

Sygn. akt: KIO 4652/24

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 7 stycznia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 7 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę REMONDIS Górny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ornontowice

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego REMONDIS Górny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej kwoty 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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 4652/24

## Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Ornontowice prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Gminy Ornontowice, w okresie od 1 marca 2025 r. do 28 lutego 2026 r.” (sprawa nr: ZWRZP.271.00021.2024). Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 listopada 2024 r. pod numerem nr 730490-2024. W dniu 9 grudnia 2024 r. wykonawca REMONDIS Górny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej wniósł na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy 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:
  - a. w §15 ust. 1 pkt 1 Umowy, wskazano, iż strony będą uprawnione do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy wielkość wzrostu wartości wskazanego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych mierzonego w cyklu miesięcznym i odpowiadającego temu samemu miesiącowi w roku poprzednim (tj. analogiczny miesiąc poprzedniego roku = 100) przekroczy 5 punktów procentowych w miesiącu poprzedzającym miesiąc wystąpienia o zmianę, co stanowi próg zbyt wysoki dla faktycznej skuteczności zastosowania waloryzacji i prowadzi do niezgodności z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy Pzp,
  - b. w §15 ust. 1 pkt 2 Umowy zastrzeżono, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający z tytułu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wynosi 5% wartości netto wynagrodzenia określonego odpowiednio w §8 ust. 3 Umowy, co (mając na uwadze próg procentowy, jaki w ogóle umożliwi wykonawcy ubieganie się o waloryzację wynagrodzenia) stanowi próg skrajnie niski, który w przypadku silnych wzrostów cen de facto pozbawi wykonawcę prawa do waloryzacji wynagrodzenia, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji czyni projektowaną przez Zamawiającego klauzulę waloryzacyjną związaną ze zmianą cen materiałów lub kosztów pozorną, niezgodną z celem, jakiego klauzula ma służyć (§15 ust. 1 Umowy);
2. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim Zamawiający:
  - a. nie precyzuje, czy możliwość zbierania odpadów na bazie magazynowo-transportowej lub przekazywanie ich

podmiotowi zbierającemu odpady dotyczy wszystkich odpadów zbieranych selektywnie, jak również nie precyzuje, przez jaki okres odpady te mogą być zbierane przed przekazaniem ich do instalacji w celu zagospodarowania (§4 ust. 6 Umowy),

b. nie precyzuje, czy wskazany w ust. 3 pkt 4 Formularza oferty wymóg wskazania podmiotu zbierającego odpady dotyczy wszystkich odpadów selektywnie zbieranych czy też jedynie odpadów selektywnych, co do których Zamawiający prognozuje odbiór niewielkiej ilości odpadów, tj. odpady oznaczone jako „Pozostałe” w tabeli zawartej w ust. 1 Formularza ofertowego (ust. 3 pkt 4 Formularza oferty),

c. nie precyzuje, czy w stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy Wykazie instalacji mają być wskazane instalacje do przetwarzania wszystkich odpadów, których odbiór jest objęty przedmiotem zamówienia, czy też w Wykazie instalacji nie należy wskazywać instalacji do przetwarzania odpadów oznaczonych jako „Pozostałe” w tabeli zawartej w ust. 1 Formularza ofertowego (załącznik nr 2 do Umowy Wykazie instalacji), gdy tymczasem okoliczności te mają wpływ na skalkulowanie przez wykonawcę ceny ofertowej, bowiem determinują sposób, w jaki wykonawca będzie musiał świadczyć usługę (ust. 3 pkt 4 Formularza oferty i §4 ust. 6 Umowy, załącznik nr 2 do Umowy - Wykaz instalacji);

3. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim Zamawiający nie wskazał w rozdz. I ust. 5 SWZ, w jakim zakresie podmiot udostępniający wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie będzie musiał wykonać zamówienie (stopień zaangażowania), aby Zamawiający uznał, że udostępnienie zasobów miało charakter realny a nie pozorny (rozdz. I ust. 5 SWZ).

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ i Umowy i jej załączników poprzez:

1. Zmianę §15 ust. 1 Umowy poprzez urealnienie projektowej klauzuli waloryzacyjnej i dostosowanie jej do aktualnych warunków rynkowych, jak również poprzez uwzględnienie celu, jakemu klauzula ta ma służyć, w szczególności zapewnienie stronom Umowy możliwości przywrócenia ekwiwalentności świadczeń w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów

związanych z realizacją zamówienia, np. dokonując następującej modyfikacji Umowy:

a. zmiana wskazanego w §15 ust. 1 pkt 1 Umowy progu procentowego, którego przekroczenie umożliwi wykonawcy ubieganie się o zmianę wynagrodzenia z obecnie wskazanych 5 punktów procentowych na 3,4 punktów procentowych, co stanowi średnią arytmetyczną ze wzrostów cen względem analogicznych miesięcy poprzedniego roku wyliczoną na podstawie danych z pierwszych dziesięciu miesięcy tego roku,

b. zmiana wskazanej w §15 ust. 1 pkt 2 Umowy maksymalnej wartości wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający z tytułu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia z 5% do 10% wartości netto wynagrodzenia określonego odpowiednio w §8 ust. 3 Umowy;

2. Doprecyzowanie §4 ust. 6 Umowy poprzez jednoznaczne wskazanie, jakich frakcji odpadów dotyczy możliwość zbierania odpadów i maksymalnego czasu zbierania przed przekazaniem odpadów do instalacji w celu ich zagospodarowania;

3. Doprecyzowanie ust. 3 pkt 4 Formularza oferty poprzez jednoznaczne wskazanie, w odniesieniu do jakich frakcji odpadów wykonawcy zobowiązani są wskazać podmiot zbierający te odpady;

4. Jednoznaczne wskazanie w treści załącznika nr 2 do Umowy - Wykaz instalacji, czy w Wykazie instalacji należy wskazać wszystkie instalacje, w których następować będzie przetwarzanie odpadów o wszystkich kodach objętych przedmiotem zamówienia, czy też należy pominąć instalacje, w których następować będzie przetwarzanie odpadów oznaczonych jako „Pozostałe” w tabeli zawartej w ust. 1 Formularza ofertowego;

5. Doprecyzowanie postanowień rozdz. I ust. 5 SWZ poprzez jednoznaczne wskazanie, w jakim zakresie podmiot udostępniający wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie będzie musiał wykonać zamówienie, aby Zamawiający uznał, że udostępnienie zasobów miało charakter realny a nie pozorny (stopień zaangażowania).

Odwołujący wskazał 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.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i należyte skalkulowanie ceny ofertowej, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał ponadto, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu

złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w Postępowaniu.

W dniu 23 grudnia 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie w której Zamawiający oświadczył, że:

- 1)uwzględnia w części zarzuty przedstawione w odwołaniu – w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 i 3 odwołania,
- 2)w zakresie zarzutów nr 1 a i 1 b odwołania wnosi o oddalenie odwołania.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, ani po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

W dniu 3 stycznia 2025 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo procesowe Odwołującego, w którym oświadczył on, że cofa zarzuty oznaczone nr 1a i 1b w petitum odwołania, tj. zarzuty dotyczące waloryzacji wynagrodzenia. Jednocześnie, mając na względzie fakt, że Zamawiający uwzględnił dwa pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu, tj. zarzut 2 i 3 i dokonał stosownej modyfikacji SWZ, Odwołujący wnosił o umorzenie przedmiotowego postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp i o orzeczenie przez Izbę o dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć, stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że 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 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.

Przewodnicząca: ..... ..