

Sygn. akt: KIO 839/17

POSTANOWIENIE
z dnia 8 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 8 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017r. przez **wykonawcę FB Serwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasta Kłodzko z siedzibą w Kłodzku, Pl. Bolesława Chrobrego 1**

orzeka:

1. umorzyć postępowanie,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy FB Serwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych w sektorze zachodnim Gminy Miasta Kłodzko wszczętego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 kwietnia 2017r. nr 2017/S 072-138282.

W dniu 24 kwietnia 2017r. odwołujący wniósł drogą elektroniczną odwołanie. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 kwietnia 2017r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia zastała przekazana zamawiającemu w dniu 24 kwietnia 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) sporządzonej przez zamawiającego w postępowaniu.

Zarzucił zamawiającemu obrazę:

Art. 353 (1) Kodeksu cywilnego - przez sprzeczne z naturą stosunku zlecenia ukształtowanie zobowiązania wykonawcy w części dotyczącej osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w latach 2018 - 2020, przy jednoczesnym bardzo niskim poziomie selektywnej zbiórki odpadów na terenie Gminy Miasta Kłodzko oraz nieobjęcia przedmiotem zamówienia wyposażenia właścicieli nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki odpadów, co w praktyce uniemożliwia osiągnięcie wskazanych celów i czyni zobowiązanie wykonawcy w powyższym zakresie zobowiązaniem o rezultatu, bądź biorąc pod uwagę zastrzeżenie kary umownej w przypadku nieosiągnięcia przez wykonawcę wskazanych poziomów -zobowiązaniem o charakterze gwarancyjnym.

Wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania w całości,
- b) nakazanie zamawiającemu zmiany treści siwz - w zakresie projektu umowy przez określenie, iż kara umowna (ó której mowa w § 11 ust 10 pkt. g), zastrzeżona na wypadek przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w latach 2018 - 2020 nałożona zostanie jedynie w przypadku, gdy cele te nie zostaną osiągnięte z powodu niedochowania przez wykonawcę należytej staranności,
- c) nakazanie zamawiającemu objęcia przedmiotem zamówienia wyposażenia właścicieli nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki odpadów,

Ponadto o:

d) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Zgodnie z postanowieniem 11.2.3 siwz oraz § 4 ust. 9 umowy zamawiający wymaga, aby wykonawca działając w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Kłodzko osiągnął w okresie od 1 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2018 r., od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r., od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. odpowiednie poziomy: - recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, - recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych, oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania. Poziom do osiągnięcia został określony w rozporządzeniach Ministra Środowiska w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych („Rozporządzenie”) oraz w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów. W zakresie recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych poziomy te, zgodnie z powołanym Rozporządzeniem, wynoszą odpowiednio:

- 30 % w 2018 r.
- 40 % w 2019 r.
- 50 % w 2020 r.

Wykonawca ma realizować umowę do 31 grudnia 2020 r.

2. W przypadku nieosiągnięcia poziomów określonych w Rozporządzeniu wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej, która „liczona będzie w sposób określony w art. 9 x ust. 3 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach' („UCPG”) - postanowienie powołanego projektu Umowy. Zgodnie natomiast z art 9 x ust. 3 karę oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki, opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, 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 recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Wskazał ponadto, iż w dniu 5 kwietnia 2017 r. opublikowane zostało Rozporządzenie Rady Ministrów zmieniające rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska (Dz.U. 2017 poz. 723), zgodnie którym nastąpi znaczny wzrost stanowiących podstawę naliczania

kar, o których mowa w art. 9 x ust, 3 (JCPd, tzw. stawek opłaty marszałkowskiej. Bazowa dla wyliczenia kary stawka Opłaty marszałkowskiej za umieszczenie na składowisku odpadów niesegregowanych:

- 140 zł w 2018 r. (30% poziom odzysku wymagany Rozporządzeniem)
- 170 zł w 2019 r, (40% poziom odzysku wymagany Rozporządzeniem)
- 270 zł w 2020 r., (50% poziom odzysku wymagany Rozporządzeniem) w porównaniu do 120,76 zł w roku 2017.

UCPG przewiduje nałożenie kary za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu na gminy, które są zobowiązane do osiągnięcia tych poziomów zgodnie z UCPG. Zamawiający natomiast sugeruje, iż to wykonawca działając w imieniu i na rzecz gminy będzie zobowiązany do osiągnięcia tych poziomów. Powyższe budzi wątpliwości, co do prawidłowości takiego rozwiązania, gdyż zamawiający wydaje się przenosić na wykonawcę swoje obowiązki w całości.

Gromadzenie przez mieszkańców Gminy Miasta Kłodzko odpadów w sposób selektywny odbywa się w większości w workach. W przeciwieństwie do większości przetargów tego typu, do obowiązków wykonawcy nie należy wyposażenie mieszkańców w worki, a jedynie ich zaoferowanie możliwości zakupu worków mieszkańcom. Konieczność zakupu worków przekłada się w opinii odwołującego bezpośrednio na mniejsze niż w innych gminach ilości odpadów gromadzonych przez właścicieli nieruchomości w sposób selektywny. Zdaniem odwołującego zapewnienie właścicielom nieruchomości worków przez wykonawcę (przez objęcie wyposażenia w worki przedmiotem zamówienia) zwiększyłoby szanse na wzrost poziomu selektywnej zbiórki.

Zgodnie z podanymi przez zamawiającego w siwz danymi w roku 2016 odnotować można znaczny spadek ilości odpadów zbieranych selektywnie w 2016 r. przy wzroście ilości mieszanych począwszy od 2014 r. Udział selektywnej zbiórki wynosił:

Tab. 1

Rodzaj odpadów Ilość odpadów odebranych fMq]

Rok 2014 2015 2016

Zmieszane (20 03 01) w 2014 - 3645,42Mg, w 2015 - 3718,76Mg, w 2016 - 4030,22Mg

Szkło w 2014 - 87,88Mg, w 2015 - 96,37Mg, w 2016 - 87,63Mg

tworzywa sztuczne w 2014 - 43,72Mg, w 2015r. - 75,8Mg, w 2016 -48,69Mg

papier i tektura w 2014 - 7,82Mg, w 2015 - 69,85Mg, w 2016 -38,13Mg

Suma wszystkich odpadów w 2014 - 3864,84Mg, w 2015 - 3960,78Mg, w 2016 - 4204,67Mg

% szkło ze wszystkich odpadów w 2014 - 2,27%, w 2015 - 2,43%, w 2016 - 2,08%

% tworzywa sztuczne ze wszystkich odpadów w 2014 - 1,13%, w 2015 - 1,91%, w 2016 - 1,16%

% papier i tektura ze wszystkich odpadów w 2014 - 2,27%, w 2015 - 1,76%, w 2016 - 0,91%

Jednocześnie, poziom recyklingu i odzysku odpadów w latach 2012-2015 w całej gminie miasta Kłodzko (tj. część zachodnia - objęta Postępowaniem i część wschodnia - postępowanie prowadzone równolegle przez zamawiającego) kształtował się następująco:

Poziom recyklingu i odzysku papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła

2012 11,46 %

2013 12,23 %

2014 15,16 %

2015 16,41 %

2016 brak danych

Z przedstawionych powyżej danych oraz biorąc pod uwagę, iż istniejące na terenie Regionu Południowego instalacje RIPOK, do których trafiać mogą odpady zmieszane nie posiadają obecnie zawansowanych technologii pozwalających na wysegregowanie istotnych (pozwalających na osiągnięcie wymaganych poziomów) ilości frakcji szkła, papieru i plastiku ze strumienia odpadów zmieszanych, wynika, iż przy zachowaniu dotychczasowego poziomu zbiórki selektywnej osiągnięcie celów określonych w Rozporządzeniu jest niemożliwe, Ponadto odwołujący wskazał, że surowce wysegregowane ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych są o wiele gorszej jakości, a tym samym pomimo ich pozyskania, mogą nie zostać przyjęte przez recyklerów, a tym samym wykonawca nie uzyska potwierdzenia przekazania odpadów do recyklingu.

Mając na uwadze powyższe, tj.

a. zobowiązanie wykonawcy do osiągnięcia poziomów określonych w Rozporządzeniu, oraz

b, wynikającą z przedstawionych danych liczbowych niemożliwość spełnienia tego obowiązku,

przy jednoczesnej wysokiej (i coraz wyższej w kolejnych latach obowiązywania umowy) karze umownej za brak spełnienia obowiązków, odwołujący uznał, że zobowiązanie wykonawcy ma w przedmiotowym zakresie charakter zobowiązania rezultatu - umowa o dzieło lub roboty budowlane, bądź charakter gwarancyjny - typowy dla umów ubezpieczenia lub w końcu, jest umową o świadczenie niemożliwe.

Stosunek zobowiązaniowy, który powstanie pomiędzy wykonawcą a zamawiającym w następstwie rozstrzygnięcia postępowania i zawarcia umowy najbardziej zbliża się do umowy zlecenia (art. 750 K.c), a więc umowy starannego działania. Tym samym odpowiedzialność wykonawcy ograniczona być powinna jedynie do obowiązku starannego działania - nie może być on zobowiązany do osiągnięcia rezultatu, w szczególności, gdy działając z należytą starannością rezultatu osiągnąć nie może.

Gdyby z kolei uznać, że zobowiązanie w przedmiotowym zakresie ma charakter gwarancyjny, to także jest on sprzeczny z naturą umów nienazwanych, w przedmiocie odbierania i

zagospodarowania odpadów. Jest bowiem zgodnie z UCPG rolą zamawiającego (gminy) zapewnienie i propagowanie selektywnej zbiórki odpadów. Przerzucanie całości obowiązków na wykonawcę i „wykupowanie u niego polisy ubezpieczeniowej” uznać należy za niepoprawne i niekorzystne dla mieszkańców, którzy poniosą wyższe koszty zagospodarowania odpadów. W przypadku braku zmiany umowy w postulowanym zakresie wykonawcy składający ofertę w przetargu powinni przecież „wkalkulować” w cenę kwotę kar umownych z powodu nieosiągnięcia poziomów określonych w Rozporządzeniu.

W końcu odwołujący wskazał, iż można by umową w przedmiotowym zakresie traktować jako umową o świadczenie niemożliwe, a tym samym dotkniętą sankcją nieważności.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, a zakwestionowane - wadliwe - zapisy siwz dotyczące obowiązków w zakresie odzysku i recyklingu niektórych frakcji odpadów znacząco utrudniają mu uzyskanie zamówienia, gdyż zakładając niemożliwość osiągnięcia przedmiotowych poziomów złoży ofertę o wyżej cenie ofertowej (z wliczeniem potencjalnych kar umownych), podczas gdy konkurenci wykonawcy mogą takiego założenia nie przyjąć i złożyć oferty rzekomo cenowo korzystniejsze dla zamawiającego.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać.

Odwołujący podał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia br. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia - której postanowienia są kwestionowane w ramach odwołania. Odwołanie, wnoszone w dniu 24 kwietnia 2017 r., składane jest zatem w ustawowym terminie. 10 dniowy termin upływający 22 kwietnia - sobota uległ przesunięciu na poniedziałek 24 kwietnia.

W dniu 5 maja 2017r. odwołujący złożył pisemne oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało złożone przez pełnomocnika umocowanego w sprawie.

W dniu 5 maja 2017r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, do odpowiedzi nie załączono rachunków. Odpowiedź została złożona przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2017r. udzielonego przez Burmistrza Miasta Kłodzka

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu i nie uwzględniono wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, gdyż odwołanie zostało cofnięte na więcej niż 1 dzień przed dniem, na który zostało wyznaczone posiedzenie z udziałem stron.

Przewodniczący: