Sygn. akt: KIO 3625/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 16 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Małgorzata Matecka

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2024 r. przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ćmielów

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Remondis 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.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3625/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Ćmielów (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta i gminy Ćmielów w okresie od 01.01.2025 do 31.12.2026 roku" (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 568936-2024, numer wydania Dz.U. S: 185/2024.

W dniu 3 października 2024 r. wykonawca Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1-4 Pzp w zw. z art. 353^1 oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061 j.t. ze zm.), dalej: „kc", w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nie umożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego poprzez sformułowanie przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej w sposób niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny, co z jednej strony uniemożliwia wykonawcom należyte skalkulowanie ryzyka kontraktowego, jakim jest wzrost cen świadczonych usług, a z drugiej strony czyni tę klauzulę pozorną i niespełniającą swojego celu, bowiem niejednoznaczność §8 ust. 12 Umowy powoduje, że nie jest wiadome, po spełnieniu jakich warunków wykonawca będzie mógł ubiegać się o zmianę wynagrodzenia, co w praktyce powodować niemożność skutecznego dokonywania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (§8 ust. 2 Umowy);

2. art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353^1 oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nie umożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia

publicznego w zakresie, w jakim Zamawiający uzależnia możliwość złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia od

zmiany ceny materiałów lub kosztów o co najmniej 10%, co jest poziomem zbyt wygórowanym mając na uwadze aktualną sytuację rynkową, co czyni projektowaną przez Zamawiającego klauzulę waloryzacyjną pozorną, niezgodną z celem, jakiemu klauzula ma służyć (§8 ust. 2 Umowy);

3. art. 99 ust. 1 Pzp poprzez niejednoznaczne określenie przez Zamawiającego, terminu, w jakim wykonawca zobligowany będzie do realizacji zgłoszonych mu reklamacji w związku ze świadczeniem usługi (Zamawiający w poszczególnych postanowieniach Umowy odmiennie definiuje ten czas), co z kolei uniemożliwia Wykonawcy należyte skalkulowanie ryzyk kontraktowych (§2 ust. 2 pkt 9 lit. c) Umowy oraz §9 ust. 1 pkt 3 Umowy);

4. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 kc w zw. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym terminu, w jakim wykonawca ma zrealizować reklamację (dotyczy to zarówno „1 dnia roboczego", jak i „48 godzin") w sposób nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty (w szczególności rozplanowanej wcześniej przez wykonawcę logistyki świadczenia usługi, rozdysponowania pojazdów do świadczenia usługi w innych obszarach gminy), co w konsekwencji oznacza nałożenie na Wykonawcę obowiązku nadmiernie rygorystycznego, a dodatkowo świadczy to o naruszeniu przez Zamawiającego zasad proporcjonalności, równego traktowania wykonawców w postępowaniu i świadczy o naruszeniu zasad współżycia społecznego (§2 ust. 2 pkt 9 lit. c) Umowy oraz §9 ust. 1 pkt 3 Umowy);

5. art. 99 ust. 1 Pzp poprzez niejednoznaczne określenie przez Zamawiającego, terminu, w jakim wykonawca zobligowany będzie do odbioru odpadów z PSZOK (Zamawiający w poszczególnych postanowieniach Umowy odmiennie definiuje ten czas), co uniemożliwia wykonawcy należyte skalkulowanie ryzyk kontraktowych (pkt 6.5a SOPZ, pkt 8.14 SOPZ oraz §9 ust. 1 pkt 5 Umowy);

6. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 kc w zw. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym terminu, w jakim wykonawca ma obowiązek odebrać odpady z PSZOK (1 dzień roboczy) w sposób nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty (w szczególności rozplanowanej wcześniej przez wykonawcę logistyki świadczenia usługi, rozdysponowania pojazdów do świadczenia usługi w

innych obszarach gminy), co w konsekwencji oznacza nałożenie na wykonawcę obowiązku nadmiarowego, a dodatkowo świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasad proporcjonalności, równego traktowania wykonawców w postępowaniu i świadczy o naruszeniu zasad współżycia społecznego (pkt 6.5a SOPZ, pkt 8.14 SOPZ oraz §9 ust. 1 pkt 5 Umowy);

7. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 kc w zw. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym terminu, w Zamawiający będzie miał możliwość uzyskiwania danych z systemu GPS w sposób nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty (w szczególności możliwości technicznych programów, w których rejestrowane są trasy przejazdów samochodów, które pozwalają na archiwizację danych przez okres co najwyżej 1 roku), co w konsekwencji oznacza nałożenie na wykonawcę obowiązku nadmiarowego, a dodatkowo świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasad proporcjonalności, równego traktowania wykonawców w postępowaniu i świadczy o naruszeniu zasad współżycia społecznego (W §7 ust. 11 Umowy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SOPZ i Umowy poprzez:

<u>Ad. Zarzuty dotyczące waloryzacji:</u>

1. Zmianę §8 ust. 12 Umowy poprzez sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób jednoznaczny i wewnętrznie spójny – przede wszystkim poprzez jednoznaczne wskazanie, w jaki sposób ustalana będzie zmiana wynagrodzenia i w jaki sposób określany będzie wpływ zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, jak również poprzez jednoznaczne i uwzględniające aktualną sytuację rynkową określenie poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniających strony do żądania zmiany wynagrodzenia, tj. na przykład w następujący sposób:

12 . Przesłanki waloryzacji wynagrodzenia:

Na zasadach określonych w niniejszym paragrafie wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 8 ust. 2 ulegnie zmianie w przypadku udowodnienia zmiany ceny rzeczy dostarczanych lub kosztów związanych z realizacją Przedmiotu Umowy na następujących zasadach:

1) Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości należnego Wykonawcy Wynagrodzenia w przypadku wzrostu lub spadku:

a) cen przyjęcia do zagospodarowania odpadów komunalnych objętych przedmiotem umowy przez instalacje określone w §5 ust.

8 Umowy, do których Wykonawca przekazywał będzie odebrane odpady komunalne z terenu Gminy Ćmielów, o więcej niż 3% ceny obowiązującej na dzień składania ofert. W przypadku odpadów zbieranych selektywnie, waloryzacja następować będzie w oparciu średnią arytmetyczną ze wzrostu cen w okresie referencyjnym dla wszystkich frakcji

selektywnych odbieranych w ramach przedmiotu zamówienia,

lub

b) cen paliwa (średnia cena paliwa w hurcie z okresu 6 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku) o więcej niż 10% względem ceny z dnia składnia ofert,

po uprzednim złożeniu przez Wykonawcę lub Zamawiającego wniosku o zmianę cen jednostkowych zagospodarowania odpadów komunalnych określonych w §8 Umowy, przy czym z pierwszym wnioskiem strona będzie mogła wystąpić po upływie 6 miesięcy od zawarcia umowy;

2) Zmiana wynagrodzenia miesięcznego Wykonawcy, spowodowana zmianą cen jednostkowych zagospodarowania odpadów komunalnych, określonych w § 8 umowy z uwagi na zmianę wysokości cen w instalacji lub zmianę cen paliwa będzie obowiązywać od pierwszego dnia miesiąca, w którym złożono wniosek. Wykonawca winien wykazać bezpośredni wpływ wzrostu cen na koszty wykonania Przedmiotu umowy, zarówno co do faktu, jak i co do wysokości, przedstawiając na to wiarygodne dowody, tj.,

a) obowiązujący po zmianach cennik przyjęcia odpadów przez instalację oraz cennik przyjęcia odpadów przez instalację obowiązujący w dniu składania ofert, przy czym w przypadku odpadów zbieranych selektywnie, wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia cenników przyjęć odpadów dla wszystkich frakcji obieranych selektywnie, co pozwoli na wyciągnięcie średniej zmiany ceny (jednej dla wszystkich frakcji selektywnych),

b) zestawienie cen hurtowych paliw na podstawie archiwum cen publikowanych przez Orlen z okresu 6 miesięcy poprzedzających

złożenie wniosku wraz ze średnią ceną paliwa w hurcie z tego okresu.

Wniosek zostanie rozpoznany w ciągu 14 dni od dnia złożenia wniosku. Z kolejnym wnioskiem o zmianę wysokości wynagrodzenia strona będzie mogła wystąpić po upływie 6 miesięcy od złożenia poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia z tego tytułu. Maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia z uwagi na zmiany cen w instalacjach przyjmujących odpady może wynieść do 20% dla każdej frakcji w okresie realizacji całej umowy.

Ad. Zarzuty dotyczące realizacji reklamacji

2. Zmianę §2 ust. 2 pkt 9 lit. c) Umowy oraz §9 ust. 1 pkt 3 Umowy poprzez ujednolicenie w całej treści Umowy terminu, w jakim wykonawca będzie zobligowany do usuwania reklamacji.

3. Wydłużenie terminu, w jakim wykonawca będzie zobligowany do realizacji reklamacji tak, aby realizacja reklamacji była możliwa do wykonania bez jednoczesnego zaburzenia całej, uprzednio zaplanowanej, logistyki świadczenia usługi, tj. wydłużenie do 2 dni roboczych od otrzymania zgłoszenia.

Ad. Zarzut dotyczący odbioru z PSZOK

4. Zmianę pkt 6.5a SOPZ, pkt 8.14 SOPZ oraz §9 ust. 1 pkt 5 Umowy poprzez ujednolicenie w całej treści Umowy terminu, w jakim wykonawca będzie zobligowany do odbioru odpadów z PSZOK.

5. Wydłużenie terminu, w jaki wykonawcy będzie zobligowany do odbioru odpadów z PSZOK tak, aby odbiór ten był możliwy do wykonania bez jednoczesnego zaburzenia całej, uprzednio zaplanowanej, logistyki świadczenia usługi, tj. wydłużenie tego terminu z 1 dnia roboczego do 3 dni roboczych od otrzymania zgłoszenia.

Ad. GPS

6. Zmianę §7 ust. 11 Umowy poprzez ograniczenie prawa Zamawiającego do dostępu do danych z GPS pojazdów przez maksymalnie okres 1 roku, od dnia, w którym nastąpił przejazd.

Odwołujący wskazuje dodatkowo, że wskazane powyżej żądania obejmują także konieczność ewentualnej modyfikacji innych postanowień zawartych w dokumentach zamówienia, które nie zostały wprost wyartykułowane w żądaniu, ale

stanowią konsekwencję lub wynikają wprost z żądanych zmian, w związku z czym również powinny zostać wprowadzone.

W dniu 11 października 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Zamawiającego zawierające oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

W terminie wynikającym z przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp (tj. do dnia 14 października 2024 r.) żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego wskazana w art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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. W tej sytuacji Izba nie dokonuje oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

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

Przewodnicząca: