

Sygn. akt: KIO 3932/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 13.11.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 23 października 2024 r. przez wykonawcę REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto i Gmina Solec nad Wisłą

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczonej przez odwołującego 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3932/24

Uzasadnienie

Miasto i Gmina Solec nad Wisłą, dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Miasta i Gminy Solec nad Wisłą, nr sprawy: ZPił.271.15.2024.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 października 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00552600.

W dniu 23 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy REMONDIS Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec zapisów dokumentów zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 431 Pzp oraz art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 z późn. zm.) w zw. z art. 3531 kc w zw. z art. 387 §1 kc poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zapewnienia osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości określonej aktualnie w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w sytuacji, gdy z uwagi na obiektywne okoliczności (w szczególności złą jakością zbiórki odpadów „u źródła”, uwarunkowania rynkowe i technologiczne) osiągnięcie takiego poziomu jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy (§6 Umowy);

ewentualnie (w przypadku nie uwzględnienia powyższego zarzutu)

art. 3531 kc w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 471 kc poprzez sporządzenie Umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim, jeśli Wykonawca nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w §6 Umowy (nie osiąga wymaganego poziomu recyklingu) w sytuacji, gdy na ostatecznie osiągnięty poziom recyklingu odpadów mają wpływ przede wszystkim okoliczności niezależne od wykonawcy, a przede wszystkim zależne od Zamawiającego, a w szczególności gdy na osiągnięty poziom recyklingu decydujący wpływ ma jakością selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, a także uwarunkowania rynkowe i technologiczne, które nie są zależne od wykonawcy (§9 ust. 1-3 Umowy);

2.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. 3531 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 nieumożliwiający 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. 11 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. 11 Umowy);

3.art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3531 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, a jednocześnie wskazuje, że łączna wysokość zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy, co z kolei jest progiem skrajnie niskim, co czyni projektowaną przez Zamawiającego klauzulę waloryzacyjną pozorną, niezgodną z celem, jakemu klauzula ma służyć (§8 ust. 11 Umowy);

4.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 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 („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 współzycia społecznego (rozd. III ust. 1 pkt 12.3/ SWZ);

5.art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 kc w zw. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym uprawnienia Zamawiającego do żądania zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów przez wykonawcę w sposób niejednoznaczny, tj. w sposób, który nie pozwala na jednoznacznie ustalenie, w jakich sytuacjach wykonawca może zostać zobowiązany do zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów, na jaki okres i w jakim stopniu częstotliwość odbioru odpadów może zostać zwiększona, co ma istotny wpływ na sporządzenie oferty i szacowanie ryzyk kontraktowych (Zamawiający zastrzega, że wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie z tytułu zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów), co dodatkowo świadczy to o naruszeniu przez Zamawiającego zasad proporcjonalności, przejrzystości i równego traktowania wykonawców w postępowaniu i świadczy o naruszeniu zasad współzycia społecznego (rozd. III ust. 1 pkt 8/ lit. d) SWZ);

6.art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez opisanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sposób, który nie umożliwia realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, co dotyczy wymogu dysponowania przez wykonawcę pojazdem posiadającym zamontowaną myjkę do pojemników, w ramach którego Zamawiający nie wskazuje, że oczekuje dysponowania (a następnie także realizacji usługi) specjalistycznym pojazdem typu śmieciarko- myjka z zamkniętym obiegiem wody, który pozwala na bezpieczne, efektywne i mniej uciążliwe dla mieszkańców mycie i dezynfekcję pojemników miejscu odbioru odpadów (rozd. V ust. 4.2. tiret szósty SWZ)

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych zmian w zapisach dokumentacji zgodnie ze sposobem wskazanym w treści uzasadnienia odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

W dniu 6 listopada 2024 r. Zamawiający dokonał zmian dokumentów zamówienia. W zakresie dotyczącym niniejszej

sprawy zmiany dotyczyły:

- § 6 ust. 1-4 wzoru umowy, który został usunięty i zastąpiony nowym brzmieniem ust. 1-5,
- § 9 ust. 1-3, który został usunięty i zastąpiony nowym brzmieniem ust. 1,
- Rozdział III. ust. 1 pkt 12.3 SWZ, który został zastąpiony nowym brzmieniem,
- Rozdział III. ust. 1 pkt 8 lit. d) SWZ, który został usunięty,
- Rozdział V. ust. 4.2 tiret szósty SWZ, który został zastąpiony nowym brzmieniem.

Po analizie ww. zmian Izba doszła do wniosku, że chociaż Zamawiający nie złożył formalnego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania, to zmiany dokumentacji zgodne są z żądaniami odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako zarzut nr 1, 4, 5 oraz 6.

W dniu 12.11.2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo pełnomocnika Odwołującego, w którym oświadczył on, że: *„Działając na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa (w aktach postępowania odwoławczego), w imieniu spółki REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w związku z dokonaną przez Zamawiającego na skutek przedmiotowego odwołania modyfikacją dokumentów zamówienia, niniejszym oświadczam, że cofam odwołanie.”*

Wskazane oświadczenie zostało zmodyfikowane przez pełnomocnika Odwołującego w dniu posiedzenia w ten sposób, że wycofał on odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i 3, a w pozostałym zakresie wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na jego bezprzedmiotowość – w związku z zaistniałymi zmianami SWZ.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Zaistniała przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 w zw. z art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

Wskazać należy, że aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności lub zaniechania Zamawiającego (art. 513 pkt 1, 2 ustawy PZP). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia w zakresie zarzutów 1, 4, 5 oraz 6 były określone przez Zamawiającego postanowienia dokumentacji.

Zamawiający dokonał jednak zmiany zapisów dokumentacji objętych ww. zarzutami. Skoro tak, czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć, a zatem dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie jest zbędne.

Co więcej, w zakresie zarzutu nr 2 i 3 Odwołujący oświadczył, że wycofuje wniesione odwołanie. Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, które zostało złożone przez osobę umocowaną do podjęcia tej czynności, a jak stanowi art. 520 ustawy PZP Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (ust. 2). Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że w zakresie zarzutów nr 2 i 3 zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych całej kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania. Nie ulega wątpliwości, że przyczyną dla której Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i 3 jest fakt, iż Zamawiający zmienił postanowienia dokumentacji, w sposób zbieżny z zasadniczą częścią żądań odwołania. Pomimo braku formalnego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania, zmiany dokumentacji czynią zadość żądaniom odwołania w zakresie zarzutów 1, 4, 5 oraz 6. Tym samym należy uznać, że w zakresie kosztów i odpowiedzialności za wynik postępowania, jest to sytuacja analogiczna jak wskazana w § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b), gdyż pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane. Tym samym zasadnym jest zwrot na rzecz Odwołującego całej kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: