Sygn. akt: KIO 1990/22

POSTANOWIENIE
z dnia 12 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:Przewodniczący Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Monika Szymanowska
Renata Tubisz

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2022 r. przez wykonawcę ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Związek Międzygminny „Gospodarka Komunalna", ul. Piłsudskiego 4; 32-500 Chrzanów

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów

stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1990/22

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego pn: „Odbiór, transport

i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna", numer referencyjny: ON.271.5.2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.07.2022 r. pod nr 2022/S 138-394780 przez Związek Międzygminny „Gospodarka Komunalna", ul. Piłsudskiego 4; 32-500 Chrzanów zwany dalej: „Zamawiającym". Ogłoszenie oraz postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ" zostały opublikowane w tym samym dniu na miniportalu UZP. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej: „NPzp" albo „PZP" albo „ustawy PZP" albo „p.z.p".

W dniu 29.07.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów zwany dalej: „ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o." albo „Odwołującym" wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego na postanowienia SWZ z 20.07.2022 r. Kopie

odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 25.07.2022 r. udzielonego przez Cz. Z. i prokurenta osoby ujawnione w załączonym do odwołania KRS-ie i umocowane do łącznej reprezentacji. Zarzucił naruszenie:

1. art. 439 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 ustawy PZP poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny, 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:

a. nie określono poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, w sposób pozwalający na jednoznaczne przyjęcie, czy dotyczy on każdej z cen osobno czy łącznie wszystkich czynników wpływający na wykonanie umowy oraz jednoznaczne zidentyfikowanie tych materiałów lub kosztów;

b. określono początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia w sposób, który powoduje, że w okresie kiedy ryzyko zmiany cen jest największe wykonawca nie ma możliwości wnioskowania o zmianę wynagrodzenia;

c. sposób ustalania zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do półrocznego wskaźnika inflacji ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego nie koresponduje z podstawą samego wnioskowania o zmianę wynagrodzenia tj. wzrostu cen materiałów lub kosztów o 10%;

d. nie sprecyzowano sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na zmianę wynagrodzenia, czyli w jaki sposób zostanie ustalony poziom zmiany wynagrodzenia w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych we wzorze Umowy;

2. art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. brak określenia stanu technicznego pojemników oraz mechanizmu motywującego właściciela nieruchomości do wymiany pojemnika, którego stan techniczny wskazuje, że odbieranie z niego odpadów może doprowadzić do uszkodzenia, bez ponoszenia odpowiedzialności za jego uszkodzenie - jeśli pojemnik jest zużyty, a jego stan techniczny wskazuje, że ulegnie uszkodzeniu nie z winy wykonawcy, ale w powodu zużycia, a także brak dookreślenia pojęć pozwalających na ocenę, czy pojemnik na odpady należy odebrać, czy też nie tj. „przeciążenie pojemnika", oraz sposobu oceny „przeciążenie pojemnika" oraz „ustalanie zawartości pojemnika" oraz zdefiniowanie terminu „przeciążenie";

3. art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, przez zastrzeżenie w § 13 ust. 2 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody i okoliczności, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny;

4. art. 433 pkt 1 ustawy PZP, poprzez zastrzeżenie w § 13 ust. 2 Wzoru umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, mimo braku uzasadnienia okolicznościami, przedmiotem i zakresem zamówienia;

5. naruszenie innych przepisów i norm prawnych wskazanych w treści uzasadnienia.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ oraz załączników w sposób wskazany w treści uzasadnienia w zakresie poszczególnych zarzutów.

Zamawiający w dniu 01.08.2022 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 09.08.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 2 d, 3 i 4 w zakresie pozostałych zarzutów wnosił o ich oddalenie (1 a, b, c, d oraz 2 a, b i c. oraz

5). Kopia została przekazana Odwołującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisane przez osobę umocowaną, tj. Przewodniczącego Zarządu Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna" w Chrzanowie.

W dniu 11.08.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący przesłał pismo procesowe w ramach którego oświadczył, że wycofuje odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego. Pismo zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa 25.07.2022 r. udzielonego przez Cz. Z. i prokurenta osoby ujawnione w załączonym do odwołania KRS-ie i umocowane do łącznej reprezentacji.

W dniu 12.08.2022 r. na mocy zarządzenia z 02.08.2022 r. odbyło się posiedzenie z udziałem stron. Na posiedzeniu nikt się nie stawił, tak Zamawiający jak i Odwołujący prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia. Dowód zawiadomienia w aktach sprawy.

Izba umarza postępowanie z uwagi na częściowe uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego (brak przystąpień) i wycofanie pozostałych zarzutów przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części a pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 NPzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, 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. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 NPzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).
W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do

postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie: