Sygn. akt KIO 3945/23

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski
Bartosz Stankiewicz
Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Remondis Sanitech Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznańprzy udziale uczestników po stronie odwołującego:
-wykonawcy FB Serwis spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie,
-wykonawcy Prezero Dolny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,
2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Remondis Sanitech Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwoty 15.000 zł (piętnaście tysięcy złotych) 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.

Przewodniczący:…….
…….
…….

Sygn. akt: KIO 3945/23

Uzasadnienie

W dniu 28 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy Remondis Sanitech Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu(dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod tytułem „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych”, prowadzonym przez Miasto Poznań(dalej jako „Zamawiający”) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił:

„1)naruszenie art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353^1 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 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 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) stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: jako „GUS”), dotyczących dwunastu następujących po sobie miesięcy, będzie wynikać, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych wskazanych we Wzorze Umowy wynosi mniej niż 95 lub więcej niż 105, 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, b) wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia tylko po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, natomiast, aby waloryzacja realnie spełniała swoją funkcję konieczne jest ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w taki sposób, aby zmiana wynagrodzenia była dopuszczalna co 6 miesięcy, a pierwsza waloryzacja mogła nastąpić po upływie pełnych 6 miesięcy obowiązywania umowy i odnosiła się do danych GUS z sześciu (zamiast dwunastu) następujących po sobie miesięcy, 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. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia do Wzoru Umowy postanowień określających zasady wprowadzenia zmian do umowy w związku z niemożliwymi do przewidzenia w momencie składania oferty skutkami wejścia w życie ustawy 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 we Wzorze Umowy 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;

3)naruszenie art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353^1 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 współżycia społecznego w zakresie, w jakim Zamawiający formułuje kary umowne w § 14 ust. 3 pkt 14-20, 25-28, 20-31, 37, 39, 41, 46, 47, 50 Wzoru Umowy także za okoliczności niezależne od wykonawcy (niezależne od prawidłowego wykonywania przez niego umowy), nieproporcjonalne 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;

4)naruszenie art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353^1 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 wprowadzenie w §11 Wzoru Umowy prawa dokonywania kontroli sposobu wykonywania umowy nieprawidłowo, tj. wprowadzenie niedookreślonego katalogu uprawnień kontrolnych Zamawiającego, wprowadzenie otwartego katalogu dokumentów i informacji, które wykonawca ma przedstawić na żądanie Zamawiającego oraz niewprowadzenie procedury przedstawienia uwag lub wyjaśnień wykonawcy do ustaleń przedstawionych w protokole kontroli, 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 §14 ust. 3 pkt 54 Wzoru Umowy, która została sformułowana nadmiernie szeroko, tj. może zostać nałożona za każdy przypadek „utrudnienia” przeprowadzenia kontroli – co narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

5)naruszenie art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 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.”.

W dniu 17 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że „uwzględnia w całości” zarzut nr 1 - naruszenia „art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (zwanej dalej „k.c.”) w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 Pzp” - oraz „uwzględnia w części” zarzut nr 4 - naruszenia „art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 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.”.

W dniu 18 stycznia 2024 r. Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że „wycofuje pozostałe zarzutu Odwołującego zawarte w jego odwołaniu, tj. zarzuty 2,3,4 i 5 wskazane w petitum odwołania”.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”), „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”.

Mając na uwadze przedstawione powyżej oświadczenie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczenie Odwołującego zawarte w piśmie złożonym w dniu 18 stycznia 2024 r. należało uznać, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, a pozostałe zarzuty Odwołujący cofnął, wobec czego hipoteza normy wynikającej art. 522 ust. 3 Pzp została spełniona - co uzasadniało umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie tego przepisu.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie 1. postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 Pzp 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. Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia „w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, 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".

Zgodnie z tymi przepisami w punkcie 2. postanowienia Izba nakazała dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:…….

…….

…….