

Sygn. akt KIO 2439/24 POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 18 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału w dniu 18 lipca 2024 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2024 r. przez wykonawcę RDF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Nieporęt

przy udziale wykonawcy PARTNER Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy RDF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

Na niniejsze postanowienie 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 2439/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Nieporęt prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Nieporęt oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Nieporęcie, nr referencyjny: ZF.271.33.2024 Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2024 r. pod numerem: 389474-2024, Nr wydania: Dz.U. S: 126/2024

Odwołujący: RDF spółka z o.o. z siedzibą w Ostrołęce wniósł dnia 11 lipca 2024 r. 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, co zostało wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu odwołania.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 114 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie w Rozdziale XX pkt 1 ppkt 2 lit. a) SWZ warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej (dalej: RDR) w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obejmujący „kody odpadów objętych zamówieniem”, w sytuacji, gdy jest to wymóg nieprecyzyjny i powinien wprost odnosić się do Załącznika 1a 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 w zw. z art. 114 pkt 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale XX pkt 1 ppkt 4 lit. b) 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 (Dz. U z 2023 roku, poz. 1587);

3) art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 Pzp przez 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. 99 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 5 w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie w § 7 ust. 5 Wzoru Umowy nieograniczonego prawa Zamawiającego do wstrzymania płatności w celu weryfikowania faktury, protokołu i innych załączonych do nich dokumentów, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania warunków umowy, a nadto jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane np. z wielokrotnym występowaniem Zamawiającego z wątpliwościami, z nieuzasadnionym przedłużaniem weryfikacji dokumentów, tym samym pozbawiając wykonawcę prawa do należnego mu wynagrodzenia pomimo prawidłowego wykonania usługi;

5) art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3531 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez 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 § 14 ust. 1 pkt 7, 8 i 9 Wzoru Umowy stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do 20% zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - natomiast należy wykazać „za pomocą aktualnego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, wysokość żądanej zmiany wynagrodzenia” – co jest na tyle nieprecyzyjne, że wykonawca nie wie, czy waloryzacja będzie dokonywana na podstawie wskaźnika GUS, czy wzrostu kosztów realizacji umowy, a dodatkowo globalnie ograniczono maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia do 10% 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 Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

6) art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 oraz art. 5 w zw. z art. 483 § 1 k.c. przez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu § 13 ust. 1 pkt 21 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 § 13 ust. 1 pkt 21 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 recykling przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy recyklingu i odzysku;

7) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie w Rozdziale 4 ust. 25 OPZ obowiązku zapewnienia, dostarczenia i zamontowania legalizowanej wagi najazdowej przeznaczonej do ważenia pojazdów specjalistycznych niezbędnych do wykonania usług w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy wykonawca nie wie, gdzie i na jakich zasadach ma dostarczyć taką wagę, jest to wymóg nadmierny, a wystarczy, gdy wykonawca dysponuje taką wagą np. na terenie własnej bazy magazynowo-transportowej.

Mając powyższe na uwadze, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu zmian treści dokumentów zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający: Gmina Nieporęt reprezentowana przez W.G.

p. A.P. w odpowiedzi na odwołanie oświadczył w piśmie z dnia 17 lipca 2024 r., co następuje:

„O D P O W I E D Ź N A O D W O Ł A N I E

UWZGLĘDNIENIE ZARZUTÓW W CAŁOŚCI

Działając jako Kierownik Zamawiającego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.), w związku z odwołaniem złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pt. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Nieporęt oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Nieporęcie”, uwzględniam odwołanie w całości, a w konsekwencji zobowiązuję się do wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegających na zmianie treści specyfikacji warunków zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W związku z powyższym Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.”

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca PARTNER Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu bez udziału stron uznała, że zacytowane oświadczenie zamawiającego stanowi uwzględnienie zarzutów odwołania w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wobec jednoznacznej w tym względzie treści stanowiska procesowego. Powyższej konstatacji nie zmienia fakt, iż zamawiający w ostatnim zdaniu odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania, skoro w istocie uwzględnił odwołanie i zobowiązał się do dokonania zmian treści specyfikacji warunków zamówienia zgodnie z uwzględnionymi zarzutami. W

Wobec powyższego zaistniały podstawy do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W konsekwencji postępowanie odwoławcze należy umorzyć w całości na podstawie przepisu art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy Pzp wskazanej powyżej oraz § 9 ust. 1 pkt 2b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), z których wynika, że w taki sposób sprawy dokonuje się zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: