Sygn. akt: KIO 2497/20

POSTANOWIENIE
z dnia 13 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 13 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 1 październik 2020 r. przez wykonawcę: FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskiew postępowaniu prowadzonym przez Gmina Lądek-Zdrój, ul. Rynek 31, 57-540 Lądek-Zdrój

przy udziale wykonawcy **ENERIS Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielcęadres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 02-667 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.**umorzyć postępowanie odwoławcze**,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz**FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskie** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Świdnicy**.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2497/20

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: *"Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Lądek-Zdrój"*, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2020/S183 442232 z 21.09.2020 r., przez Gmina Lądek-Zdrój ul. Rynek 31, 57-540 Lądek-Zdrój zwane dalej: *„Zamawiającym"*. Postanowienie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: *„SIWZ"* zostały opublikowane na stronie BIP Zamawiającego w dniu 21.09.2020 r.

W dniu 01.10.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskie zwana dalej: *„FBSerwis Wrocław Sp. z o.o"* albo *„Odwołującym"* wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.10.2020 r. (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 26.08.2020 r. udzielonego przez P.Z. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym do odwołania wydrukiem KRS-u. przez Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. Art. 22 ust. 1a ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zawężając niezasadnie krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, a częściowo nawet niemożliwy do zrealizowanie poprzez ukształtowanie warunków sprzecznych z przepisami obowiązującego prawa tj. poprzez określenie w Rozdziale III, pkt 4.2.1 lit. b), że Wykonawca ma posiadać aktualne zezwolenie wydane przez właściwy organ na zbieranie odpadów w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, przy czym nie wiadomo, co Zamawiający rozumie przez „w zakresie objętym przedmiotem zamówienia", co prowadzi do tego, że nie wiadomo, jakimi uprawnieniami w rzeczywistości ma wykazać się Wykonawca, a w szczególności, w jakiej lokalizacji wymaga od wykonawcy posiadania zezwolenia na zbieranie, przy czym jeśli Zamawiający uznaje, że wykonawca powinien posiadać zezwolenie na zbieranie na obszarze gminy Zamawiającego, stanowi to niezasadne ograniczenie konkurencji (prawdopodobnie do jednego podmiotu);
2. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.; dalej: „k.c.") w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zobowiązujący wykonawcę do realizacji obowiązku niemożliwego do wykonania (świadczenie niemożliwe), tj. przez wskazanie w Rozdziale II (Opis Przedmiotu Zamówienia ("OPZ")), pkt 3, str. 21 SIWZ, że wykonawca zobowiązany jest m.in. uruchomienia od dnia 1 stycznia 2021 r. i prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (dalej: „PSZOK") na terenie gminy Zamawiającego, o szczególnych warunkach wymienionych na str. 20-23 SIWZ, który to zespół zobowiązań w tak krótkim czasie, jaki pozostanie dla Wykonawcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia do dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia w tym zakresie, jest obiektywnie niemożliwy do zrealizowania:
3. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności

mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. poprzez wskazanie, iż wykonawca zobowiązany jest do usuwania nielegalnych miejsc składowania odpadów komunalnych w ilości do 30 Mg/rok, w czasie trwania umowy, pomimo braku wyodrębnienia pozycji kosztorysowej za świadczenie tej usługi a jednocześnie braku jakichkolwiek informacji, mogących pozwolić na wycenę tej pozycji.

4. Art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353^1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do zawarcia we wzorze umowy wszystkich jej istotnych postanowień, których dodatkowo treść lub cel nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, obowiązującym przepisom ani zasadom współżycia społecznego, a co za tym idzie jest uprawniony do sformułowania wzoru umowy z następującymi wadami:

- wskazanie w § 14 ust. 1 pkt 10), że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym w przypadku rozwiązania przez Zamawiającego umowy dzierżawy dotyczącej terenu, na którym znajduje się PSZOK.

Podnosząc ww. zarzuty wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

a. wykreślenie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale III, pkt 4.2.1 lit. b), lub ewentualnie jego doprecyzowanie poprzez wyraźne określenie nie tylko jakiego rodzaju uprawnień, ale także zakresu, ze wskazaniem, że wykonawca zobowiązany jest do posiadania zezwolenia na zbieranie w jakiejkolwiek lokalizacji pozwalającej na zbieranie tam odpadów z obszaru gminy Zamawiającego;

b. wykreślenie Rozdziału II pkt 3 OPZ, względnie zastąpieniem go postanowieniami, zgodnie z którymi, to Zamawiający będzie prowadził PSZOK na wskazanym przez siebie terenie,a Wykonawca będzie zobligowany jedynie do odpowiedniego jego wyposażenia oraz zapewnienia jego obsługi, przy czym odpowiedzialnym za gospodarowania odpadami zbieranymi na terenie PSZOK będzie Zamawiający;

c. w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego utworzenia PSZOK i nałożenia na Zamawiającego obowiązku jego utworzenia, a na Wykonawcę jedynie obsługi PSZOK;

d. doprecyzowanie OPZ poprzez wskazanie:

- czy teren wyznaczony przez Zamawiającego na prowadzenie PSZOK spełnia aktualnie wszystkie wymagania niezbędne do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów i prowadzenia PSZOK, a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich warunkach zostanie od do tych wymagań dostosowany,
- czy dla nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK, został sporządzony operat przeciwpożarowy, zwierający warunki ochrony przeciwpożarowej miejsca magazynowania odpadów, uzgodnione z komendantem powiatowym (miejskim) Państwowej Straży Pożarnej, o którym mowa w art. 42 ust. 4b ustawy o odpadach,
- czy dla obszaru, na którym ma być prowadzony PSZOK, został uchwalony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, a jeżeli nie, to czy Zamawiający posiada dla nieruchomości decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,
- czy teren przeznaczony przez Zamawiającego na miejsce prowadzenia PSZOK został dostosowany do wszystkich aktualnie obowiązujących wymogów określonych przepisami ustawy o odpadach (takich jak wizyjny system kontroli miejsca magazynowania odpadów, o którym mowa w art. 25 ust. 6a - 6h ustawy o odpadach), a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich zasadach teren ten do ww. wymogów zostanie dostosowany,
- wskazania informacji niezbędnych do złożenia wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie określonym w art. 42 ustawy o odpadach lub wskazania terminu, w którym ww. informacje i dokumenty i miałyby zostać Wykonawcy udostępnione;

e. dodanie pozycji kosztorysowej (PLN/M3) za usuwanie nielegalnych miejsc składowania odpadów („dzikie wysypiska").
f. usunięcie §14 ust. 1 pkt 10) wzoru umowy.

Zamawiający w dniu 02.10.2020 r. (na stronie internetowej BIP Zamawiającego) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.10.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ENERIS Surowce S.A. ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce; adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych,ul. Koszykowa 65, 02-667 Warszawa zwana dalej: *„ENERIS Surowce S.A".* albo *„Przystępującym"*, zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Niniejsze zgłoszenie zostało podpisane przez P. Z. osobę ujawnioną i umocowana do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym do zgłoszenia wydrukiem KRS-u.

W dniu 07.10.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Stwierdził, że: *„(...) uznaje w całości zarzuty przedstawione w treści odwołania. W związku z powyższym Zamawiający dokona zmian w treści ogłoszenia i SIWZ oraz umowy, które są wynikiem uznania zarzutów Odwołującego. (…)".* Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Z-cę Burmistrza.

W dniu 08.10.2020 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 08.10.2020 r. wezwał ENERIS Surowce S.A., na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2018, poz. 1092 i poz. 1992) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

Do dnia 12.10.2020 r. (włącznie) żadne zgłoszenie sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, tj. ENERIS Surowce S.A. nie miało miejsca.

Reasumując, skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnił w całości odwołanie, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca, który nie skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu,

Izba stwierdziła, w związku z faktem, że Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp – należało umorzyć. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do

przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2497/20 – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

……