

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę FCC Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Zabrze – Prezydent Miasta

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy FCC Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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 1199/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Zabrze – Prezydent Miasta (dalej: „Zamawiający”) prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonego pn.: „Organizacja i prowadzenie stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) na terenie miasta Zabrze” (znak postępowania: BZP.271.12.2024.JP). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 marca 2024 r. pod numerem 189579-2024.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca FCC Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień SWZ oraz niezgodnych z przepisami ustawy Pzp projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1), 3) i 4) ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp w zw. art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „kc” oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 58 kc i w zw. z art. 8 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 3) i art. 17 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:

a) zgodnie z postanowieniami § 17 ust. 1 pkt 1 lit a wzoru umowy Zamawiający narzuca Wykonawcy regulację, na podstawie których Wykonawcy przyznane zostało uprawnienie do żądania waloryzacji dopiero w przypadku wzrostu i przekroczenia progu 10 % poziomu wskaźnika cen i towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: „wskaźnik inflacji”) w stosunku do poziomu wskaźnika inflacji z miesiąca, w którym upłynął termin składania ofert. Z uwagi na aktualną sytuację w Polsce i na świecie nie jest możliwe, aby przy tak wysoko ustalonym progu możliwe było zaistnienie okoliczności uprawniających Wykonawcę do skorzystania z procedury waloryzacji, z tych powodów próg wskaźnika inflacji uprawniający do waloryzacji wynagrodzenia wynosić powinien 2,5% zamiast 10%, aby spowodować realność, a nie jak w chwili obecnej pozorne zapewnienie waloryzacji wynagrodzenia;

b) zgodnie z postanowieniami §17 ust. 1 pkt 1 lit c wzoru umowy Zamawiający narzuca Wykonawcy regulację, na podstawie których Wykonawcy przyznane zostało uprawnienie do zmiany wynagrodzenia dopiero po upływie 6 miesięcy realizacji umowy podczas, gdy przy zastosowaniu realnego progu uprawniającego do żądania waloryzacji wynagrodzenia umowy na poziomie 2,5% konieczność waloryzacji powinna nastąpić już po 3 miesiącach trwania umowy, a nie jak podaje Zamawiający po 6 miesiącach;

c) zgodnie z postanowieniami § 17 ust. 1 lit d wzoru umowy Zamawiający narzuca Wykonawcy regulację, na podstawie których Wykonawcy przyznane zostało uprawnienie do zmiany wynagrodzenia na poziomie 20% wartości netto

wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 2 wzoru umowy, podczas gdy zmiana wynagrodzenia powinna być dopuszczalna na poziomie 25% wartości netto wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 2 wzoru umowy z uwagi na fakt, że umowa zawierana jest aż na 36 miesięcy, podczas których z uwagi na różne podstawy do zmiany wynagrodzenia, może wystąpić konieczność jego zmiany w wyższej wysokości, a ponadto Zamawiający nie może limitować możliwości podwyższenia wynagrodzenia umownego w przypadku, gdy konieczność jego zwiększenia wynika z przepisów prawa (art. 436 pkt 4) lit b) ustawy Pzp.

d) zgodnie z postanowieniami § 17 ust. 1 lit e wzoru umowy Zamawiający narzuca Wykonawcy regulacje, na podstawie których Wykonawcy przyznane zostało uprawnienie do składania wniosków waloryzacyjnych w okresach kwartalnych, co z racji zapewnienia realności postanowień dot. mechanizmu waloryzacji jest wadliwe, ponieważ wniosek waloryzacyjny jaki kierować może wykonawca powinien być uprawniony od momentu, w którym przekroczony zostanie próg wskaźnika waloryzacji, tak, aby nie przenosić na Wykonawcę ryzyka ponoszenia podwyższonych kosztów do czasu upływu kwartału, w którym koszty te wzrosły. Ponadto zwrot „okresy kwartalne” jest na tyle nieokreślony, że do końca nie jest wiadome jak Zamawiający oczekuje, aby był ten zwrot rozumiany;

e) zgodnie z postanowieniami §17 ust. 1 pkt 1 lit e wzoru umowy Zamawiający narzuca Wykonawcy regulacje, na podstawie których Zamawiający automatycznie Wykonawcy przyznane zostało uprawnienie do zmiany wynagrodzenia polegającego na jego obniżeniu, przy zaniechaniu podania przez Zamawiającego parametrów, które pozwalałyby na określenie mechanizmu waloryzacji „ujemnej” wynagrodzenia (obniżenia wynagrodzenia). Takie postanowienia wskazują na wykorzystywanie pozycji dominującej Zamawiającego, który pozostawia sobie swobodę przy określaniu zasad obniżenia wynagrodzenia, przy jednoczesnym określeniu bardzo restrykcyjnego mechanizmu waloryzacji opartego na tak określonych progach inflacji, że w zasadzie klauzula waloryzacyjna na korzyść Wykonawcy formalnie jest wpisana we wzorzec umowy, ale w praktyce jest pozorna;

f) zgodnie z postanowieniami §17 ust. 3 (zdanie ostatnie) i ust. 8 wzoru umowy Zamawiający narzuca Wykonawcy regulacje, na podstawie których Zamawiający zmiany wynagrodzenia wynikające z waloryzacji obowiązywać będą po dacie zawarcia aneksu do umowy, który nastąpi po 30 dniach od daty zaakceptowania wniosku Wykonawcy o podwyższenie wynagrodzenia. Oczywiście takie postanowienia umowy, stanowią o przerzuceniu na Wykonawcę ryzyka ponoszenia kosztów wzrostu wynagrodzenia w niemożliwym do określenia czasie, a nawet doprowadzić mogą do sytuacji, w której Wykonawca przez ponad rok lub dłużej (czas rozpoznania wniosku przez Zamawiającego, w przypadku braku porozumienia dodatkowy czas wydania opinii przez biegłego rewidenta, plus 30 dni od akceptacji na zawarcie aneksu) nie będzie mógł podpisać aneksu do umowy. Z tych przyczyn konieczne jest zastąpienie regulacji wskazanej w §17 wzoru umowy, postanowieniami powodującymi, że w przypadku zmian o których mowa w §17 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, zmiany te obowiązywać będą od daty złożenia wniosku waloryzacyjnego, natomiast w przypadku zmian o których mowa w §17 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5, wzoru umowy zmiany będą obowiązywały od dnia wejścia w życie przepisów, w oparciu o które nastąpił wzrost kosztów po stronie wykonawcy, w innym wypadku klauzula waloryzacyjna stanowi jedynie formalne spełnienie obowiązków jakie Ustawodawca nakłada na Zamawiającego w zakresie formułowania klauzul waloryzacyjnych;

g) zgodnie z postanowieniami §17 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający narzuca Wykonawcy regulacje, na podstawie których koszty czynności dokonywanych przez biegłego rewidenta pokrywała będzie strona wnioskująca o zmianę wynagrodzenia, co w zestawieniu z pozostałymi postanowieniami § 17 wzoru umowy w zasadzie powoduje, że tylko wykonawca zobowiązany będzie do poniesienia kosztów biegłego rewidenta, w szczególności wtedy, gdy Zamawiający nie zgodzi się z wnioskiem waloryzacyjnym, w konsekwencji powyższego konieczna jest zmiana postanowień wzoru umowy w taki sposób, aby koszty pracy biegłego rewidenta pokrywała ta strona umowy, w wyniku której konieczność zlecenia opinii biegłemu wystąpiła, a jej racja nie została potwierdzona w treści przedstawionej opinii biegłego rewidenta; co powoduje (sytuacje opisane powyżej od a-g), że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 i art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym postanowienia te naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 433 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 niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym postanowień rozdziału III SWZ pkt 3.21-3.23 OPZ, tj. wskazanie w OPZ zadań, które nie są możliwe do zrealizowania przez Wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia, ponieważ usługa MSZOKu (PSZOKu mobilnego) świadczona będzie przez Wykonawcę wyłonięgo w innym, odrębnym postępowaniu, zatem wynikać będzie z innej umowy, której stroną nie będzie Wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie. W konsekwencji powyższego zgodnie z art. 433 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać

odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający oraz umowa nie może nakładać na wykonawcę odpowiedzialności za zachowanie niezwiązane z przedmiotem umowy i jej prawidłowym wykonaniem czy też nie mogą przewidywać możliwości naliczenia kar umownych za zachowanie się wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Tymczasem postanowienia rozdziału III SWZ pkt 3.21-3.23 OPZ nakładają na Wykonawcę w tym postępowaniu obowiązki wynikające z innej umowy (mobilnego PSZOKa), a w przypadku przekroczenia limitów opisanych w pkt 3.22 (str. 35 SWZ) Zamawiający ma prawo nałożyć na Wykonawcę karę umowną określoną w § 15 ust. 4 pkt 10 wzoru umowy, co jest niedopuszczalne, ponieważ w przypadku działań wykonawcy realizującego usługę MPSZOK może dojść do przekroczenia limitu przez tego Wykonawcę, a pomimo dołożenia wszelkiej staranności ze strony Wykonawcy umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania, co stanowi o rażącym naruszeniu ustawy pzp w tym art. 433 ustawy Pzp;

3. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) 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 nadmierny, utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wskazanie w OPZ, że przedmiotem zamówienia są także odpady o kodach 16 05 05, 17 01 80, 17 01 82, podczas gdy z doświadczenia Wykonawcy, który od lat realizuje usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia, w ramach realizacji umowy nie występuje konieczność objęcia przedmiotem zamówienia odpadów o kodach 16 05 05, 17 01 80, 17 01 82, gdyż odpady odpowiadające tym kodom odpadów nie są oddawane do PSZOKa przez mieszkańców. Jednocześnie ich wskazanie w OPZ uniemożliwia Wykonawcom zdolnym do prawidłowego i rzetelnego wykonania umowy ubiegania się o jego udzielenie, co stanowi, tym samym, naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w niniejszym odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1. zmian w klauzuli waloryzacyjnej wskazanej w § 17 wzoru umowy w taki sposób aby:

a) postanowienia § 17 ust. 1 pkt 1 lit a wzoru umowy określały, że Wykonawcy przyznane zostało uprawnienie do żądania waloryzacji w przypadku wzrostu i przekroczenia progu 2,5% zamiast 10% poziomu wskaźnika cen i towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: „wskaźnik inflacji”) w stosunku do poziomu wskaźnika inflacji z miesiąca, w którym upłynął termin składania ofert,

b) postanowienia § 17 ust. 1 pkt 1 lit c oraz § 17 ust. 7 wzoru umowy określały, że Wykonawcy przyznane zostało uprawnienie do zmiany wynagrodzenia po upływie 3 miesięcy realizacji umowy podczas zamiast 6 miesięcy i 12 miesięcy;

c) postanowienia § 17 ust. 1 lit d wzoru umowy określały, że Wykonawcy przyznane zostało uprawnienie do zmiany wynagrodzenia na poziomie 25% wartości netto wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 2 wzoru umowy zamiast 20% wartości netto wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 2 wzoru umowy i ustalenie, że nie ma limitu waloryzacji w zakresie dotyczącym waloryzacji w oparciu o art. 436 pkt 4 lit b ustawy pzp czyli w przypadkach określonych w §17 ust. 2, 3,4,5 wzoru umowy;

d) wykreślenie z § 17 ust. 1 lit e wzoru umowy postanowienia mówiącego o składaniu wniosków waloryzacyjnych w okresach kwartalnych i zastąpienia go postanowieniem, zgodnie z którym wykonawca jest uprawniony do złożenia wniosku waloryzacyjnego do dnia, w którym przekroczony zostanie próg wskaźnika waloryzacji 2,5 %;

e) zastąpienie postanowień §17 ust. 1 pkt 1 lit e wzoru umowy takimi regulacjami, które będą analogiczne do praw i obowiązków Wykonawcy, który ubiega się o waloryzację, w przypadku, gdy Zamawiający znajdzie się w sytuacji uzasadniającej złożenie wniosku o zmniejszenie wynagrodzenia;

f) zmianę postanowień §17 ust. 3 (zdanie ostatnie) i ust. 8 wzoru umowy w taki sposób, aby zmiany wynagrodzenia wynikające z waloryzacji obowiązywały:

1) w przypadku waloryzacji w oparciu o postanowienia §17 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, zmiany te obowiązywać będą od daty złożenia wniosku waloryzacyjnego;

2) w przypadku waloryzacji w oparciu o postanowienia §17 ust. 2,3,4,5 od daty wejścia w życie przepisów powodujących wzrost kosztów;

g) zmiany postanowień §17 ust. 5 wzoru umowy w taki sposób, aby koszty usług, czynności dokonywanych przez biegłego rewidenta pokrywała strona, w wyniku której działań dojdzie do konieczności skorzystania z opinii biegłego rewidenta, jeżeli biegły nie potwierdzi zasadności stanowiska tej strony;

2. Wykreślenie postanowień rozdziału III SWZ pkt 3.21-3.23 OPZ oraz postanowień § 15 ust. 4 pkt 10 wzoru umowy.

3. Wykreślenie z OPZ kodów odpadów: 17 01 80, 17 01 82, 16 05 05.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu

zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia, dodatkowo pogłębia tę sytuację brak prawidłowych zasad waloryzacji. Tymczasem Odwołujący, jako podmiot działający w branży tożsamej z określonej w przedmiocie zamówienia, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co wypełnia materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 29 marca 2024 r. (zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 8 kwietnia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2024 r. Odwołujący oświadczył, iż na podstawie art. 520 ustawy Pzp oświadczył, iż wycofuje odwołanie w całości.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że w tej sprawie odwoławczej odwołanie zostało skutecznie wycofane przed terminem posiedzenia i rozprawy z udziałem stron. Wymaga odnotowania, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego, zgodnie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. 2020 poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono 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 (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 r., poz. 2437). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: