

Sygn. akt: KIO 3144/23

POSTANOWENIE
z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 3 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez **wykonawcę Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto i Gminę Solec nad Wisłą**
postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3144/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto i Gmina Solec nad Wisłą - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), którego przedmiotem jest „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Solec nad Wisłą*”, nr postępowania: *RGKOŚil.271.12.2023*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 października 2023 r., za numerem 2023/BZP 00445941 /01.

W dniu 23 października 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. art. 6r ust. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 16 czerwca 2023 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 1469 z późn. zm., dalej: „ucpg”) poprzez wskazanie, że zmieszane odpady komunalne oraz bioodpady stanowiące odpady komunalne wykonawca zobowiązany będzie odbierać 1 raz w miesiącu, zgodnie z ustalonym harmonogramem (Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia pkt 1 ppkt 7 lit. a) SWZ), co pozostaje w sprzeczności z art. 6r ust. 3b ucpg oraz z Rozdziałem 9 SIO ust. 1 - 4 uchwały nr XXXVI 228/2021 Rady Miejskiej w Solcu nad Wisłą z dnia 26 lutego 2021 r. w sprawie przyjęcia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Solec nad Wisłą (załącznik nr 10 do SWZ) oraz 53 uchwały nr XXXVI 227/2021 Rady Miejskiej w Solcu nad Wisłą z dnia 26 lutego 2021 r. w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług na terenie Miasta i Gminy Solec nad Wisłą w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi (załącznik nr 9 do SWZ);

2. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 431 ustawy pzp oraz art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) w zw. z art. 353 (1) kc w zw. z art. 387 par. 1 kc poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło wyliczanych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, pomimo iż wykonawca nie ma żadnego wpływu na skład morfologiczny, a w konsekwencji jakość przekazywanych mu odpadów i możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu (rozdział II Opis przedmiotu zamówienia pkt 1 ppkt 1 1 lit. h) SWZ oraz par. 6 ust. 1 - 4 wzoru umowy - załącznik nr 8 do SWZ);

3. art. 353 (1) kc w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 471 kc poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz

Zamawiającego kary umownej w przypadku nieosiągnięcia wymaganych zgodnie z par. 6 ust. 2 wzoru umowy poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów, o których mowa w par. 6 ust. 1 wzoru umowy (par. 9 ust. 1 - 3 wzoru umowy);

4. art. 436 pkt 3 ustawy pzp poprzez brak określenia we wzorze umowy łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od wykonawcy;

5. art. 353 (1) kc w zw. z art. 5 kc oraz art. 487 par. 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim postanowienia umowy przewidują możliwość nałożenia na wykonawcę kary umownej za to samo zdarzenie (nieodebranie z nieruchomości odpadów w terminie określonym w harmonogramie) na podstawie dwóch różnych postanowień wzoru umowy (par. 9 ust. 4 pkt 3 i par. 9 ust. 4 pkt 7 wzoru umowy);

6. art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 oraz art. 487 par. 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim Zamawiający w par. 12 ust. 2 pkt 3 i 4 wzoru umowy w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił przypadki, których wystąpienie uprawnia go do odstąpienia od umowy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i wzoru umowy w zakresie:

1) zarzutu z pkt III. 1 odwołania - zmianę Rozdział II pkt 1 ppkt 7 lit. a) SWZ poprzez wskazanie, że zmieszane odpady komunalne oraz bioodpady stanowiące odpady komunalne wykonawca będzie odbierał z:

a) budynków jednorodzinnych - 1 raz w miesiącu z tym, że w okresie od kwietnia do października 1 raz na 2 tygodnie;

b) budynków wielolokalowych - 1 raz w miesiącu z tym, że w okresie od kwietnia do października 1 raz na tydzień;

2. zarzutu z pkt III.2 i 3 odwołania - zmianę Rozdziału II pkt 1 ppkt 1 1 lit. h) SWZ oraz par. 6 ust. 1 - 4 wzoru umowy poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie do poddania odpadów przetworzeniu w sposób, który umożliwi w jak największym stopniu uzyskanie przez Zamawiającego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych odebranych w ramach Umowy, w wysokości wskazanej w art.3b ust. 1 ucpg oraz usunięcie par. 9 ust. 1 - 3 wzoru umowy

ewentualnie

poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych odebranych w ramach Umowy, w wysokości wskazanej w art.3b ust. 1 ucpg, z wyłączeniem odebranych w ramach Umowy odpadów o kodzie 20 03 01 zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz w konsekwencji modyfikację par. 9 ust. 1 - 3 wzoru umowy) wzoru umowy poprzez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami - w wysokości stanowiący iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, 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, przy czym przy obliczaniu osiągniętego i wymaganego poziomu, nie uwzględnia się odebranych w ramach Umowy odpadów o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,

ewentualnie

poprzez modyfikacje wzoru umowy polegająca na wprowadzeniu postanowień zgodnie z którymi Zamawiający zobowiąże 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. W szczególności Zamawiający zobowiąże się do:

a) wszczęcia i prowadzenia postępowań w przedmiocie określenia opłat podwyższonych, o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpg 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,

b) 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 szpalnę,

c) 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,

d) przeprowadzania przez pracowników Zamawiającego kontroli segregacji odpadów w ilości co najmniej 10 nieruchomości, w tym nieruchomości wielolokalowych miesięcznie, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej segregacji odpadów, wszczęcie postępowań, o których mowa w lit. a powyżej, a także informowania o przeprowadzonych kontrolach oraz toku poszczególnych postępowań.

Ponadto poprzez dodanie zastrzeżenia, że w przypadku zaniechania przez Zamawiającego wykonania którychkolwiek obowiązków, o których mowa powyżej, par. 9 ust. 1 3 wzoru umowy nie znajduje zastosowania oraz w konsekwencji zmianę par. 9 ust. 1 - 3 wzoru umowy poprzez dodanie po jego dotychczasowej treści zastrzeżenia, że należna kara nie może być wyższa aniżeli kara nałożona na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpq za rok 2024 pomniejszona o opłaty podwyższone o których mowa w art. 9ka ust. 2 i 3 ucpq, nałożone decyzjami Prezydenta Miasta Zamawiającego, które są należne za rok 2024, przy uwzględnieniu tego, że Zamawiający jest zobowiązany do wykorzystania pełnej ścieżki odwoławczej od kary administracyjnej nakładanej na podstawie art. 9z ust. 2 lub 2a ucpq, to znaczy winien złożyć odwołanie do GIOŚ, a następnie właściwego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (przy czym Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie argumentacji do poszczególnych środków odwoławczych, a Wykonawca winien tą argumentację przedstawić w terminie umożliwiającym złożenie środka odwoławczego); kara ta będzie wymagalna w terminie 14 dni od daty prawomocnego zakończenia wszystkich postępowań, o których mowa powyżej;

3. zarzutu z pkt III.4 odwołanie - wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający w całym okresie obowiązywania umowy na poziomie nie wyższym niż 10% szacunkowej maksymalnej wartości zamówienia, o której mowa w par. 8 ust. 2 wzoru umowy;

4. zarzutu z pkt III.5 wzoru umowy - wykreślenie par. 9 ust. 4 pkt 7 wzoru umowy ewentualnie jednoznaczne wskazanie, że w przypadku nieodebrania z nieruchomości odpadów w terminie określonym w harmonogramie na wykonawcę zostanie nałożona wyłącznie kara przewidziana w par. 9 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy;

5. zarzutu z pkt III.6 odwołania - wykreślenie pkt 3 i 4 z par. 12 ust. 2 wzoru umowy;

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

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła również, że w dniu 2 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w części wskazując:

„1/ zarzut 1 Zamawiający uznaje za zasadny i wskazuje, że częstotliwość odbioru odpadów komunalnych będzie w warunkach zamówienia zmieniona, zgodnie z art. 6 r ust 3 b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie,

2/ zarzut 2 Zamawiający uznaje jako niezasadny. Zgodnie z art. 3aa ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, wskazać należy, że na Gminę został nałożony obowiązek osiągnięcia określonego poziomu recyklingu. Gmina nie posiada żadnych samodzielnych narzędzi, aby samodzielnie wywiązać się z nałożonego obowiązku. Obowiązek ten musi bowiem być realizowany przez profesjonalny podmiot mający odpowiednie narzędzia i przygotowanie, aby normy określone w przepisach prawa zostały spełnione. Jedyną możliwością jest nałożenie określonych zatem obowiązków wynikających z ustawy na podmiot, któremu Gmina bezpośrednio zleca odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Zamawiający nie zgadza się zatem z zarzutem, że w takim przypadku stosuje niedozwolone postanowienia umowne.

3/ zarzut 3 Zamawiający uznaje jako bezzasadny także z powodów wskazanych powyżej. Gmina jest podmiotem, na który zostają nałożone kary w przypadku nieosiągnięcia określonego poziomu recyklingu. Natomiast podmiot zajmujący się profesjonalnie realizacją takich zadań jakkolwiek powinien w umowie zostać zobligowany do przestrzegania postanowień, do których się zobowiązał. Stąd też trudno uznać, że obciążenie karą umowną w przypadku nieprawidłowego wykonania umowy nie będzie zasadne, zwłaszcza, że Gmina nie ma możliwości samodzielnie zastosowania się do zapisów ustawy o

utrzymaniu czystości i porządku w gminie dotyczącego zapewnienia określonego poziomu recyklingu, zwłaszcza, że zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych zostało wprost wskazane, że zastosowanie kar umownych jest możliwe

4/ zarzut 4 Zamawiający uznaje za zasadny i wskazuje, że zapis ten zostanie uzupełniony,

5/ zarzut 5 Zamawiający uznaje za bezzasadny, gdyż kary umowne wskazane we wzorze umowy są zapisane prawidłowo.

6/ zarzut 6 Zamawiający uznaje za niezasadny, gdyż wskazany zapis umowy precyzuje wprost przypadki, kiedy możliwe jest odstąpienie.”

Pismem z dnia 3 listopada 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym „*W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*” Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, a Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty. Natomiast, do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: