

Sygn. akt: KIO 1765/22

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 roku przez wykonawcę **Veolia Energia Polska S.A., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Czernica,**

przy udziale wykonawcy:

(A) **Remondis Aqua spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

(B) **Instal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy wykonawcę **Veolia Energia Polska S.A., z siedzibą w Warszawie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Czernica – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa i eksploatacja oczyszczalni ścieków w Gminie Czernica”, dalej: „**Postępowanie**”.

W dniu 4 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Veolia Energia Polska S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z 5 KC oraz 487 §2 KC w zw. z art. 4 ust. 1 UPPP oraz art. 7 ust. 1 UPPP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i rażąco uprzywilejowanie w treści Umowy jego pozycji oraz ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, przejawiający się poprzez umieszczenie w Umowie następujących postanowień: (i) art. XVI ust. 8 Umowy: Jeżeli poniesiona przez Podmiot Publiczny szkoda przewyższać będzie wysokość naliczonych Partnerowi Prywatnemu kar umownych, Podmiotowi Publicznemu przysługiwać będzie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego z tego samego tytułu na zasadach ogólnych; (ii) art. XXIII ust. 8 Umowy: Jeżeli poniesiona przez Podmiot Publiczny szkoda przewyższać będzie wysokość naliczonych Partnerowi Prywatnemu kar umownych, Podmiotowi Publicznemu przysługiwać będzie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego z tego samego tytułu na zasadach ogólnych; (iii) art. XVI ust. 9 Umowy: Maksymalna łączna wartość kar umownych na Etapie Budowy nie przekroczy 10.000.000 PLN (dziesięć milionów złotych); (iv) art. XXIII ust. 9 Umowy: Maksymalna łączna wartość kar umownych na Etapie Eksploatacji nie przekroczy 15% Wartości Umowy; (v) art. XXXIII ust. 7 Umowy: Łączna maksymalna odpowiedzialność Partnera Prywatnego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy nie przekroczy 50 000 000 złotych (pięćdziesiąt milionów złotych) - wartość podlega waloryzacji na zasadach określonych w pkt 3 Załącznika nr 2 do Umowy PPP — Stawki;

(2) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 1 ust. 2 UPPP w zw. z art. 16 pkt. 1-3 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 5 KC i art. 353¹ KC poprzez ukształtowanie treści Umowy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a jednocześnie w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przejawiający się umieszczeniem w Umowie następujących postanowień: (a) art. VIII. ust. 1 Umowy: Podmiot Publiczny odpowiada wyłącznie za ryzyka

wskazane w ust. 2 i 3. Ryzyka Partnera prywatnego zostały wskazane w ust. 16. W przypadku ryzyk niesprecyzowanych/ nienazwanych związanych z realizacją Przedsięwzięcia odpowiedzialność za nie ponosi Partner Prywatny; (b) art. VIII. ust. 16 Umowy: W zakresie i na zasadach opisanych w Umowie Partner Prywatny ponosi następujące ryzyka: 1) ryzyka związane z Etapem Budowy Oczyszczalni (w szczególności: ryzyko wystąpienia niezgodności z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót budowlanych; ryzyko wzrostu kosztów; ryzyko związane z wystąpieniem wypadków; ryzyko związane z brakiem zasobów ludzkich i materialnych; ryzyko wystąpienia wad fizycznych lub prawnych zmniejszających wartość lub użyteczność środka trwałego; ryzyko związane z odbiorem technicznym środka trwałego; ryzyko związane z wystąpieniem wad w dokumentacji projektowej; ryzyko związane z podwykonawcami; ryzyko związane z brakiem środków finansowych ze strony partnera prywatnego; ryzyko wystąpienia opóźnień w zakończeniu robót budowlanych); (c) ryzyka związane z Etapem Eksploatacji (w szczególności: ryzyko niemożliwości dostarczenia usług o określonej w umowie PPP jakości i określonych standardach; ryzyko związane z brakiem zgodności z ogólnymi przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy oraz polskimi normami; ryzyko wzrostu kosztów eksploatacyjnych; ryzyko związane z niewłaściwym utrzymaniem i zarządzaniem; ryzyko związane ze zniszczeniem środków trwałych lub ich wyposażenia; ryzyko związane z podwykonawcami; ryzyko związane ze zmianami technologicznymi; ryzyko związane z brakiem zasobów ludzkich i materialnych; ryzyko wartości rezydualnej);

(3) art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z 5 KC oraz 487 §2 KC w zw. z art. 4 ust. 1 UPPP oraz art. 7 ust. 1 UPPP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego j rażące uprzywilejowanie w treści Umowy jego pozycji oraz ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, przejawiający się poprzez umieszczenie w Umowie następującego postanowienia: art. XXII ust. 2 Umowy: Jeżeli Podmiot Publiczny nie zaakceptuje powyższego kosztorysu w terminie 14 dni, Partner Prywatny — w terminie kolejnych 14 dni - dokona kalkulacji rynkowej wartości rozbudowy Oczyszczalni według cen rynkowych dostępnych na dzień dokonania kalkulacji, z uwzględnieniem średnich cen jednostkowych ujętych w możliwie najbardziej aktualnym zestawieniu SECOCENBUD lub innym powszechnie stosowanym katalogu nakładów rzeczowych i cen uzgodnionym przez Strony;

(4) art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w związku z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, art. 17 ust. 1 i 2 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz 20 PZP poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą

dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w zakresie braku określenia faktycznej prognozy ilości ścieków komunalnych w całym okresie eksploatacyjnym Umowy z jednoczesnym określeniem konieczności zapewnienia przez partnera prywatnego wydajności oczyszczalni wynoszącej 4.000 m³ ścieków komunalnych na dobę w skali roku (1 460 000 m³ w ciągu roku) w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił roku, w którym planowana oczyszczalnia osiągnie wydajność 4.000 m³ ścieków komunalnych na dobę w skali roku - a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, niezgodnie z zasadami przejrzystości, proporcjonalności i efektywności, co w konsekwencji uniemożliwia poprawne sporządzenie i kalkulację oferty w Postępowaniu, a także może przekładać się bezpośrednio na brak porównywalności złożonych w ramach postępowania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dostosowanie SWZ, Umowy oraz Załącznika nr 2 do stanu zgodności z prawem poprzez zmianę treści SWZ, Umowy oraz Załącznika nr 2 polegającą na: usunięciu art. XVI ust. 8 i art. XXIII ust. 8 Umowy; modyfikacji art. XVI ust. 9 Umowy na: Maksymalna łączna wartość kar umownych na Etapie Budowy nie przekroczy 4.000.000 PLN (cztery miliony złotych); modyfikacji art. XXIII ust. 9 Umowy na: Maksymalna łączna wartość kar umownych na Etapie Eksploatacji nie przekroczy 10% Wartości Umowy, modyfikacji art. XXXIII ust. 7 Umowy na: Łączna maksymalna odpowiedzialność Partnera Prywatnego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy nie przekroczy 15% Wartości Umowy; modyfikacji art. VIII. ust. 1 Umowy na: Podmiot Publiczny odpowiada wyłącznie za ryzyka wskazane w ust. 2 i 3. Ryzyka Partnera prywatnego zostały wskazane w ust. 16. W przypadku ryzyk niesprecyzowanych/nienazwanych związanych z realizacją Przedsięwzięcia odpowiedzialność za nie ponosi Podmiot Publiczny; modyfikacji art. VIII. ust. 16 Umowy na: W zakresie i na zasadach opisanych w Umowie Partner Prywatny ponosi następujące ryzyka: 1) ryzyka związane z Etapem Budowy Oczyszczalni: ryzyko wystąpienia niezgodności z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót budowlanych; ryzyko wzrostu kosztów związanych z Etapem Budowy; ryzyko związane z wystąpieniem wypadków; ryzyko związane z brakiem zasobów ludzkich i materialnych; ryzyko wystąpienia wad fizycznych lub prawnych zmniejszających wartość lub użyteczność środka trwałego (z wyłączeniem wad fizycznych lub prawnych związanych z Nieruchomością); ryzyko związane z odbiorem technicznym środka trwałego; ryzyko związane z wystąpieniem wad w dokumentacji projektowej; ryzyko związane z podwykonawcami Partnera Prywatnego; ryzyko związane z brakiem środków finansowych ze strony partnera prywatnego; ryzyko wystąpienia opóźnień w zakończeniu robót budowlanych

z wyłączeniem opóźnień w procesie uzyskiwania Decyzji Administracyjnych lub decyzji wydawanych przez inne upoważnione podmioty z przyczyn nie leżących po stronie Partnera Prywatnego; 2) ryzyka związane z Etapem Eksploatacji: ryzyko niemożliwości dostarczenia usług o określonej w umowie PPP jakości i określonych standardach w granicach dostawy ścieków przez Podmiot Publiczny o parametrach jakościowych i ilościowych określonych w Umowie; ryzyko związane z brakiem zgodności z ogólnymi przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy oraz polskimi normami; ryzyko związane z niewłaściwym utrzymaniem i zarządzaniem; ryzyko związane ze zniszczeniem środków trwałych lub ich wyposażenia; ryzyko związane z podwykonawcami Partnera Prywatnego; ryzyko związane ze zmianami technologicznymi z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego i nie wynikających ze Zmiany Prawa; ryzyko związane z brakiem zasobów ludzkich i materialnych; modyfikacji art. XXII ust. 2 Umowy na: W terminie 14 dni Podmiot Publiczny jest uprawniony do odmowy akceptacji kosztorysu, o którym mowa w ust. 1, jednakże jedynie w przypadku, gdy kosztorys ten różni się od kalkulacji dokonanej w oparciu o warunki rynkowe na podstawie cen jednostkowych ujętych w możliwie najbardziej aktualnym i adekwatnym powszechnie stosowanym katalogu nakładów rzeczowych i cen o więcej niż 10%, a w konsekwencji wprowadzonej zmiany również dokonanie modyfikacji art. XXII ust. 3 na: W przypadku braku akceptacji przez Podmiot Publiczny kosztorysu zgodnie z ust. 2 powyżej, zastosowanie znajdzie Procedura Rozstrzygnięcia Sporów określona w art. XXXVII ust. 6 - 10 Umowy, określenu w ramach pkt 4 Załącznika nr 2 realnej prognozy ilości ścieków z sieci kanalizacyjnej Gminy Czernica do planowanej oczyszczalni w całym okresie eksploatacyjnym Umowy oraz precyzyjne wskazanie roku, w którym planowana oczyszczalnia osiągnie wydajność 4.000 m³ ścieków komunalnych na dobę w skali roku.

Odwołujący dnia 14 lipca 2022 r. złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Z uwagi na to, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) 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. poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Z tych względów postanowiono jak w sentencji.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3a 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. 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: