

POSTANOWIENIE

z 24 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron 17 i 24 października 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 października 2022 r. przez odwołującego: MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Nasielsk z siedzibą w Nasielsku przy udziale wykonawcy RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2591/22

Uzasadnienie

Gmina Nasielsk z siedzibą w Nasielsku (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwianie) odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Nasielsk oraz odpadów zbieranych w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Nasielsku w 2023 roku” (dalej: Postępowanie).

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) zwanej dalej w skrócie Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 września 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 184-520243.

3 października 2022 r. wykonawca: MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) złożył odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia oraz Ogłoszeniu o zamówieniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kc przez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, brak określenia minimalnej wartości zamówienia, co utrudnia wykonawcom kalkulację ofert, co może mieć wpływ na sporządzenie ofert i może być czynnikiem ograniczającym krąg wykonawców zainteresowanych wykonaniem Zamówienia;

2. art. 353¹ Kc oraz art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i art. 436 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób wzajemnie sprzeczny z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi oraz w sposób uprzywilejowujący aktualnego wykonawcę i dyskryminujący pozostałych wykonawców przez wadliwe ustalenie okresu realizacji umowy na 12 miesięcy tj. od 1 stycznia 2023 do 31 grudnia 2022 r., bez uwzględnienia okresu przygotowawczego, mimo tego, że wykonawca, żeby realizować umowę od 1 stycznia 2023 r. musi przygotować konieczną do tego i opisaną w OPZ infrastrukturę co oznacza, że umowa będzie realizowana przez okres dłuższy niż wskazuje na to literalne brzemienie SWZ co uprzywilejowuje aktualnego wykonawcę;

3. art. 353¹ Kc oraz art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób wzajemnie sprzeczny, z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi przez wadliwe ustalenie kwestii reklamacji w § 3 punkt 7 Wzoru Umowy oraz rozdziału 3 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) co jest nadużyciem pozycji dominującej Zamawiającego;

4. art. 433 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc oraz art. 99 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób wzajemnie sprzeczny, z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi przez wadliwe określenie podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego w § 12 Wzoru Umowy ust. 1 pkt 4 co pozwala na arbitralność Zamawiającego w kwestii odstąpienia od Umowy i ustanawia odpowiedzialność wykonawcy również za okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

5. art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp, przez brak zawarcia w § 11 umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia mimo tego, że umowa będzie obowiązywała przez okres dłuższy niż 12 miesięcy mimo literalnej treści postanowień SWZ.

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, Opisu przedmiotu

zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy), tj.:

1. Wprowadzenia do SWZ i Wzoru Umowy wartości minimalnej zamówienia przez skazanie, że minimalna wartość zobowiązania Zamawiającego stanowiącej 80% wartości wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2 wzoru umowy.;
2. Wprowadzenie do Rozdział IV SWZ oraz § 2 ust. 1 Wzoru Umowy postanowienia, że „przedmiot umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów będzie realizowany przez 12 miesięcy po upływie okresu przygotowawczego do wykonywania tych usług który będzie obejmował co najmniej 2 miesiące. Skrócenie okresu przygotowawczego może nastąpić tylko za zgodą Wykonawcy”.
3. Zmiana w OPZ oraz we Wzorze Umowy przez wskazanie, że realizacja reklamacji nastąpić ma w ciągu 1 dnia roboczego liczonego od kolejnego dnia roboczego od otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego (zgodnie z zasadą opisaną powyżej), a kara umowna może być naliczona po przekroczeniu tego terminu i tylko za dni robocze.
4. Zmiany § 12 ust. 1 pkt 4 umowy i nadanie mu brzmienia „Wykonawca zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwalny nie realizuje jej przez kolejnych 7 dni kalendarzowych przy czym brak realizacji umowy wynika z powodów zawnionych i zależnych od Wykonawcy”.
5. Dodanie do Wzoru Umowy klauzuli waloryzacyjnej zgodnie z poniższym: „Zgodnie z przepisem art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Strony dopuszczają możliwość żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, tj. w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w §9 ust. 1 pkt 1 i 2 Umowy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy (...)”.

W odpowiedzi na odwołanie z 14 października 2022 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty nr 3 i 4. W zakresie zarzutów nr 1 i 2 Zamawiający oświadczył, że nie zgadza się z żądaniami Odwołującego, ale wprowadzi do dokumentacji postępowania zmiany częściowo realizujące jego oczekiwania. Pismem z 21 października 2022 r. Zamawiający przekazał na Krajowej Izbie Odwoławczej dokumenty na potwierdzenie wprowadzonych w dokumentacji zmian. Izba ustaliła, że w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego zmiany te spowodowały zaistnienie przesłanek określonych w 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.

Zamawiający zmienił warunki postępowania w ten sposób, że określił minimalną wartość zamówienia na poziomie 60% wartości wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2 wzoru umowy. Ponadto Zamawiający wprowadził postulowany przez Odwołującego dwumiesięczny okres przygotowawczy, przy czym łączny okres realizacji przedmiotu zamówienia nie został wydłużony (pozostało 12 miesięcy zamiast żądanego przez Odwołującego wydłużenia do 14 miesięcy).

24 października 2022 r. przed wznowieniem posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wobec ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 5 odwołania zaistniały przesłanki skutkujące umorzeniem postępowania, zgodnie z unormowaniem przytoczonego wyżej art. 568 pkt 2 Pzp. Wprowadzone przez

Zamawiającego zmiany w dokumentacji postępowania spowodowały, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się niecelowe. W zakresie zarzutów nr 1 i 2 zmiany w dokumentacji, co do zasady były adekwatne do uzasadnienia tych zarzutów w odwołaniu. Odwołujący położył nacisk na samo wprowadzenie zmian polegających na określeniu przez Zamawiającego minimalnego poziomu wartości przedmiotu zamówienia oraz wprowadzeniu okresu przygotowawczego i zmiany te zostały przez Zamawiającego wprowadzone.

W zakresie zarzutu nr 5 Izba wskazuje, że również podlegał umorzeniu jako zarzut wynikowy wobec zarzutu nr 2.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

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