

Sygn. akt KIO 3351/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 8 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2024 r. przez wykonawcę FCC Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę i Miasto Czerwionka-Leszczyny,

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FCC Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze kwoty 13 500 zł 00 gr (trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego 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 3351/24

Uzasadnienie

Gmina i Miasto Czerwionka-Leszczyny, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Gminy i Miasta Czerwionka-Leszczyny”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 września 2024 r., pod numerem 2024/S 171-527462.

W dniu 13 września 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca FCC Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień SWZ i niezgodnych z wymaganiami przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 58 § 1 i 2 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez sformułowanie w § 13 wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, zgodnie z którą:
 - a) wniosek waloryzacyjny może być złożony tylko raz w roku, dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy,
 - b) waloryzacja będzie możliwa, jeżeli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za ostatni kwartał poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację wzrośnie lub obniży się o co najmniej 6,5% w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia umowy,
 - c) w 2027 r. wniosek o waloryzację wynagrodzenia (wzrost lub obniżenie), może być złożony pod warunkiem, że wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych wzrośnie lub obniży się o

6,5% w kwartale poprzedzającym złożenie wniosku o waloryzację w stosunku do ostatniego kwartału 2026 r. w sytuacji kiedy dokonano waloryzacji wynagrodzenia w roku poprzednim,

- d) waloryzacja wynagrodzenia nastąpi od dnia zawarcia aneksu, a nie od dnia złożenia wniosku,
- e) Zamawiający nie jest zobowiązany do waloryzacji wynagrodzenia, ponieważ klauzula pozwala Zamawiającemu na stwierdzenie, że „wniosek nie jest kompletny”,
- f) maksymalny wzrost wynagrodzenia to 10% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania, o którym mowa w § 6 ust. 3 wzoru umowy według wartości w dniu złożenia wniosku o waloryzację, podczas gdy maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia powinna wynosić 20% wynagrodzenia umownego, o którym mowa § 6 ust. 3 wzoru umowy (zarzut nr 1),
- 2) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i ustanowienia w § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy możliwości odstąpienia od umowy, gdy: „Wykonawca realizuje usługę w sposób niezgodny z niniejszą umową – w terminie 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiadomości o tym fakcie”, bez jednoczesnego wyraźnego i konkretnego określenia, co Zamawiający rozumie jako sytuację, które stanowią realizację umowy niezgodnie z umową w sposób, który uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy (zarzut nr 2).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści § 13 wzoru umowy w taki sposób, aby aktualne jego brzmienie zostało wykreślone a w jego miejsce wpisano: „Strony dokonają zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia następujących okoliczności:

- 1) zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia z uwzględnieniem następujących reguł:
 - a) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów wyliczonych w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 2%,
 - b) podstawą do ustalenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest wskaźnik cen i towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego obowiązujący w miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert,
 - c) zmiany wynagrodzenia mogą nastąpić najwcześniej po upływie 3 miesięcy realizacji umowy,
 - d) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający wynosi 20% wartości netto wynagrodzenia z niniejszej umowy,
 - e) Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala co najmniej 2% w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień złożenia wniosku waloryzacyjnego. Przez zmianę ceny należy rozumieć zarówno wzrost jak i obniżenie poziomu cen materiałów i kosztów z dnia składania ofert,
 - f) powyższa zmiana nastąpi na pisemny wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia począwszy od miesiąca, w którym nastąpił moment spełnienia warunków do waloryzacji wynagrodzenia wraz ze szczegółowym, pisemnym wyjaśnieniem wzrostu wynagrodzenia wynikającego z waloryzacji. Zamawiający po otrzymaniu wniosku analizuje go i po stwierdzeniu, że wskaźnik wzrósł/zmalał, w którym zawarto umowę automatycznie Strony przeprowadzają waloryzację wynagrodzenia. Waloryzacja przeprowadzana jest tyle razy w czasie trwania umowy, ile razy dojdzie do zmiany wskaźnika o 2% w stosunku do jego wysokości z miesiąca ostatniej waloryzacji,
 - g) zaistnienie przesłanki do zmiany wysokości wynagrodzenia automatycznie skutkuje koniecznością waloryzacji wynagrodzenia,
 - h) wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy wraz z wnioskiem, o którym mowa powyżej składa oświadczenie o braku udziału podwykonawców w realizacji niniejszej umowy. W przypadku, gdy przy realizacji niniejszej umowy będą brali udział podwykonawcy, Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, o ile spełnione zostaną

przesłanki, o których mowa w art. 439 ust. 5 ustawy. Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania powyższej zmiany w terminie do 30 dni od dnia przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia umownego,

- i) Strona Umowy, która otrzyma wniosek o waloryzację wynagrodzenia zobowiązana będzie w ciągu 7 dni do udzielenia odpowiedzi czy wyraża zgodę na waloryzację, czy wniosek wymaga uzupełnienia, wyjaśnienia wątpliwości, brak stanowiska Strony w terminie 7 dni Strony Umowy uznają za wyrażenie zgody na wnioskowane warunki waloryzacji opisane we wniosku waloryzacyjnym. W przypadku wystąpienia wątpliwości co do zakresu wniosku waloryzacyjnego w ciągu 7 dni od jego otrzymania Strona Umowy zobowiązana jest do wskazania jakich informacji jeszcze potrzebuje, aby uwzględnić wniosek lub wskazać wątpliwości, na które druga Strona Umowy musi odpowiedzieć w ciągu 7 dni od daty otrzymania pisma z tymi informacjami. Waloryzacja wynagrodzenia

obowiązywać będzie od daty złożenia wniosku, tj. aneks do umowy ustalający zmianę wynagrodzenia obowiązywał będzie Strony od daty złożenia wniosku waloryzacyjnego. Odmowa wyrażenia zgody na waloryzację wymaga szczegółowego uzasadnienia faktycznego na piśmie”,

2) wyraźnego określenia i konkretnego wskazania, co Zamawiający rozumie jako sytuację, które stanowią „realizację umowy niezgodnie z umową”, która uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy (enumeratywne wyliczenie).

Następnie w dniu 8 października 2024 r. Odwołujący złożył pismo, w którym zawarł oświadczenie, że cofa wniesione odwołanie w całości i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot 90% kwoty wpłaconej tytułem wpisu.

Izba stwierdza, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego – zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy PZP oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) – oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, tj. 13 500 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: