

POSTANOWENIE
z dnia 26 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Maksym Smorczewski

Joanna Stankiewicz-Baraniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 26 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Poznań

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu 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 2574/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych w ramach Sektora II – Jeżyce”; numer referencyjny: ZPb-II.271.70.2024.MD.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2024 r. r. pod numerem 377497-2024, w tej samej dacie zostały opublikowane dokumenty zamówienia, w tym Specyfikacja Warunków Zamówienia, zwana dalej SWZ.

W dniu 8 lipca 2024 r. Odwołujący: Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu dowiedział się o unieważnieniu przez Zamawiającego przedmiotowego przetargu, a następnie Zamawiający w dniu 10 lipca 2024 r. poinformował go o unieważnieniu czynności unieważnienia tego postępowania przetargowego.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SWZ Odwołujący w dniu 22 lipca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień SWZ, oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1) naruszenie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.” w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 5 Wzoru Umowy (Załącznik nr 11 do SWZ) wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia w kwocie równej tylko połowie wskaźnika waloryzacji „W%” wskazanego w formule waloryzacji wynagrodzenia, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy;

2) naruszenie art. 433 pkt 2 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. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego w zakresie, w jakim Zamawiający formułuje kary umowne w § 14 ust. 3 pkt 9, 10, 11, 17, 25, 46 Wzoru Umowy także za okoliczności niezależne od wykonawcy (niezależne od prawidłowego wykonywania przez niego umowy), nieproporcjonalne (zbyt wysokie) w stosunku do skali uchybienia wykonawcy lub w oderwaniu od celu, jakiemu służyć powinna kara umowna, co w konsekwencji powoduje powstanie po stronie wykonawcy zbyt dużego ryzyka kontraktowego;

3) naruszenie art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w pkt IX ppkt 1.2 OPZ oraz w pkt IX ppkt 11.1 i 11.2 OPZ obowiązku realizacji odbioru odpadów komunalnych niezależnie od szczególnych uwarunkowań związanych z obsługiwaną nieruchomością (nawet w przypadku braku dostępu pojazdu do nieruchomości) w zakresie, w jakim jest to sprzeczne a przepisami prawa dotyczącymi bezpieczeństwa pracy pracowników wykonawcy oraz aktami prawa miejscowego, które nakładają na właścicieli Nieruchomości obowiązek zapewnienia dostępu do pojemników;

4) naruszenie art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w pkt IX ppkt 11.4 OPZ obowiązku współpracy z wykonawcą robót budowlanych w zakresie zapewnienia odbioru odpadów lub w zakresie zorganizowania, zastępczego MGO – choć kwestie te są zupełnie niezależne od wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie, a zatem nie powinny być nałożone na wykonawcę w ramach umowy.

Mając powyższe na uwadze, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w niniejszym odwołaniu, w szczególności:

1) zmianę § 9 ust. 3 pkt 5 Wzoru Umowy poprzez zmianę klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel klauzuli, tj. poprzez wprowadzenie zmienionego wzoru na wyliczony wskaźnik waloryzacji (tj. usunięcie z tego wzoru dzielenia przez 2):

$$W\% = (W_{sr}\% - 100\%)$$

2) w zakresie zarzutów dotyczących kar umownych z § 14 ust. 3 pkt 9, 10, 11, 17, 25, 46 Wzoru Umowy – wprowadzenie we Wzorz Umowy zastrzeżenia, że wykonawca jest zwolniony od obowiązku zapłaty kary umownej, jeśli wykáže, że przesłanka do nałożenia kary wynika z okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada, a także:

a) § 14 ust. 3 pkt 9 Wzoru Umowy – Odwołujący wnosí o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia wysokości kary do 30 zł;

b) § 14 ust. 3 pkt 10 Wzoru Umowy – Odwołujący wnosí o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia wysokości kary do 40 zł;

c) § 14 ust. 3 pkt 11 Wzoru Umowy – Odwołujący wnosí o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia wysokości kary do 50 zł;

d) § 14 ust. 3 pkt 17 Wzoru Umowy – Odwołujący wnosí o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia wysokości kary do 50 zł;

e) § 14 ust. 3 pkt 25 Wzoru Umowy – Odwołujący wnosí o nakazanie Zamawiającemu usunięcia tej kary umownej;

f) § 14 ust. 3 pkt 46 Wzoru Umowy – Odwołujący wnosí o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia wysokości kary do 20 zł;

3) usunięcie z pkt IX ppkt 1.2 OPZ oraz w pkt IX ppkt 11.1 i 11.2 OPZ obowiązku realizacji odbioru odpadów komunalnych niezależnie od szczególnych uwarunkowań związanych z obsługiwaną nieruchomością;

4) usunięcie pkt IX ppkt 11.4 OPZ

Dodatkowo, Odwołujący wnosí o konsekwentne wprowadzenie zmian również w pozostałych dokumentach zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że

odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 515 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Według ustaleń Izby Odwołujący w dniu 26 czerwca 2024 r. dowiedział się o treści kwestionowanych obecnie postanowień ogłoszenia i dokumentów zamówienia.

Powyższe okoliczności przyznał sam Odwołujący w odwołaniu stwierdzając, że „Dokumenty zamówienia zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 26 czerwca 2024 r.”.

Jednocześnie w samym odwołaniu Odwołujący wykazując okoliczność wniesienia odwołania w terminie podniósł, że „...natomiast Zamawiający w dniu 8 lipca 2024 r. poinformował o unieważnieniu Postępowania. Następnie Zamawiający w dniu 10 lipca 2024 r. poinformował o unieważnieniu czynności unieważnienia Postępowania. Odwołujący wskazuje, że wobec tego, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia 10 lipca 2024 r.”.

W przekonaniu Izby - powyższe stanowisko Odwołującego w tym względzie nie jest trafne w aspekcie powyższego brzmienia przepisu art. 515 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem przedmiotowym odwołaniem nie została zaskarżona czynność unieważnienia czynności unieważnienia przetargu, lecz zostały zaskarżone postanowienia ogłoszenia i SWZ, o których Odwołujący dowiedział się znacznie wcześniej.

Zdaniem Izby - bieg dziesięciodniowego terminu do wniesienia odwołania w tej sprawie rozpoczął się w dniu następującym po dacie 26 czerwca 2024 r.(data publikacji ogłoszenia i dokumentów zamówienia), to jest w dniu 27 czerwca 2024 r. i w związku z tym Izba stwierdziła, że jego upływ nastąpił w dniu 8 lipca 2024 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 22 lipca 2024 r.

Wobec powyższego Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na zasadzie art.528 pkt.3 ustawy Pzp z powodu jego wniesienia po upływie terminu określonego w ustawie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 8 ust. 1 zd.1 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 .

Przewodniczący:.....

.....

.....