

POSTANOWIENIE
z dnia 29 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 29 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2022 r. przez wykonawcę ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Żarów

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego 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 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Żarów (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta i gminy Żarów oraz transport i zagospodarowanie odpadów z punktu selektywnego zbierania odpadów” (nr ref. R.271.13.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 218-622517. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 21 listopada 2022 r. wykonawca ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rusku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny, 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. określono początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia w sposób, który powoduje, że w okresie kiedy ryzyko zmiany cen jest największe wykonawca nie ma możliwości wnioskowania o zmianę wynagrodzenia;
- b. określono kolejnych terminów w jakich wykonawca może wystąpić o waloryzację wynagrodzenia w sposób, który powoduje, że w okresie kiedy ryzyko zmiany cen jest największe, wykonawca nie ma możliwości wnioskowania o zmianę wynagrodzenia;
- c. określono maksymalną wysokość zmiany wynagrodzenia w okresie obowiązywania umowy w sposób powodujący, że waloryzacja wynagrodzenia ma charakter pozorny i nie odzwierciedla nawet częściowo rzeczywistych przewidywanych zmian wskaźników stanowiących podstawę waloryzacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ oraz załączników w następujący sposób:

- a. określenie, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może być dokonana nie wcześniej niż po 6 miesiącach od dnia złożenia Oferty i będzie wyliczona przy zastosowaniu

średniorocznego „wskaźnika” cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację. Jeżeli Umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert.

- b. kolejne waloryzacje wynagrodzenia mogą być dokonane nie szybciej niż po upływie 6 miesięcy od dnia poprzedniej waloryzacji.
- c. łącznie zmiana wynagrodzenia Wykonawcy wynikająca z waloryzacji, nie może przekroczyć w okresie obowiązywania niniejszej umowy wartości 25% wynagrodzenia brutto ustalonego w § 8 ust. 2 tej umowy.

Izba ustaliła, iż w terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2022 r. złożył pismo, w którym poinformował, iż przychylił się do proponowanych zmian treści Specyfikacji Warunków Zamówienia wprowadzając w dniu 22 listopada 2022 r. zmiany, o które wnioskował Odwołujący. Zamawiający przekazał także dokumentację postępowania uwzględniającą dokonane w dokumentach zamówienia modyfikacje.

Odwołujący w dniu 28 listopada 2022 r. złożył pismo, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie wniesione w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby (ust. 2).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 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 dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: