**Sygn. akt: KIO 2320/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 15 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 1 lipca 2024 r. przez odwołującego „ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o." we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Głuszyca

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. we Wrocławiukwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) 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.

Przewodniczący:

……

**Sygn. akt: KIO 2320/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Głuszyca ul. Parkowa 9, 58-340 Głuszyca, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z tereny Gminy Głuszyca", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 czerwca 2024 r. pod numerem 361243-2024, dalej zwane „postepowaniem". Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) dalej zwanej „p.z.p.",) jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 1 lipca 2024 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca „ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o." ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław, dalej zwany „odwołującym". We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 99 ust. 1 i ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p., art. 431 p.z.p., art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c. art. 3531 k.c., art. 387 § 1 k.c. i art. 471 k.c., w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów nieprecyzyjnych i nieuwzględniających wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty, gdyż Zamawiający przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, mimo że:

- to na Zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych za dany rok kalendarzowy;
- Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;
- mieszkańcy oraz właściciele nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych mogą przekazywać odpady nadające się do recyklingu innym podmiotom niż wykonawca (punkty skupu, zbiórki akcyjne, butelkomaty), co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
- mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
- Wykonawca jest odpowiedzialny za zagospodarowanie wyłącznie części opadów spośród odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy Głuszyca w roku 2024;
- brak jest w dokumentacji postępowania postanowień odnoszących się do zobowiązań Zamawiającego co do

koniecznego współdziałania z wykonawcą w celu wykonania narzucanego Wykonawcy jednostronnie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych;

co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, jako że zakłada nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w sytuacji, gdy ich osiągnięcie na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotowej usługi i co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem *a priori* obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych; jednocześnie działanie takie narusza art. 16 p.z.p., gdyż obowiązek nałożony na Wykonawcę pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako taki narusza zasady uczciwej konkurencji;

2.art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p. i art. 16 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. $353^1$ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości 45% za rok 2024 kary umownej w wysokości rażąco wygórowanej i oderwanej od stopnia zawinienia wykonawcy, co narusza zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, gdyż zakłada nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności i które są w przeważającej mierze od niego niezależne, a także bez jednoznacznego określenia, że dotyczy ona strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia, co stanowi o nadmiernym obciążeniu wykonawcy ryzykiem kontraktowym, narusza zasadę proporcjonalności oraz utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż Zamawiający pomija, że osiągnięcie ww. poziomu nie zależy wyłącznie od wykonawcy, ale także od działań podejmowanych przez Zamawiającego oraz od zachowania podmiotów trzecich m.in. mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem, gdyż osiągnięcie poziomów recyklingu uzależnione jest od jakości zbiórki odpadów komunalnych „u źródła", a także od uwarunkowań rynkowych, w szczególności sytuacji na rynku recyklerów, w sytuacji gdy odpowiedzialność wykonawcy kształtować się powinna tylko w odniesieniu do zachowań, które mogą mu być rzeczywiście przypisane; co uniemożliwia wykonawcom należyte zidentyfikowanie a następnie wycenienie ryzyk kontraktowych, a tym samym prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu i nieporównywalności złożonych przez nich ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ poprzez: wykreślenie zapisów zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia poziomów recyklingu (§ 8 ust. 2 projektu umowy) oraz kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów (§ 14 ust. 3 projektu umowy), ewentualnie zmianę na: a) § 8 ust. 2 projektu umowy: Wykonawca podczas realizacji zamówienia będzie dążył do uzyskania jak najlepszych efektów zagospodarowania odpadów komunalnych w celu zapewnienia Gminie osiągnięcia jak najwyższych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (określonych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Wykonawca zapewni podczas realizacji zamówienia ograniczy masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania do poziomu określonego w art. 3c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, b) 14 ust. 3 projektu umowy: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzyskanie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 45% w stosunku do masy odpadów odebranych w toku realizacji przedmiotowej usługi w wysokości wynoszącej 50% iloczynu jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

W dniu 10 lipca 2024 r. do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie zawierająca stanowisko procesowe o uwzględnieniu odwołania w całości wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego.

Skład orzekający ustalił, że w terminie na zgłoszenie przystąpień, określonym w art. 525 ust. 1 p.z.p., który zgodnie z aktami postępowania upłynął 5 lipca 2024 r., żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 522 ust. 1 p.z.p., tj. skuteczne uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu i brak przystępujących po stronie zamawiającego, więc zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 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).

Przewodniczący:

……