

Sygn. akt: KIO 2592/23

POSTANOWENIE
z dnia 20 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Grudziądz**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzystaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2592/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Grudziądz [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *odbieranie*

i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości (zamieszkałych

i niezamieszkałych) na terenie Gminy Grudziądz wraz z dostarczeniem urządzeń do gromadzenia odpadów (znak postępowania: ZP.271.1.22.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2023 r. pod numerem nr 2023/S 146-467173.

W dniu 4 września 2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM

Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu rażące naruszenie art. 16 uPZP, art. 17 ust. 2 i 3, art. 18 ust. 1 i nn oraz

art. 99 i nn uPZP, a także rażąco obrażając art. 436 pkt 4 uPZP w związku z art. 135 uPZP, w szczególności:

1. poprzez brak pełnej i wyczerpującej odpowiedzi z uzasadnieniem na zadane pytania nr 11 w odpowiedzi Zamawiającej z dnia 25.08.2023, w tym brak miarkowania kary umownej względem stopnia i winy Wykonawcy oraz wartości realizowanej usługi;

2. poprzez nieudzielenie wszystkich odpowiedzi na pytanie nr 12 w piśmie Zamawiającej z dnia 25.08.2023, w tym:

- nie wskazanie jakie konkretnie dokumenty i dowody będą wystarczające do potwierdzenia podstaw wystąpienia przez Wykonawcę o podwyższenie wynagrodzenia, zawarcie zwrotu, że zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę będzie możliwa, jeśli Wykonawca udowodni że zmiana ww. przepisów będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia oraz wykaże jaką część wynagrodzenia stanowią koszty pracy ponoszone przez Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia oraz jak zmiana przepisów wpłynie na wysokość tych kosztów. Zamawiający zastrzegł przy tym sobie prawo do wniesienia zastrzeżeń dotyczących wysokości kosztów pracy przedstawionych przez Wykonawcę. Por. §12 ust. 3 pkt 2 lit. a i b załącznika nr 2 do SWZ);

- w udzielonej odpowiedzi Zamawiającym jej nie konkretyzuje, w szczególności poprzez niepodanie wzoru lub metody, wg którego będzie można wyliczyć nowe ceny jednostkowe co wprowadza uznaniowość Zamawiającego, a w efekcie prowadzi do nieuprawnionego prawa do wnoszenia zastrzeżeń dotyczących wysokości kosztów pracy przedstawionych przez Wykonawcę;

- brak wskaźników dla wartości opisanych w §12 ust. 1 ... tj. płacy minimalnej na 2024 r. lub nie podanie w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości płacy minimalnej (art. 436 pkt 4 uPZP);

- brak podania wartości płacy minimalnej jaką Oferent ma przyjąć na dzień złożenia oferty do wyliczenia jej wartości; a skoro podanie takiej wartości nie jest możliwe - brak ustosunkowania się do kwestii, czy Zamawiający dopuszcza zmianę umowy od 01.01.2024 jeśli Wykonawca zastosuje obecne stawki płacy minimalnej

- pozorna i zdaniem Wykonawcy niedopuszczalna możliwość waloryzacji wynagrodzenia o maksymalnie 6% (czyli cen jednostkowych o 12%) ? jeśli wzrost poziomu ceny materiałów

i kosztów wzrósłby o min. 25%. Czynność prawna pozorna jest nieważna i zmierza do obejścia prawa, zwłaszcza do waloryzacji wynagrodzenia np. o obiektywny i nie kwestionowany wskaźnik inflacji ogłaszany przez GUS. Zresztą Wykonawca dostrzega niedorzeczne połączenie treści ust. 1 §13 projektu umowy z ust. 3 tego paragrafu. Jeśli rzeczywiście Zamawiający nie pozoruje działania w zakresie waloryzacji winien jasno wskazać, bez powoływania się na wymaginowane wskaźniki od razu winien odnieść się do wysokości zmiany wynagrodzenia ustalanego przez GUS w oparciu o średni wskaźnik cen towarów

i usług ogłaszany za rok poprzedni. Obecnie podawane przez GUS wskaźniki są na poziomie (ciągle spadającej inflacji) 10-11%, a nie co najmniej 25%! Nadto zamawiająca nie podała jakich konkretnie w treści ust. 1 §13 materiałów i kosztów wzrost miałby dotyczyć i za jaki okres ten wzrost miałby być liczony. Co wprowadza uznaniowość Zamawiającego i de facto brak możliwości uzyskania waloryzacji wynagrodzenia przez Wykonawcę. Wykonawca przy tym wskazuje na brak spójności logicznej i pojęciowej pomiędzy wyliczoną ceną oferty,

a zryczałtowaną ceną brutto za 1Mg frakcji odpadów. Konglomerat pojęć ceny ofertowej

i zryczałtowanej ceny brutto za 1 Mg odpadów danej frakcji nie może prowadzić do rzeczywistej i realnej możliwości waloryzacji (lub zmiany wynagrodzenia o 6%, nawet w przypadku, wręcz nierealnej zmiany o 25%) z uwagi na definicję ryczałtowej ceny brutto za 1Mg odpadów. Dodatkowo Wykonawca podnosi, że ustawodawca już w 2019 r. w drodze ustawy, zlikwidował możliwość ustalanie ceny w ryczałcie. Wykonawca wyraża jednak nadzieję – o ile uzyska odpowiednie stanowisko Zamawiającej, że użyta nomenklatura w zakresie „ceny zryczałtowanej za 1 Mg frakcji odpadów” jest omyłką.

- wprowadzenie do treści umowy §6 ust. 4, (pytanie nr 10) który nie znalazł odzwierciedlenia w ujednoliconej wersji projektu umowy (załącznik nr 2 do SWZ) po modyfikacji z 25.08.2023. Jest to dla Wykonawcy bardzo istotna kwestia, albowiem nieprzejezdność dróg lokalnych na terenie Gminy, w dużej części gruntowych, w czasie dużych opadów lub długotrwałych opadów deszczu lub opadów śniegu uniemożliwia dojazd do nieruchomości i odbiór odpadów wg harmonogramu. Dodatkowo z treści proponowanego zapisu nie wynika, że w przypadku powiadomienia o obiektywnej niemożności wykonania usługi – Wykonawca jest zwolniony

z kary umownej za brak odbioru odpadów. Wykonawca podczas bieżącej realizacji umowy, zawiadamiał o obiektywnej niemożności wykonania usługi, a mimo to została Spółce naliczana kara umowna za brak odbioru odpadów z nieruchomości, których właściciele złożyli reklamację na brak odbioru odpadów, a droga do ich nieruchomości wymagająca poruszania się specjalistycznym sprzętem była nieprzejezdna.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie dokonania przez Zamawiającą:

a) doprecyzowania odpowiedzi na zadane pytania i udzielenia pełnych i stosownych wyjaśnień zwłaszcza w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, realnych i rzeczywistych wskaźników, które stanowić będą podstawę wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy;

b) zobowiązanie Zamawiającego do zawarcia w SWZ istotnych i obiektywnych kryteriów, dzięki którym możliwe jest właściwe przygotowanie oferty. W tym podanie niezbędnych wskaźników mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 ust. 1 uPZP) zwłaszcza, że zgodnie ze SWZ wartość ceny określona została jako 100% w kryterium oceny ofert;

2) obciążenie Zamawiającej gminy kosztami odwołania, oraz kosztami zastępstwa procesowego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

W dniu 19 września 2023 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa wniesione odwołanie. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania 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.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

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 w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu w wysokości 15 000,00 zł.

Przewodniczący:

.....