „Projektowane postanowienia umowne”,

b) waloryzacji wynagrodzenia – w części dotyczącej sposobu określenia koszyka waloryzacyjnego i zasad waloryzacji wynagrodzenia i w konsekwencji modyfikuje § 6 ust. 19 lit. B. i następne Załącznika nr 2 do SWZ – „Projektowane

postanowienia umowne”.

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 22 listopada 2024 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło Oświadczenie odwołującego, w którym odwołujący oświadczył, że w związku z częściowym uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania (tj. zarzutu ewentualnego z pkt 1 petitum odwołania dotyczącego sposobu wyliczania kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, oraz zarzutu z pkt 3 i 4 petitum odwołania dotyczących klauzuli waloryzacyjnej) cofa pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, a w pozostałym zakresie odwołujący cofnął odwołanie, zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania, o których mowa w art. 568 pkt 1) i 3) ustawy Pzp a tym samym postępowanie podlega umorzeniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 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).

Przewodnicząca: