

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 20 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 20 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę RDF sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Mińsk Mazowiecki

### **postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy RDF sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczzonego wpisu.

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 2697/24

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Miasto Mińsk Mazowiecki prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”), w trybie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Mińsk Mazowiecki” (numer referencyjny: WI.271.3.2024). Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lipca 2024 r. pod numerem nr 429519-2024

W dniu 29 lipca 2024 r. wykonawca RDF sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce wniósł na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”, oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 114 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 lit. a) SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej (dalej: RDR) w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Mińsk Mazowiecki, w sytuacji, gdy jest to wymóg nieprecyzyjny i powinien wprost odnosić się do Załącznika nr 1 do SWZ, gdzie wskazano wszystkie kody odpadów objętych przedmiotem zamówienia, a tylko precyzyjny i jasny warunek pozwoli na zapewnienie równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i efektywności w Postępowaniu;
- 2) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 114 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować do realizacji zamówienia bazą magazynowo – transportową, spełniającą wszystkie wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 roku, poz. 122) oraz posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie tej bazy, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U z 2023 roku, poz. 1587);
- 3) art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie 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.”), która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r. Pomimo tego, że treść aktu prawnego jest znana wykonawcom, to nie są jeszcze znane konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów np. co do wielkości i jakości strumienia, co ma wpływ na realizację zamówienia i jego koszty. Zamawiający nie zawarł we Wzorze Umowy postanowień, które pozwalałyby na jej dostosowanie do nowych warunków, w których wykonawca będzie

świadczył usługę (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy), co narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę 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, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych;

4) art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z 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 ukształtowanie warunków 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 ten sposób, że w §15 ust. 1, 2, 5, §15 ust. 6 pkt 3 Wzoru Umowy stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do 10% zmiany każdej ceny jednostkowej (stawki) za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów odebranych z terenu miasta Mińsk Mazowiecki podanych w formularzu ofertowym, a dodatkowo globalnie ograniczono maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia do 15% wynagrodzenia brutto, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt niski, aby urzeczywistniał cel klauzuli, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego w ramach tzw. klauzuli waloryzacyjnej tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

5) art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu § 11 ust. 1 Wzoru Umowy) w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, jak również że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła” (przez właścicieli nieruchomości), a także od uwarunkowań rynkowych (w szczególności od popytu na surowce) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 11 ust. 1 Wzoru Umowy, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu, przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;

6) art. 99 ust. 1 w zw. z art. ustawy 16 Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale X ust. 1 OPZ obowiązku udostępnienia przez Zamawiającego wagi, która będzie zlokalizowana na terenie miasta Mińsk Mazowiecki, a dokładna lokalizacja wagi zostanie wskazana Wykonawcy w dniu zawarcia umowy, w sytuacji, gdy wykonawca dysponuje taką wagą np. na terenie własnej bazy magazynowo-transportowej.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1) Ad. zarzut z pkt 1 - zmiany w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 lit. a) SWZ warunku udziału w Postępowaniu na: wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych wskazanych w Załączniku nr 1 do SWZ od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Mińsk Mazowiecki”;

2) Ad. zarzut z pkt 2 wprowadzenia w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi dysponować do realizacji zamówienia bazą magazynowo – transportową, spełniającą wszystkie wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 roku, poz. 122) oraz posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie tej bazy, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U z 2023 roku, poz. 1587);

3) Ad. zarzut z pkt 3 - wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie Nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r., które z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy

4) Ad. zarzut z pkt 4 - zmiany § 15 ust. 5 i ust. 6 pkt 3 Wzoru Umowy poprzez zmianę klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel klauzuli i pozwalał na dostosowanie Umowy do zmieniającej się sytuacji gospodarczej, tj.:

a) zwiększenie maksymalnego limitu zmiany każdej ceny jednostkowej (stawki) za odbiór, transport i zagospodarowanie

1 Mg odpadów odebranych z terenu Miasta Mińsk Mazowiecki podanych w formularzu ofertowym do 15%,

b) zwiększenie maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 20% wynagrodzenia brutto.

5) Ad. zarzut z pkt 5 - zmiany § 11 ust. 1 Wzoru umowy poprzez ograniczenie jej wysokości do co najwyżej połowy kary nałożonej na Miasto Mińsk Mazowiecki na podstawie art. 9z ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2024, poz. 399) naliczonej zgodnie z przepisami art. 9z ust. 3 ustawy, jeżeli jej nałożenie miało związek z nieprawidłowym zawinionym wykonywaniem umowy przez Wykonawcę;

6) Ad. zarzut z pkt 6 – usunięcia w Rozdziale X ust. 1 OPZ obowiązku udostępnienia przez Zamawiającego wagi, która będzie zlokalizowana na terenie miasta Mińsk Mazowiecki, a dokładna lokalizacja wagi zostanie wskazana Wykonawcy w dniu zawarcia umowy.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego ani po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 3 oraz nie uwzględni odwołania w zakresie zarzutów nr 2, 4, 5 i 6

W dniu 19 sierpnia 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Odwołującego, w którym oświadczył on, że cofa odwołanie oraz wnosi o zwrot 90% wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, które zostało podpisane przez osobę umocowaną do podjęcia tej czynności, a jak stanowi art. 520 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.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodnicząca: .....