

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 4 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka
Aleksandra Patyk
Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 marca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2025 r. przez wykonawcę RDF Sp. z o.o. w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dąbrówka

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy RDF Sp. z o.o. w Ostrołęce, kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% wartości kwoty uiszczonej tytułem 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 487/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Dąbrówka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka. Wewnętrzny identyfikator: ZRS.271.1.2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2025 r., pod nr: 2024/S 20-63434. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 10 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy RDF Sp. z o.o. w Ostrołęce (dalej jako: „Odwołujący”) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) oraz projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego następujące naruszenia, tj.:

- 1) naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako: „PZP”) w zw. z art. 114 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP i art. 17 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale VI SWZ warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać instalację komunalną do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, działającą na podstawie wymaganych przepisami prawa zezwoleń, w sytuacji, gdy tylko posiadanie odpowiedniej instalacji pozwoli na zagospodarowanie wszystkich kodów odpadów objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, w tym w ramach zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk (katalog odpadów niemożliwy do ustalenia na obecnym etapie), a tylko taki warunek pozwoli na zapewnienie osiągnięcia celów Zamawiającego w postępowaniu;
- 2) naruszenie art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 114 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP i art. 17 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale VI SWZ warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musi posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, biorąc pod uwagę konieczność zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk (katalog odpadów niemożliwy do ustalenia na obecnym etapie);
- 3) naruszenie art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP i art. 17 ust. 1 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 października 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 Wzorce 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) naruszenie art. 439 ust. 1 PZP w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 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 § 14 ust. 4 pkt 1, 2, 3, 4 Wzoru Umowy stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy uzależnione od 5% zmiany wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa GUS, a dodatkowo globalnie ograniczono maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia do 20% wysokości cen jednostkowych 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;

5) naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tzw. poziomów recyklingu, o których mowa § 1 ust. 1 Wzoru Umowy, w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj.:

a) znanego Zamawiającemu problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”,

b) najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wycenienia tych poziomów, spadającego popytu na surowce,

c) wdrożonego w okresie realizacji umowy tzw. „systemu kaucyjnego”, który w sposób niewątpliwie wpłynie na ilość i morfologię odpadów będących przedmiotem niniejszej umowy),

czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w wysokości 55% w 2025 r., 56% w 2026 r. oraz 57% w 2027 r. (okres realizacji zamówienia to 30 miesięcy), sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej (§ 11 ust. 3 Wzoru Umowy), co z kolei narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współżycia społecznego, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty, a co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny):

6) naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 w zw. z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§ 11 ust. 3 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. 3 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;

7) naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP i art. 17 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wprowadzenia w Rozdziale VII SWZ przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, przez co Zamawiający dopuszcza udzielenie zamówienia wykonawcom nierzetelnym, którzy, z przyczyn leżących po ich stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonali lub nienależycie wykonali albo długotrwale nienależycie wykonywali

istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania – co poważnie zagraża realizacji niniejszego zamówienia.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w niniejszym odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

- 1.Ad. zarzut z pkt 1 – zmiany w Rozdziale VI SWZ poprzez dodanie warunku udziału w Postępowaniu: „wykonawca musi posiadać instalację komunalną do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, działającą na podstawie wymaganych przepisami prawa zezwoleń”;
- 2.Ad. zarzut z pkt 2 – zmiany w Rozdziale VI SWZ poprzez dodanie warunku udziału w Postępowaniu: „wykonawca musi posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach”;
- 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 października 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 § 14 ust. 4 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) zmniejszenie wysokości zmiany wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa GUS do 3%,
 - b) zwiększenie maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 30% wysokości cen jednostkowych wynagrodzenia brutto;
- 5.Ad. zarzut z pkt 5 – wykreślenia § 11 ust. 3 Wzoru umowy;
- 6.Ad. zarzut z pkt 6 – wykreślenia § 11 ust. 3 Wzoru umowy;
- 7.Ad. zarzut z pkt 7 – zmiany w Rozdziale VII SWZ poprzez dodanie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

Wskazał również, że opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej niewskazane wprost w żądaniu, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania Odwołującego – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian. Swoje stanowisko przedstawił w obszernym uzasadnieniu.

W odpowiedzi z dnia 24 lutego 2025 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 2, 5-7 odwołania oraz o umorzenie postępowania w zakresie zarzutów nr 3 i 4 odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 3. Wskazał, że tego dnia dokonał zmian SWZ, które powinny skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów nr 3 i 4 odwołania. Wniosek o oddalenie odwołania uzasadnił.

Do postępowania odwoławczego nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia.

Pismem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 27 lutego 2025 r., Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Odwołujący przed terminem rozprawy wyznaczonym na dzień 4 marca 2025 r., oświadczył na piśmie, że cofa odwołanie.

Wobec powyższego, w świetle brzmienia art. 568 pkt 1 PZP, konieczne stało się umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 520 PZP, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 574 PZP oraz § 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. poz. 2437 ze zm.), z których wynika, że jeżeli postępowanie zostało umorzone 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.

Przewodniczącą:.....

