

Sygn. akt: KIO 805/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 25 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Adriana Urbanik

A.K.

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawcę PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Ruda Śląska

Uczestnik po stronie Odwołującego – wykonawca Remondis Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy PreZero Service Południe z siedzibą w Rudzie Śląskiej kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 805/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Ruda Śląska - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska”, numer referencyjny: AP.271.4.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2023 roku, numer: 127103-2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 11 marca 2024 roku wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień specyfikacji warunków zamówienia, dalej jako „SWZ”, oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej „PPU”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie do SWZ i PPU prawa opcji polegającego na odkupieniu od Wykonawcy wszystkich pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych, o pojemności do 1100 litrów włącznie, wyszczególnionych w tabeli nr 4 opisu przedmiotu zamówienia, tj. 40 265 sztuk, z możliwością zwiększenia lub zmniejszenia tej liczby (+/-30%) zgodnie ze stanem faktycznym wynikającym z ilości pojemników ustawionych na Mieście na dzień uruchomienia prawa opcji, wraz z udzieleniem 4 letniej gwarancji na protokołarnie przejęte pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych, w postaci nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień umownych, które nie uwzględniają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, w szczególności poprzez ustanowienie zbyt długiego 4-letniego okresu gwarancji na używane pojemniki, nieadekwatnego do warunków zamówienia przy jednoczesnym braku opisanego szczegółowych warunków ww. 4- letniej gwarancji na pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych, a w konsekwencji zaniechanie

opisania prawa opcji w sposób, który ma wpływ na ocenę poziomu ryzyka po stronie Wykonawcy oraz w sposób umożliwiającą Wykonawcom właściwe ustalenie kosztów związanych z prawem opcji;

2) 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, dalej jako „kc” w zw. z art. 5 kc 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 stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: jako „GUS”), będzie wynikać, że się wzrost kwartalnych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, liczony w stosunku do kwartału poprzedzającego (okres poprzedni równa się 100), zmieni się o co najmniej +/- 10%, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt rygorystyczny, aby waloryzacja wynagrodzenia w rzeczywistości wystąpiła, była skuteczna i realnie chroniła Strony przed skutkami zmian kosztów w sposób zgodny z celem klauzuli waloryzacyjnej, 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;

3) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 kc w zw. z art. 387 § 1 kc w zw. z art. 5 kc i w zw. z art. 353¹ kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie tzw. poziomów recyklingu, o których mowa Rozdziale II pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (znanego Zamawiającemu problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”, najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, spadającego popytu na surowce), a przez to nałożenie na Wykonawcę niemożliwego do spełnienia obowiązku zapewnienia osiągnięcia rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, których mowa w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ucpg”) oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust.2a ucpg, co z kolei narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współzycia społecznego, co uniemożliwia Wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty;

4) art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 471 kc, w zw. z art. 483 § 1 kc, w zw. z art. 484 § 1 i 2 kc poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu (§ 8 ust. 1 pkt j) PPU), pomimo tego, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania Wykonawcy, ale także (a wręcz przede wszystkim) działania Zamawiającego, a odpowiedzialność Wykonawcy kształtować się może tylko w odniesieniu do odpowiedzialności tego Wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, co oznacza, że obie strony umowy (zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca) powinni ponosić odpowiedzialność z tytułu nieosiągnięcia tych poziomów. Przeniesienie na Wykonawcę całej kary stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego i jest rażąco wygórowane, z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie Wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;

5) art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia do PPU postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie ustawy z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 1852, dalej jako: „Nowelizacja u.g.o.”), która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r. Pomimo tego, że treść aktu prawnego jest znana Wykonawcom, to nie są jeszcze znane konsekwencje wejścia w życie nowych przepisów np. co do wielkości i jakości strumienia, co ma wpływ na realizację zamówienia i jego koszty. Zamawiający nie zawarł w PPU postanowień, które pozwalałyby na jej dostosowanie do nowych warunków, w których Wykonawca będzie świadczył usługę (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz zmiany wynagrodzenia Wykonawcy), co narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą warunków realizacji zamówienia, których Wykonawca (składając ofertę) nie jest w stanie przewidzieć – powyższe powoduje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania Wykonawców, a co uniemożliwia Wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych;

6) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 487 § 2 kc w zw. z art. 483 § 1 kc oraz w zw. z art. 484 § 1 i 2 kc poprzez wprowadzenie w § 5 ust. 2 i ust 3 PPU prawa dokonywania kontroli sposobu wykonywania umowy nieprawidłowo, tj. niewprowadzenie procedury przedstawienia uwag lub wyjaśnień Wykonawcy do ustaleń przedstawionych w trakcie kontroli lub odbioru prac, co stanowi dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, co dodatkowo zostało powiązane z karą umowną z § 8 ust. 1 ust. 3 lit. b) PPU, która została sformułowana nadmiernie szeroko, tj. może zostać nałożona za każde pięć przypadków stwierdzenia przez Zamawiającego w okresie rozliczeniowym, w szczególności w trakcie kontroli lub odbioru prac, że Wykonawca nie wykonał prac, względnie wykonał je w sposób nienależyty – co narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

7) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale I pkt 2 OPZ obowiązku realizacji w ramach odbierania mebli i innych odpadów wielkogabarytowych zgodnie z ustalonym harmonogramem również odbioru odpadów poremontowych z gospodarstw domowych jak na przykład sedesy, kabiny prysznicowe, umywalki, w zakresie w jakim jest to sprzeczne z przepisami prawa w zakresie gospodarki odpadami oraz aktami prawa miejscowego, które nakładają na właścicieli nieruchomości obowiązek selektywnego zbierania odpadów komunalnych odpadów budowlanych i rozbiórkowych z gospodarstw domowych oraz mebli i innych odpadów wielkogabarytowych.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności:

1) dokonania zmiany postanowień PPU (i odpowiednio pozostałych dokumentów zamówienia) w zakresie prawa opcji poprzez: – zmniejszenie okresu gwarancji na używane pojemniki do gromadzenia odpadów z 4 lat na okres 6 miesięcy oraz opisanie w sposób szczegółowy warunków gwarancji, ewentualnie - wykreślenie z opisu dotyczącego prawa opcji warunku udzielenia przez Wykonawcę 4-letniej gwarancji na używane pojemniki do gromadzenia odpadów, tj. dokonanie zmiany w sposób, który będzie umożliwiał Wykonawcom zaoferowanie porównywalnych cen, uwzględniających wszystkie czynniki kosztotwórcze, tak by możliwym było dokonanie właściwej wyceny wykupu pojemników w ramach prawa opcji;

2) dokonanie modyfikacji zakwestionowanych przez Odwołującego postanowień § 7 ust. 19 PPU poprzez zmianę klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel klauzuli, tj. poprzez dopuszczenie możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego, będzie wynikać, że się wzrost kwartalnych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, liczony w stosunku do kwartału poprzedzającego (okres poprzedni równa się 100), zmieni się o co najmniej +/- 1%;

3) w zakresie tzw. poziomów recyklingu odpadów:

a) usunięcia obowiązku osiągnięcia tzw. poziomów recyklingu, o których mowa w Rozdziale II pkt II OPZ – jako obowiązku niemożliwego do spełnienia; a w konsekwencji wykreślenia § 8 ust. 1 lit j) PPU – odnoszącego się do kar umownych za niespełnienie tego obowiązku; ewentualnie, w razie gdyby Izba uznała, że osiągnięcie tzw. poziomów recyklingu odpadów jest możliwe

b) dokonanie modyfikacji § 8 ust. 1 lit j) PPU w taki sposób, by ryzyko zapłaty kary z tytułu nieosiągnięcia tzw. poziomów recyklingu odpadów rozkładało się równo pomiędzy Wykonawcę a Zamawiającego, tj. aby kara dla Wykonawcy była nie większa niż 50% kary przewidzianej w § 8 ust. 1 lit j) PPU;

4) wprowadzenie do PPU postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie nowelizacji u.g.o., która wprowadza tzw. system kaucyjny od 1 stycznia 2025 r., które z pewnością wpłyną na realizowane zamówienie, a wpływ ten będzie wymagał merytorycznej zmiany umowy (w zakresie co najmniej ilości odbieranych odpadów, harmonogramu odbioru odpadów, liczby pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia) oraz zmiany wynagrodzenia Wykonawcy;

5) w zakresie zarzutów dotyczących § 5 ust. 1 PPU (prawa dokonywania kontroli sposobu wykonywania umowy) - wprowadzenie do PPU wprowadzenie procedury przedstawienia uwag Wykonawcy do ustaleń przedstawionych w trakcie kontroli czy odbioru prac kontroli;

6) dokonanie modyfikacji zakwestionowanych przez Odwołującego postanowień OPZ poprzez wyraźne określenie obowiązku selektywnego odbioru odpadów poremontowych z gospodarstw domowych oraz mebli i odpadów wielkogabarytowych oraz w celu wyeliminowania wątpliwości wnosimy o odrębne wskazanie tej frakcji odpadów w Tabeli nr 2 znajdującej się w OPZ, bądź o wykreślenie zapisów dotyczących odbioru frakcji odpadów poremontowych w gospodarstwach domowych (odpady budowlane z grupy 17) „u źródła”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W dniu 12 marca 2024 roku Zamawiający zamieścił informację o wniesionym odwołaniu oraz jego kopię na platformie przetargowej.

W dniu 15 marca 2024 roku wykonawca Remondis Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymogi określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 22 marca 2024 r. Zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż w części uwzględnił zarzuty nr 1 i 2, w całości uwzględnił zarzuty nr 3, 4 i 7. Natomiast nie uwzględnił zarzutów nr 5 i 6. Ponadto, do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył treść zmiany specyfikacji warunków zamówienia, zamieszczoną na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W tym samym dniu, tj. 22 marca 2024 roku – przed otwarciem rozprawy, której termin został wyznaczony na 25 marca 2024 roku - Odwołujący złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości. Oświadczenie zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a stosownie do treści art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Wobec powyższego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zwrot Odwołującemu 90% kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....