

Sygn. akt: KIO 2900/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 30.08.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kunów

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 kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej przez odwołującego 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2900/24

Uzasadnienie

Gmina Kunów, dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie na okres od 01.10.2024 do 31.12.2026 r.”, znak: ZP.I.271.9.2024.

Wartość zamówienia równa lub wyższa od kwot progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 01.08.2024 r. pod numerem 462610-2024.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec zapisów dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 3531 k.c., art. 483 § 1 KC, art. 473 § 1 KC, 471 KC, 354 § 2 KC, art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 16 pkt 2) i 3) PZP oraz art. 433 ust. pkt 2 i 3 ustawy PZP, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z art. 14 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/35/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu w treści § 1 ust. 1, § 2 ust. 3 pkt 9) lit. e) oraz § 7 ust. 1 oraz w § 11 ust. 1, 2 i 5 PPU w zakresie określonej w nich odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie wskazanych tam poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu mimo tego, że:

- Wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części odpadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Gminy Kunów, podczas gdy to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia tych poziomów, czemu służy wykonywanie obowiązków określonych w treści art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,

- brak jest w treści dokumentacji postępowania jakichkolwiek postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego co do koniecznego współdziałania z Wykonawcą w celu wykonania narzucanego Wykonawcy jednostronnie obowiązku osiągnięcia tych poziomów,

- poza odpadami odbieranymi przez Wykonawcę, na terenie Gminy Kunów niezależnie od umowy, która zostanie zawarta w ramach niniejszego postępowania, odbierane są odpady od części właścicieli nieruchomości niezamieszkałych przez inne podmioty wpisane do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Gminy Kunów, a właściciele nieruchomości mają prawo do przekazywania odpadów także do innych miejsc zbierania

odpadów na terenie gminy oraz poza nią (tzw. punktów skupu surowców wtórnych lub punktów przyjmowania odpadów), podczas gdy dokumentacja niniejszego postępowania czyni Wykonawcę tego zamówienia publicznego odpowiedzialnym za osiągnięcie wyżej wskazanych poziomów pomimo, że właściciele nieruchomości odpady nadające się do recyklingu mogą przekazywać do innych podmiotów, a tym samym prowadzić do obniżenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na skutek działań podejmowanych przez samych właścicieli nieruchomości,

- w dniu 14 kwietnia 2023 roku została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi, wprowadzająca w Polsce tzw. system kaucyjny polegający na tym, że butelki jednorazowego użytku z tworzyw sztucznych na napoje o pojemności do trzech litrów, włącznie z ich zakrętkami i wieczkami z tworzyw sztucznych, z wyłączeniem szklanych lub metalowych butelek na napoje, których zakrętki i wieczka są wykonane z tworzyw sztucznych, puszki metalowe o pojemności do jednego litra, butelki szklane wielokrotnego użytku o pojemności do półtora litra, będą obciążone kaucją, która będzie zwracana w chwili zwrotu wyżej wskazanych opakowań do sklepów, przez co znacząco zmniejszeniu ulegnie masa odpadów segregowanych odbieranych w ramach umowy, a w konsekwencji od 1 stycznia 2025 roku nie będzie istniała możliwość wykonania obowiązków, o których mowa powyżej wobec braku odpadów nadających się do recyklingu w strumieniu odpadów, które będą przekazywane do odbioru przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy w stopniu umożliwiającym osiągnięcie tych poziomów,

- Wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jakie odpady zostaną przez mieszkańców umieszczone w pojemnikach przeznaczonych do odbioru przez Wykonawcę, wobec czego nie ma wpływu na skład tych odpadów

2) naruszenie art. 439 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 353(1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „kc” w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 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 stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy dojdzie do wzrostu lub spadku cen przyjęcia do zagospodarowania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia przez instalacje, które ostaną określone w załączniku nr 2 do Umowy, podczas gdy równie istotnymi składnikami wynagrodzenia Wykonawcy są ceny paliw oraz wynagrodzenia pracowników otrzymujących wynagrodzenia wyższe aniżeli minimalne, a także inne koszty typu koszty serwisowania pojazdów, koszty zakupu pojemników i ich serwisowania oraz inne koszty o charakterze ogólnym, przy jednoczesnym ograniczeniu maksymalnej wysokości zmian do 10% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy przy 26 miesięcznym okresie realizacji przedmiotu umowy, gdy tymczasem przesłanki zmiany wynagrodzenia oraz poziom maksymalny zmiany jest zbyt rygorystyczny, aby waloryzacja wynagrodzenia w rzeczywistości wystąpiła, była skuteczna i realnie chroniła Strony przed skutkami zmian faktycznych kosztów w sposób zgodny z celem klauzuli waloryzacyjnej, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego 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;

3) art. 3531 k.c., art. 483 § 1 KC, art. 473 § 1 KC, 471 KC, 354 § 2 KC, art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. (a contrario) z art. 436 i art. 437 ust. 1 pkt 1 PZP a to poprzez ustalenie w treści zobowiązania umownego obowiązku przedłożenia projektu umowy z podwykonawcą do akceptacji przez Zamawiającego i przewidzenie w związku z tym kar umownych za brak takiego przedłożenia umowy, podczas gdy przedmiot niniejszego zamówienia nie obejmuje wykonania robót budowlanych, których to przypadków dotyczą obowiązkowe elementy, o których mowa w art. 437 ust. 1 pkt 1 PZP.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz dokonanie modyfikacji postanowień SWZ w sposób szczegółowo zaprezentowany w uzasadnieniu odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba ustaliła, że nie nastąpiło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wskazał on na

dokonane zmiany SWZ oraz wnioś o umorzenie postępowania w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP. Zdaniem Izby wnioski ten jest zasadny.

Zarzut nr 1: zasadniczo zarzut ten dotyczył nałożonego na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku zgodnie z zapisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz innymi aktami. W pierwotnych zapisach dokumentacji obowiązek ten został nałożony na wykonawców w sposób stanowczy. Przykładowo w §2 ust. 3 pkt lit. e) PPU wskazano, że: „Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia na obszarze gminy Kunów poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej w art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r., poz. 399)”. Po zmianie zapis ten otrzymał następującą treść: „Wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia odbioru i zagospodarowania odpadów w ramach umowy na obszarze gminy Kunów w sposób zgodny z przepisami wskazanymi w § 7 ust. 3 oraz w sposób umożliwiający osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej w art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r. poz. 399)”.

Nie ulega zatem wątpliwości, że zapisy dotyczące ww. obowiązku zostały złagodzone. Ponadto zmianie uległy zapisy dotyczące naliczania kar umownych na wykonawcę w zw. z niedopełnieniem obowiązków związanych ze sposobem odbioru i zagospodarowania odpadów oraz wprowadzono zapisy dotyczące współpracy Zamawiającego z wykonawcami w realizacji ww. obowiązku

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Izby, zasadniczo zmieniona została treść zapisów SWZ kwestionowanych przez Odwołującego (ogólnie mówiąc związanych z obowiązkiem utrzymywania poziomów recyklingu), co prowadzi do wniosku, że umorzenie postępowania w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP jest zasadne. Jeśli zmienione zapisy SWZ, zdaniem Odwołującego, wciąż są niezgodne z przepisami prawa, to termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej biegnie od opublikowania stosownej zmiany.

Zarzut nr 2: zarzut dotyczył kwestii waloryzacji. Zamawiający w sposób zasadniczy zmienił działanie mechanizmu waloryzacji. Koniecznym jest więc umorzenie postępowania w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP. Jeśli zmienione zapisy SWZ, zdaniem Odwołującego, wciąż są niezgodne z przepisami prawa, to termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej biegnie od opublikowania stosownej zmiany.

Zarzut nr 3: w zakresie tego zarzutu Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że uwzględnił w całości zarzut odwołania przedstawiając stosowne zmiany SWZ. Zdaniem Izby uwzględnienie odwołania nie może jednak odbyć się poprzez czynności dokonane, a niezbędnym jest w tym zakresie jednoznaczne oświadczenie mające charakter procesowy. Z tego względu zastosowanie znajdzie podstawa do umorzenia postępowania z art. 568 pkt 2 ustawy PZP, w związku z dokonaną zmianą treści SWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba umorzyła postępowanie w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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 uwagi na umorzenie tego postępowania odwoławczego na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP Izba nakazała zwrócić Odwołującemu uiszczony wpis od odwołania.

Przewodniczący: