**Sygn. akt: KIO 4256/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 27 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2024 r. przez wykonawcę EKOSAM BIS sp. z o.o. w Jakubowie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Węgrów

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść 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 EKOSAM BIS sp. z o.o. w Jakubowie, 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 4256/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający, Miasto Węgrów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta Węgrowa w latach 2025-2026 (II podejście). Numer referencyjny: FEiZP.271.1.7.2024 (II podejście). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 listopada 2024 r., pod nr: 2024/S 214-668995. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 14 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy EKOSAM BIS Sp. z o.o. w Jakubowie wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP”)w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w z art. $353^1$ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 PZP poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych (§ 10 ust. 1, 2, 3 i ust. 4 Wzoru umowy - Załącznik nr 7 do SWZ), gdzie Zamawiający zastrzegł, że w przypadku nieosiągnięcia poziomów, o których mowa w § 7 umowy, Zamawiający obciąży wykonawcę kwotą wynikającą z nałożonej na Zamawiającego przez właściwe organy kary za nieosiągnięcie przez Zamawiającego wymaganych poziomów, w sytuacji gdy:
   - przedmiotowa kara umowna jest rażąco wygórowana, dowolna oraz prowadząca do możliwości bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego, jako wierzyciela kosztem dłużnika (wykonawcy), mimo że nie ponosi on jakiejkolwiek winy w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy w zakresie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu,
   - postanowienie to w zakresie określenia wysokości kary jest nieprecyzyjne i nie pozwala na ocenę ryzyka kontraktowego, a przez to na prawidłową wycenę oferty,
   - nie uwzględnia faktu, że wykonawca nie ma wyłącznego wpływu na osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu jako, że nie posiada mechanizmów prawnych, które pozwalałyby odpowiednio kontrolować sposób składowania odpadów przez mieszkańców oraz nie posiada mechanizmów prawnych, które miałyby realny wpływ na jakość przygotowywanych do odbioru odpadów „u źródła” (sprzed danej posesji),
   - ponadto, nie uwzględnia zmian rynkowych (odpowiedniego popytu na surowce u tzw. recyklerów),

   co w konsekwencji powyższych stanowi rażące nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zastrzeżenie kary umownej za powstanie okoliczności na które wykonawca może nie mieć wpływu jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz naturą przedmiotowego stosunku prawnego, stanowi naruszenie zasady swobody umów oraz stoi w sprzeczności z naczelnymi funkcjami, jakie ma pełnić kara umowna jak, w szczególności funkcja stymulująca (represyjna), ponieważ mimo że wykonawca w sposób należyty dokona odbioru wszystkich odpadów „u źródła”, a następnie je zagospodaruje w uprawnionych do tego instalacjach, to i tak nie ma

gwarancji, że poziomy recyklingu zostaną osiągnięte, zaś brak tego osiągnięcia będzie niezależny od prawidłowych działań wykonawcy w tym zakresie, a mimo to będzie obciążony zapłatą kar umownych;

2)art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w z art. $353^1$ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 PZP poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych (§ 10 ust. 5 pkt. 18 Wzoru umowy - Załącznik nr 7 do SWZ), gdzie Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz karę umowną w wysokości 10 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek niespełnienia wymogu określonego zgodnie z art. 68b pkt 3) lit. d) w zw. z art. 68a ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 875, 1394, 1506, 1681), podczas gdy z treści samej umowy oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia nie wynika, w jaki sposób Zamawiający będzie oceniać spełnienie powyższego wymogu, co powoduje, że wykonawca nie posiada wiedzy, co należy rozumieć pod pojęciem „za każdy stwierdzony przypadek" co powoduje, że Zamawiający ma prawo do dowolnej oceny w spełnieniu tego warunku przez wykonawcę i nakładaniu kary umownej.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)wykreślenia treści § 10 ust. 1, 2, 3 i 4 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SWZ), ewentualnie

2)w przypadku uznania, że co do zasady zastrzeżona kara umowna jest zasadna - dokonania zmiany treści § 10 ust. 1 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku nieosiągnięcia poziomów, o których mowa w § 7 umowy, Zamawiający obciąży Wykonawcę kwotą wynikającą z nałożonej na Zamawiającego przez właściwe organy kary za nieosiągnięcie przez Zamawiającego wymaganych poziomów jednak w wysokości łącznie nie większej niż 20% wartości naliczonych kar pieniężnych",

3)wykreślenia treści § 10 ust. 5 pkt. 18 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SWZ, ewentualnie,

4)w przypadku uznania, że co do zasady zastrzeżona kara umowna jest zasadna - dokonania zmiany treści § 10 ust. 5 pkt. 18 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „W wysokości 10 000,00 zł za niespełnienie w danym roku wymogu określonego zgodnie z art. 68b pkt 3) lit. d) w zw. z art. 68a ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 875, 1394, 1506, 1681)".

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

W odpowiedzi z dnia 20 listopada 2024 r. na odwołanie, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i poinformował, że wykona czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Ponadto, wobec faktu, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości.

Do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego doszło przed otwarciem rozprawy.

Z racji tego, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, zaś do postępowania nikt nie przystąpił – postępowanie podlega umorzeniu w oparciu o art. 522 ust. 1 PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do przepisów § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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), z którego wynika, że w przypadku gdy Zamawiający uwzględnił odwołanie, jeżeli doszło do tego przed otwarciem rozprawy, to koszty znosi się wzajemnie, zaś Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: …… **.....**