

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 25 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Adriana Urbanik

A.K.

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawcę Remondis Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej postępowaniu prowadzonym przez Miasto Ruda Śląska

Uczestnik po stronie Odwołującego – wykonawca PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Remondis Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 798/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Ruda Śląska - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska”, numer referencyjny: AP.271.4.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2023 roku, numer: 127103-2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Remondis Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 11 marca 2024 roku wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 KC, art. 473 § 1 KC, 471 KC, art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp i art. 441 ustawy Pzp w zw. z art. 72 dyrektywy 2014/24/UE i art. 89 dyrektywy 2014/25/UE, w treści § 1 ust. 6 – 10 PPU, a to poprzez wprowadzenie do dokumentacji postępowania prawa opcji, którego to zaoferowania Wykonawca nie może odmówić składając ofertę, przez co następuje ograniczenie możliwości złożenia oferty, co z kolei stanowi wyraz braku proporcjonalności zamówienia; nieprecyzyjne i prowadzące do poważnych wątpliwości określenie przedmiotu prawa opcji, bowiem Zamawiający wskazuje na różnego rodzaju czynności prawne, jakie mogą w ramy opcji wchodzić, w tym „odkup”, „przekazanie”, „przejęcie”, a w końcu w treści formularza ofertowego stosuje z nieznanymi przyczynami dwie ceny dotyczące pojemników – za „przekazanie” w pkt 3.4 formularza ofertowego i za „przejęcie” w pkt 3.5, podczas gdy w PPU posługuje się z kolei pojęciami „odkupu” w § 1 ust. 6 pkt 6.1., „wykupu” w § 1 ust. 6 pkt 6.2. i „przejęcia” w przypadku § 6 ust. 10 PPU; a także uwarunkowanie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji między innymi od dysponowania środkami na sfinansowanie prawa opcji oraz zmiany dotychczasowego Wykonawcy umowy w wyniku rozstrzygnięcia kolejnego postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, podczas gdy w istocie nie jest możliwe przewidywanie obecnie oraz w przyszłości, czy do takiej zmiany dojdzie czy nie, bowiem wówczas Zamawiający nie byłby w stanie

przeprowadzić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez nieuczciwego uprzywilejowania nowych wykonawców, którzy nie mieliby obowiązku zapewnienia wówczas pojemników, w stosunku do ówczesnego Wykonawcy, który w takim przypadku w dalszym ciągu byłby zobowiązany do zapewnienia Zamawiającemu pojemników na odpady,

2. art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 KC, art. 473 § 1 KC, 471 KC, art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w treści § 1 ust. 10 PPU, poprzez określenie, iż w przypadku wykonania przez Zamawiającego prawa opcji Wykonawca udziela 4 letniej gwarancji na protokolarnie przejęte pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych, a także poprzez zaniechanie jasnego określenia praw i obowiązków Stron w przypadku wykonania prawa opcji,

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, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z dyrektywą 2004/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu w treści pkt II 4 OPZ oraz § 8 ust. 1 pkt j) 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 Miasta Ruda Śląska, 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 Miasta Ruda Śląska 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 Prezydenta Miasta Ruda Śląska, 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,

4. 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 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, jak również art. 22 ustawy o odpadach w związku z dyrektywą 2004/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu w treści pkt II 4 OPZ oraz § 8 ust. 1 pkt j) PPU w zakresie określonej w nich odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie wskazanych tam poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, a także poziomu składowania odpadów poprzez zobowiązanie do ich osiągnięcia „niezależnie od okresu świadczenia usługi, w danym roku kalendarzowym”, podczas gdy przedmiotowe poziomy rozlicza się w skali roku kalendarzowego, a tym samym skutkuje to rozciągnięciem odpowiedzialności

Wykonawcy na skutki działań lub zaniechań podmiotu aktualnie wykonującego tę usługę w roku 2024 oraz na skutki działań lub zaniechań podmiotu, który rozpocznie wykonywanie usługi od września 2026 roku,

5. art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 KC, art. 473 § 1 KC, 471 KC, art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, w treści pkt VI 14 OPZ i VIII 9 ppkt 9.3 OPZ w zakresie, w którym Zamawiający wymaga, aby standard docelowy został wprowadzony po dwóch miesiącach realizacji umowy, a standard przejściowy ma obowiązywać tylko w tym okresie, podczas gdy wprowadzenie systemu RFID w okresie dwóch miesięcy od czasu rozpoczęcia realizacji usługi jest niemożliwy do wykonania,

6. art. 246 ust. 1 ustawy Pzp, a to poprzez ustalenie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, choć w podziale na zamówienie podstawowe oraz zamówienie w ramach prawa opcji.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to poprzez usunięcie opcji, o której mowa w pkt 5.1.1. Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 3.4 i 3.5 formularza ofertowego, pkt VIII 8 OPZ oraz § 1 ust. 6-10 PPU, ewentualnie

2. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to poprzez precyzyjne i jasne opisanie prawa opcji, o której mowa w pkt 5.1.1. Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 3.4 i 3.5 formularza ofertowego, pkt VIII 8 OPZ oraz § 1 ust. 6-10 PPU, w szczególności w zakresie czynności prawnej, która jest objęta tym prawem opcji oraz postępowania z transponderami RFID, które w dniu zakończenia umowy będą zamontowane w pojemnikach oraz zobowiązanie Zamawiającego do usunięcia § 1 ust. 10 PPU oraz pkt VIII 8 OPZ względnie doprecyzowania, na czym polega gwarancja, jakie będą w takim przypadku obowiązki Stron, a także wskazanie, że Zamawiający będzie zobowiązany wykazać dowodowo Wykonawcy, że uszkodzenie pojemnika wynika z jego nieprawidłowej jakości, a nie z przyczyn leżących po stronie właścicieli nieruchomości, osób trzecich albo podmiotu odbierającego odpady komunalne,

3. zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia w pkt II 4 OPZ zdania drugiego i następnych oraz wykreślenie § 8 ust. 1 pkt j) PPU, ewentualnie:

4. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany pkt II OPZ zdanie drugie i następne, poprzez nadanie mu następującej treści:
„Zamawiający zobowiązuje się do współpracy w celu wykonania umowy, w szczególności przy przekazywaniu drogą elektroniczną informacji niezbędnych dla prawidłowego wykonywania umowy, w szczególności informowania o zmianach w liczbie i adresach nieruchomości objętych obowiązkiem odbierania odpadów komunalnych oraz sposobie gospodarowania odpadami komunalnymi. Zamawiający zobowiązuje się do:

1. wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 u.c.p.g. wobec wszystkich nieruchomości, co do których Wykonawca powiadomi o niedopełnieniu przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a także informowania Wykonawcy o toku poszczególnych postępowań,

2. przeprowadzenia w prasie lokalnej akcji edukacyjnej polegającej na publikacji zasad selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, składu odpadów najbardziej przydatnych do recyklingu oraz konsekwencji nieprawidłowego gromadzenia odpadów komunalnych, co najmniej raz w miesiącu, obejmującej co najmniej jedną szpaltę,

3. przeprowadzenia w okresie kwiecień-maj wspólnie z Wykonawcą pikniku o charakterze ekologicznym wraz z prezentacjami promującymi prawidłową segregację odpadów oraz zwracającą uwagę na skład odpadów, jakie są najlepsze w celu prowadzenia ich recyklingu,

4. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w odniesieniu do nieruchomości wielolokalowych w ilości co najmniej 100 nieruchomości miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcia postępowań, o których mowa w ust. 1 powyżej, a także informowania o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań,

5. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli miejsc, w których prowadzone jest zbieranie odpadów komunalnych na terenie Miasta Ruda Śląska, pod kątem rzetelności ewidencjonowania przyjmowania odpadów komunalnych przez podmioty posiadające pozwolenia na zbieranie na terenie Miasta Ruda Śląska oraz terminowego złożenia oraz rzetelności sporządzania przez te podmioty sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 9nb u.c.p.g.

6. przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli złożenia i rzetelności sprawozdań rocznych, o których mowa w art. 40p ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi.

W przypadku zaniechania przez Zamawiającego wykonania którychkolwiek obowiązków, o których mowa powyżej, § 8 ust. 1 pkt j) Umowy nie znajduje zastosowania.

oraz poprzez zmianę treści § 8 ust. 1 pkt j) projektowanych postanowień Umowy poprzez wykreślenie z jego treści

zdania: „Poziomy, o których mowa powyżej muszą zostać osiągnięte, niezależnie od okresu świadczenia usługi, w danym roku kalendarzowym.” Oraz dodanie po jego dotychczasowej treści: „przy czym należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a u.c.p.g. za dany rok (a w przypadku obowiązywania Umowy przez okres krótszy niż rok w danym roku kalendarzowym – kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a u.c.p.g. za dany rok pomnożona przez wynik dzielenia masy odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę w ramach niniejszej Umowy w danym roku kalendarzowym w stosunku do masy wszystkich odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Miasta Ruda Śląska w danym roku), pomniejszona o opłaty podwyższone o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 u.c.p.g. oraz pieniężne kary administracyjne, o których mowa w art. 9x ust. 2 i 3 u.c.p.g., nałożone ostatecznymi decyzjami Prezydenta Miasta Zamawiającego lub Samorządowego Kolegium Odwoławczego, które są należne za dany rok, przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a u.c.p.g., to znaczy winien złożyć odwołanie od decyzji Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego a także wykorzystać w pełni możliwość uzyskania zawieszenia, a następnie umorzenia administracyjnej kary pieniężnej zgodnie z przepisami u.c.p.g. (przy czym Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych wniosków lub środków odwoławczych, a Wykonawca winien tą argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym złożeniu wniosku lub środka odwoławczego); kara ta będzie wymagalna w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, o których mowa powyżej”;

5. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany pkt VI 14 OPZ zdanie pierwsze poprzez nadanie mu następującej treści: „Zapisy pkt VI.7 do VI.13 Opisu przedmiotu zamówienia obowiązują jako tak zwany „standard przejściowy” w okresie pierwszych sześciu miesięcy realizacji umowy, chyba że Strony w formie pisemnej uzgodnią wprowadzenie „standardu docelowego” we wcześniejszym terminie, po sprawdzeniu prawidłowości wprowadzenia „standardu docelowego” w warunkach rzeczywistego wykonywania usługi”;

oraz zmiany pkt VIII 9 ppkt 9.3 OPZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„Wykonawca zobowiązany jest do oznakowania transponderami RFID wszystkich pojemników i kontenerów w terminie najpóźniej 6 miesięcy od rozpoczęcia realizacji umowy”;

6. zobowiązanie Zamawiającego do wprowadzenia, obok ceny, także pozacenowych kryteriów oceny ofert, a w przypadku oddalenia zarzutów odnoszących się do prawa opcji, wprowadzenie jako kryterium oceny ofert złożenia oferty zawierającej ofertę w części obejmującej prawo opcji, a także innych pozacenowych kryteriów oceny ofert w takim stopniu, aby cena nie przekraczała 60% punktów wśród kryteriów oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W dniu 12 marca 2024 roku Zamawiający zamieścił informację o wniesionym odwołaniu oraz jego kopię na platformie przetargowej.

W dniu 15 marca 2024 roku wykonawca PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymogi określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 22 marca 2024 r. Zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzut nr 2, nr 3, nr 4 oraz nr 5. Natomiast nie uwzględnia zarzutów nr 1 i nr 6. Ponadto, do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył treść zmiany specyfikacji warunków zamówienia, zamieszczoną na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W tym samym dniu, tj. 22 marca 2024 roku – przed otwarciem rozprawy, której termin został wyznaczony na 25 marca 2024 roku - Odwołujący złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości. Oświadczenie zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a stosownie do treści art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Wobec powyższego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 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).

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) powołanego powyżej rozporządzenia: 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.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zwrot Odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....