Sygn. akt: KIO 4321/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 28 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Elżbieta Dobrenko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 28 listopada 2024 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
18 listopada 2024 r. przez wykonawcę FCC Podhale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu
w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Bukowina Tatrzańska

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze;

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wnoszącego odwołanie wykonawcy FCC Podhale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu kwoty13 550 zł 00 gr (trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty 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 4321/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Bukowina Tatrzańska, dalej: „*Zamawiający*" prowadzi postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Odbiór
i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych
i niezamieszkałych na terenie Gminy Bukowina Tatrzańska", dalej: „*Postępowanie*".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
6 listopada 2024 r. pod numerem 676609-2024.
W dniu 18 listopada 2024 r. wykonawca FCC Podhale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu, dalej: „*Odwołujący*" wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ", OPZ oraz niezgodnych
z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy
w sprawie zamówienia publicznego.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wynikającym z postanowień § 6 ust 2 i ust. 3 wzoru umowy oraz § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, gdzie Zamawiający nie określa w jaki sposób ustalany będzie stopień przyczynienia się Wykonawcy do nieosiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania pomimo, że na podstawie postanowień § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, od „stopnia przyczynienia się Wykonawcy" uzależniona ma być wysokość kary umownej nakładanej przez Zamawiającego na Wykonawcę. Tak ukształtowana klauzula kary umownej jest nieprawidłowa, bowiem na jej podstawie nie istnieje możliwość ustalenia jednoznacznie jaka kara umowna „grozi" Wykonawcy w przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu. Innymi słowy Wykonawca nie może uzyskać z treści tych postanowień umownych informacji w jakim stopniu i jaka Wykonawca ponosić ma odpowiedzialność (jak oszacować cenę oferty, jakie koszty związane z ryzykiem zapłaty kar umownych wliczyć w cenę oferty), co czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i powoduje, że każdy z Wykonawców zakładać będzie inne parametry realizacji usługi, co doprowadzi do złożenia ofert w tym Postępowaniu, które nie będą możliwe do porównania;

ewentualnie, w wypadku nieuwzględnienia Zarzutu nr 1:

2.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c." i w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez 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 (dalej: „poziomu recyklingu"), który ustawodawca nakłada na Zamawiającego,

a który to obowiązek, na podstawie postanowień § 6 ust 2 i ust. 3 wzoru umowy oraz § 10 ust. 1 pkt 2 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 w 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. Zaznaczenia wymaga, że nie jest znana skala odpływu cennych dla osiągnięcia poziomów recyklingu odpadów, bo wykazujących wysoki stopień recyklingu, natomiast mechanizm „proporcjonalnego doliczania" nie jest wskazany w dokumentacji Postępowania.

Co więcej wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, ale pewnym jest, że znacznie obniży możliwości Wykonawcy osiągnięcia poziomów recyklingu, co więcej może być znacznie wyższy niż procent doliczonej masy odpadów opakowaniowych do osiągniętego samodzielnie przez Wykonawcę poziomu recyklingu;

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 we wzorze umowy w zakresie dot. obowiązku osiągnięcia rocznych poziomów recyklingu w sposób niemożliwy do zrealizowania przez wykonawcę, a do tego na podstawie postanowień § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ustanowił kary umowne za niewykonanie tego obowiązku, co stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty;

3.art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 436 pkt 4 lit. b ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC poprzez sformułowanie w:

a) § 17 wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, zgodnie z którą:

1) podstawą do ustalenia poziomu zmiany wynagrodzenia Wykonawcy jest poziom wzrostu lub spadku cen lub kosztów realizacji zamówienia przekraczający 20% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty i utrzymujący się na tym poziomie przez okres co najmniej 6 miesięcy. Ustalenie tak wysokiego progu procentowego - 20%, który ma utrzymywać się przez 6 miesięcy, w zestawieniu z uprawnieniem do waloryzacji po upływie 9 miesięcy trwania umowy powoduje oraz w związku z faktem, że umowa zawarta jest na 12 miesięcy, że klauzula waloryzacyjna jest pozorna. W normalnych realiach, zgodnie ze znanymi w chwili ogłoszenia Postępowania prognozami gospodarczymi, nie będzie mogła być zastosowana, zatem tak ustalony poziom wskaźnika czyni postanowienia § 17 wzoru umowy klauzulą pozorną;

2) zmiana wynagrodzenia na skutek przeprowadzenia waloryzacji następować ma zgodnie z § 17 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy po 9 miesiącach, podczas gdy zmiana wynagrodzenia następować powinna od czasu, w którym Wykonawca rozpoczął ponosić podwyższone koszty realizacji usługi, na skutek zaistnienia wzrostu kosztów;

3) Zamawiający w taki sposób ukształtował klauzulę waloryzacyjną, że nie wynika z jej treści obowiązek przeprowadzenia waloryzacji – a jedynie jak napisał Zamawiający: „może podlegać zmianie" – zatem Zamawiający w tak podanej klauzuli przewiduje możliwość, ewentualność zmiany, podczas gdy z klauzuli waloryzacyjnej wynikać powinno, że w sytuacji zaistnienia przesłanek do zmiany wynagrodzenia – strony zobowiązane są do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego, zmiana ma charakter niejako automatyczny, bez względu na wolę stron;

4)Maksymalny wzrost wynagrodzenia na skutek waloryzacji to 10 % wartości netto wynagrodzenia z § 8 wzoru umowy, podczas gdy maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia powinna wynosić 20% wartości netto wynagrodzenia z § 8 wzoru umowy;

Z tych powodów Zamawiający dokonał naruszenia wskazanych powyżej przepisów i ukształtował klauzulę waloryzacyjną w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej

i zgodnej z celem przepisów ustawy pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są usługi, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Ponadto Zamawiający ukształtował warunki 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 sposób sprzeczny z regulacją ustawy pzp. Tak sformułowana klauzula prowadzi do obejścia przepisów prawa i czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną;

4. art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez 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.") w 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 realizacje 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;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. W zakresie zarzutu nr 1 i nr 2 – nakazanie Zamawiającemu wykreślenie kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy oraz dokonanie zmiany postanowień § 6 ust. 2 i ust. 3 wzoru umowy w taki sposób, aby Zamawiający nakładał na Wykonawcę obowiązek dążenia do osiągnięcia najwyższego możliwego poziomu recyklingu;
2. W zakresie zarzutu nr 3, dot. klauzul waloryzacyjnych dokonanie zmiany treści § 17 wzoru umowy w taki sposób, aby uzyskał brzmienie:

   Strony dopuszczają następujące okoliczności możliwości zmiany postanowień umowy w zakresie dotyczącym wynagrodzenia w przypadku:

   1)zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia z uwzględnieniem następujących reguł:

   a) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów wyliczonych w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 2%;

   b) podstawą do ustalenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest wskaźnik cen i towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego obowiązujący w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert;

   c) zmiany wynagrodzenia opisane w ust.1 pkt 1 mogą nastąpić najwcześniej po upływie 3 miesięcy realizacji umowy;

   d) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający wynosi 20% wartości netto wynagrodzenia § 8 niniejszej umowy. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala co najmniej 2 % w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień złożenia wniosku waloryzacyjnego.

   e) powyższa zmiana nastąpi na pisemny wniosek Wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany do składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia w okresach kwartalnych (tj. 3-miesięcznych począwszy od miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpił moment spełnienia warunków do waloryzacji wynagrodzenia) ze szczegółowym wyjaśnieniem wzrostu wynagrodzenia wynikającego z waloryzacji. Zamawiający po otrzymaniu wniosku analizuje go i po akceptacji podnosi wartość wynagrodzenia. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy wraz z wnioskiem, o którym mowa powyżej składa oświadczenie o braku udziału podwykonawców w realizacji niniejszej umowy. W przypadku, gdy przy realizacji niniejszej umowy będą brali udział podwykonawcy,

Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, o ile spełnione zostaną przesłanki,
o których mowa w art. 439 ust. 5 ustawy.

f) Strona Umowy, która otrzyma wniosek o waloryzację wynagrodzenia zobowiązana będzie w ciągu 7 dni do udzielenia odpowiedzi czy wyraża zgodę na waloryzację, czy wymaga uzupełnienia wątpliwości, brak stanowiska Strony w terminie 7 dni Strony Umowy uznają za wyrażenie zgody na wnioskowane warunki waloryzacji opisane we wniosku waloryzacyjnym.
W przypadku wystąpienia wątpliwości co do zakresu wniosku waloryzacyjnego
w ciągu 7 dni od jego otrzymania Strona Umowy zobowiązana jest do wskazania jakich informacji jeszcze potrzebuje, aby uwzględnić wniosek lub wskazać wątpliwości, na które druga Strona Umowy musi odpowiedzieć w ciągu 7 dni od daty otrzymania pisma z tymi informacjami.
Waloryzacja wynagrodzeni obowiązywać będzie od daty złożenia wniosku, tj. aneks do umowy ustalający zmianę wynagrodzenia obowiązywał będzie Strony od daty złożenia wniosku waloryzacyjnego. Odmowa wyrażenia zgody na waloryzację wymaga szczegółowego uzasadnienia faktycznego na piśmie.

3. W zakresie zarzutu nr 4 – wprowadzenia do § 13 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 2025 r., możliwość zmiany obejmować musi: ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy;

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w terminie przewidzianym w art. 525 ust.
2 ustawy Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

W piśmie z 27 listopada 2024 r. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy.

Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do art. 557 ustawy Pzp
i § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a z 2020 r. poz. 2437), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 13 500,00 zł, stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Uwzględniając powyższe, postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……