Sygn. akt KIO 2245/23
Sygn. akt KIO 2267/23

POSTANOWIENIE
z dnia 14 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu w dniu 14 sierpnia 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę **„RDF SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Ostrołęce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Marki**

postanawia:

1. umarza postępowania odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **„RDF SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Ostrołęce** kwoty **27 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołań.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt KIO 2245/23
Sygn. akt KIO 2267/23

UZASADNIENIE:

Zamawiający – Gmina Miasto Marki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn:

1. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Marki (Sektor1 – Marki Południowe) powstałych na nieruchomościach zamieszkałych w latach 2024-2025" , Nr referencyjny: WZP.271.43.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 137-437250.
2. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Marki (Sektor 3 – Marki Południowe) powstałych na nieruchomościach zamieszkałych w latach 2024-2025", Nr referencyjny: WZP.271.45.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 137-437206.

Postępowania prowadzone są w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej „Pzp" lub „ustawa".

W dniu 31 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały wniesione odwołania przez wykonawcę „RDF SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Ostrołęce (dalej jako „Odwołujący") wobec treści ogłoszeń o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówień, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz niezgodnych z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w procedury weryfikacji Raportów przedkładanych przez wykonawcy, o której mowa w §8 wzoru umowy) w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. wymagań prawnopodatkowych, pracodawczych i finansowych, jakie spełnić musi wykonawca świadczący usługę, co bardzo utrudnia proces wyceny świadczenia przez wykonawcę, ale wręcz uniemożliwia złożenie oferty w Postępowaniu mniejszym wykonawcom, których nie stać na kredytowanie realizacji zamówienia – co narusza zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności;
2) naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej jako „k.c.") w zw. z art. 3531 k.c. poprzez ukształtowanie warunków umowy (w procedury weryfikacji Raportów przedkładanych przez wykonawcy, o której mowa w §8 wzoru umowy) w sposób w sposób naruszający równowagę kontraktową stron umowy, jak również w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i stanowiący przejaw nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego, który (jako gospodarz postępowania) projektuje postanowienia umowne, a w niniejszej sprawie czyni to w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawcy, tj. w sposób, który utrudnia mu wywiązywanie się z obowiązków prawnopodatkowych, obowiązków

pracodawczych, finansowych, narażając wykonawcę na negatywne skutki finansowe, a nawet na utratę płynności finansowej, w sytuacji w której procedura weryfikacji i akceptacji Raportów z realizacji usługi ulega przedłużeniu;

3)naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w procedury trzech ważeń pojazdów, o której mowa w §8 ust. 2 pkt 1 lit. e) wzoru umowy, tj.: masa pustego pojazdu, masa brutto i tarowanie pojazdu) w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jakimi są trudności w oprogramowaniu wag, które w znakomitej większości przypadków uniemożliwiają dokonanie trzech ważeń, co powoduje powstawanie raportów obarczonych błędami, wymaga ich systemowego przekształcania, a nadto całkowicie zaburza logistykę działań wykonawcy, co wydłuża czas świadczenia usługi, a tym samym podraża ofertę wykonawcy.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności, tj.: zmianę §8 wzoru umowy w taki sposób, aby:

1)§8 ust. 4 wzoru umowy został zmodyfikowany w taki sposób, aby termin na weryfikację Raportu został skrócony w taki sposób, aby był on adekwatny do czynności, jakiej termin ten dotyczy, tj. np. do 10 dni roboczych - skoro Zamawiający może weryfikować prawidłowość realizacji usługi na bieżąco (tj. przed złożeniem Raportu), a dodatkowo wykonawca ma właśnie 10 dni roboczych na to, aby przygotować i złożyć Raport, zatem weryfikacja Raportu również nie powinna zajmować więcej niż 10 dni roboczych;

2)§8 ust. 5 pkt 5 wzoru umowy został zmodyfikowany w taki sposób, aby termin na weryfikację poprawionego Raportu został skrócony w taki sposób, aby był on adekwatny do czynności, jakiej termin ten dotyczy, tj. np. do 5 dni roboczych - skoro Zamawiający może weryfikować prawidłowość realizacji usługi na bieżąco (tj. przed złożeniem Raportu), a dodatkowo wykonawca ma właśnie 5 dni roboczych na to, aby uwzględnić uwagi przekazane przez Zamawiającego, zatem weryfikacja, czy poprawki zostały uwzględnione przez wykonawcę, również nie powinna zajmować więcej niż 5 dni roboczych;

3)§8 ust. 6 i 8 wzoru umowy został zmodyfikowany w taki sposób, aby możliwość wystawienia faktury przez wykonawcę nie była uzależniona od uprzedniej akceptacji Raportu, co umożliwiałoby wykonawcy wywiązywanie się z obowiązków prawnopodatkowych i pracodawczych (bez narażania na ewentualne zarzuty karnoskarbowe, postępowania kontrolne i dotkliwe skutki finansowe), a z drugiej strony, w przypadku gdyby w toku weryfikacji Raportu, stwierdzone zostałyby ewentualne błędy, wykonawca po prostu dokonywałby korekty uprzednio wystawionej faktury – interes zarówno Zamawiającego, jak i wykonawcy byłby zabezpieczony;

4)§8 ust. 5 pkt 7 wzoru umowy został zmodyfikowany na wzór zapisu §8 ust. 5 pkt 6 wzoru umowy, tj. aby wykreślony został zapis pozwalający Zamawiającemu na dowolne przesuwanie terminu weryfikacji Raportu lub poprawek do Raportu, a zamiast tego wprowadzony zostałby jednolity dla obu stron zapis, że ewentualne wydłużenie czasu na wykonanie określonych czynności musi zostać uzgodnione z drugą stroną pod rygorem nieważności;

5)§8 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy został doprecyzowany w taki sposób, aby jasno wynikało z niego, że na etapie weryfikacji Raportów Zamawiający nie będzie weryfikował tras przejazdów pojazdów, zapisów GPS, co może czynić na bieżąco i na bieżąco (np. w ciągu 4 dni od zakończenia przejazdu) może zgłaszać wykonawcy swoje uwagi co do trasy przejazdu konkretnego pojazdu, które mogłyby być na bieżąco wyjaśniane przez wykonawcę);

6)§8 ust. 2 pkt 1 lit. e) wzoru umowy został zmodyfikowany w taki sposób, aby trzy ważenia zostały zastąpione dwoma ważeniami, tj. ważeniem określającym masę brutto i tarowanie pojazdu.

11 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

14 sierpnia 2023 roku na posiedzeniu niejawnym Zamawiający złożył oświadczenie o modyfikacji §8 wzoru umowy.

14 sierpnia 2023 roku na posiedzeniu niejawnym Odwołujący oświadczył, że cofa odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Na skutek cofnięcie odwołań wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1) ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei w myśl art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 3 lit a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), nakazując zwrot na rzecz odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 30 000 PLN (15 000 PLN w sprawie KIO 2245/23 oraz 15 000 PLN w sprawie KIO 2267/23).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ...……..