Sygn. akt: KIO 1911/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Jolanta Markowska**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 czerwca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2025 r. przez wykonawcę: **RDF sp. z o.o.,**
ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołękaw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Kobyłka, ul. Wołomińska 1, 05-230 Kobyłka,**
przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy: **PARTNER sp. z o.o. sp.k., ul. Jana Pawła II 80/158, 00-175 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1911/25 po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty**15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz wykonawcy: **RDF sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka,** 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 1911/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto Kobyłka z siedzibą w Kobyłce, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej „Pzp" w przedmiocie: „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Miasta Kobyłka, z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) oraz odpadów komunalnych z likwidacji dzikich wysypisk*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2025 r. pod numerem: 287027-2025, numer wydania: Dz.U. S: 86/2025.

Wykonawca, RDF sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wobec niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. 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 §9 ust. 3 i nast. Wzoru Umowy stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy uzależnione od zmian cen paliwa, a dodatkowo globalnie ograniczono maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia do 10% cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy, 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,

2) 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 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 106 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c." i w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez wprowadzenie kary umownej za nieosiągnięcie tzw. poziomów recyklingu w § 7 ust. 3 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" (co przekłada się na udział ok. 60% odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów objętym przedmiotem zamówienia),

b) uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce, czyli odpady podlegające recyklingowi wliczanemu do poziomów recyklingu,
c) wdrożonego w okresie realizacji umowy tzw. „systemu kaucyjnego", który w sposób niewątpliwy 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. (okres realizacji zamówienia to 24 miesiące), sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej (§ 7 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 2 powyżej za niezasadny)
3) naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c., poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§ 7 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 § 7 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 osiągane poziomy recyklingu i odzysku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającej na dokonaniu:
1) Ad. zarzut pkt 1 - zmiany §9 ust. 3 i nast. 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. poprzez:
a) zmianę wskaźnika cen paliwa na wskaźniki ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 3 ostatnie miesiące będzie różna od ± 2%,
b) zwiększenie maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 20% wysokości cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy;
2) Ad. zarzut pkt 2 – wykreślenia § 7 ust. 3 Wzoru Umowy;
ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2:
3) Ad. zarzut pkt 3 - zmiany § 7 ust. 3 Wzoru umowy poprzez ograniczenie jej wysokości do co najwyżej połowy kary nałożonej na Miasto Kobyłka na podstawie art. 9z ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2024, poz. 399) naliczonej zgodnie z przepisami art. 9z ust. 3 ustawy, jeżeli jej nałożenie miało związek z nieprawidłowym zawinionym wykonywaniem umowy przez Wykonawcę;

Odwołujący wskazał, 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.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia. Tymczasem Odwołujący, jako podmiot działający w branży odbioru odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co wypełnia materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie formułowania obowiązków umownych, w tym kar umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, czym godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto, takie postanowienia SWZ, prowadzą do powstania szkody po stronie tego

wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia (tak np. KIO 1987/21).

Wykonawca, PARTNER sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 09 czerwca 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o:

1) umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu 1 na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp, z powołaniem się na okoliczność, iż wprowadzone przez Zamawiającego dnia 3 czerwca 2025 r. zmiany treści postanowień § 9 PPU, skutkują uchyleniem substratu zaskarżenia na skutek czego dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne, ewentualnie, umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 3) Pzp w przypadku uznania przez Izbę, że wprowadzone zmiany § 9 PPU, pomimo iż nie odpowiadają w pełni treści zarzutów i skorelowanych z nimi żądań Odwołującego, to stanowią faktyczne ich uwzględnienie. Zamawiający wskazał, że stosownie do regulacji art. 522 ust. 1 Pzp, „*W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”*. Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonał i nie zamierza dokonać zmian, które korespondują z obowiązkiem wynikającym z przywołanego przepisu, co w jego ocenie udaremnia zakwalifikowanie wprowadzonych zmian w dokumentach zamówienia, za uwzględnienie odwołania w sposób dorozumiany lub *per facta concludentia,* ewentualnie, oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 1 (w przypadku uznania przez Izbę, iż nie zaistniały podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego), ze względu na bezpodstawność zarzutów;

2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie ze względu na bezpodstawność zarzutów, przy jednoczesnym uwzględnieniu zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w zakresie §7 ust. 3 PPU, które w szczególności względem zarzutu ewentualnego względem zarzutu 2 (podstawowego), mogą stanowić podstawę do stwierdzenia przez Izbę, że również w tym zakresie zaistniały podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego, z powołaniem na okoliczności i argumentację wskazaną przez Zamawiającego względem zarzutu 1.

Zamawiający przedstawił wprowadzone zmiany w treści SWZ oraz dokumenty PPU I OPZ w wersji po zmianie dokonanej w dniu 03 czerwca 2025 r.

Pismem z dnia 11 czerwca 2025 r. Odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego. Odwołujący wskazał, że w nawiązaniu do wniosku Zamawiającego, zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 czerwca 2025 r., wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, powołując się na okoliczność, iż wprowadzone przez Zamawiającego zmiany treści postanowień SWZ, skutkują uchyleniem substratu zaskarżenia, na skutek czego dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego, stało się zbędne.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlegało umorzeniu na podstawie art. art. 568 pkt 2 Pzp.

Izba ustaliła, że w dniu 03 czerwca 2025 r. Zamawiający dokonał zmian w treści postanowień SWZ oraz projektu umowy (PPU) w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający opublikował wprowadzone zmiany w ramach dokumentacji prowadzonego postępowania.

Wprowadzone przez Zamawiającego w dniu 03 czerwca 2025 r. zmiany treści dokumentów zamówienia w zakresie korespondującym z zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu powodują, że brzmienie postanowień kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ/ PPU uległo zmianie – w świetle wprowadzonych modyfikacji nabrało innego znaczenia, co skutkuje tym, że postanowienia SWZ/PPU w brzmieniu kwestionowanym przez Odwołującego w odwołaniu już na chwile obecną w przedmiotowym postępowaniu nie obowiązują.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Postępowanie odwoławcze staje się zbędne lub niedopuszczalne, gdy przedmiot zaskarżenia przestał istnieć.

W niniejszej sprawie dokonanie przez Zamawiającego zmian postanowień SWZ/PPU w zakresie korespondującym z zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu spowodowało, że postanowienia zaskarżone przez Odwołującego zmieniły swoje znaczenie, a tym samym postanowienia, wobec których zostało wniesione odwołanie de facto przestały wiązać w postępowaniu w brzmieniu sprzed dokonanej zmiany. Tym samym należało stwierdzić, że tzw. substrat zaskarżenia w niniejszej sprawie, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, przestał istnieć. W przedmiotowej sprawie treść postanowień SWZ/PPU stanowiła tzw. substrat zaskarżenia, czyli fakt (zdarzenie), które stanowiło podstawę do wniesienia odwołania, co wprost potwierdza treść odwołania. Skoro treść postanowień na skutek dokonania przez Zamawiającego nowych czynności w postępowaniu zmieniła brzmienie, to tym samym, substrat zaskarżenia upadł, a

rozpoznawanie odwołania stało się zbędne.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze stało się w niniejszej sprawie zbędne (bezprzedmiotowe) lub niedopuszczalne z uwagi na fakt, że treść SWZ/PPU, która stanowiła podstawę do sformułowania zarzutów i wniesienia odwołania, przestała istnieć z dniem 03 czerwca 2025 r., tj. z dniem dokonania zmiany przez Zamawiającego treści SWZ/PPUW tym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp
w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit.b oraz § 9 ust. 2 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).

Przewodniczący:……..