

POSTANOWIENIE z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 6 lipca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2020r. przez wykonawcę Chemeko - System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jerzmanowska 6A w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Chorzów z siedzibą w Chorzowie, ul. Rynek 1

postanawia :

1. Umorzyć postępowanie

- 2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Chemeko - System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jerzmanowska 6A tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 maja 2020r. za numerem 2020/S 100240961.

W dniu 4 czerwca 2020r. wykonawca Chemeko-System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści siwz. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 czerwca 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 czerwca 2020r. Wpis 15 000zł. uiszczono.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie terminów realizacji zamówienia, w szczególności przez:

a) niejednoznaczne określenie terminu rozpoczęcia i zakończenia usługi,

b) określenie zbyt krótkiego terminu na zrealizowanie obowiązku podstawienia pojemników na odpady;

2) naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ust 1 ustawy przez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności przez wskazanie jako kryterium oceny ofert - skrócenia terminu podstawienia zestawów do segregacji w sytuacji, gdy do nie jest obiektywnie możliwe podstawienie w terminie 45 dni od podpisania umowy zestawów do segregacji przez wykonawców, innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie zamawiającego, co świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ust 1 ustawy przez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję przez postawienie wymogu, aby Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) został przez wykonawcę zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 90 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że wykonawca w złożonej ofercie

zadeklarował skrócenie tego terminu do 60 dni, to w tym czasie) w sytuacji, gdy utworzenie PSZOK wymaga nie tylko wykonania szeregu czynności faktycznych, ale i pozyskania stosownych decyzji administracyjnych, przez co wymóg uruchomienia PSZOK najpóźniej w terminie 90 dni od podpisania umowy jest wymogiem niemożliwym do spełnienia dla wykonawców innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie zamawiającego, co dodatkowo świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

4) naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności przez wskazanie jako kryterium oceny ofert - czasu niezbędnego do utworzenia i uruchomienia PSZOK-SORCIK, przy czym, z uwagi na konieczność wypełnienia szeregu obowiązków administracyjno- prawnych, w szczególności uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych, nie jest obiektywnie możliwe utworzenie i uruchomienie PSZOK w terminie 60 dni przez wykonawców, innych niż wykonawca aktualnie świadczący usługę na terenie zamawiającego, co świadczy o uprzywilejowaniu jednego przedsiębiorcy względem pozostałych wykonawców i jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5) naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób mogący naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji przez ocenę doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w sposób zawężający, nieadekwatny do celu, uwzględniający tylko określony system odbioru odpadów z pominięciem innych;

6) naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;

7) naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:

- braku wskazania przez zamawiającego minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia;

- określenia, według jakich harmonogramów wywozu odpadów wykonawca będzie ostatecznie świadczył usługę oraz braku określenia jasnych zasad dokonywania zmiany harmonogramów posiadanych przez zamawiającego oraz skutków tych zmian (lub odpowiednio odmowy zmiany harmonogramu) na koszty wykonywania zamówienia;

Taki opis przedmiotu zamówienia jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez zamawiającego ilości koniecznych do realizacji zamówienia pojemników i worków na odpady czy zmian w sposobie realizacji zamówienia skutkujących koniecznością zmiany harmonogramów wywozu odpadów, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej i charakteru przyjętego modelu wynagrodzenia (brak osobnej ceny za podstawienie pojemników/dostarczenie worków i konieczność skalkulowania wszystkich kosztów i ryzyka w łącznej cenie za odbiór odpadów danej frakcji), ograniczonej możliwości zmiany umowy oraz licznych i wysokich kar umownych za niedochowanie wymogów SIWZ, co stanowi o naruszeniu art. 3531 k.c. w zw. z art. 14 ustawy.

Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert i braku proporcjonalności i przejrzystości, a więc narusza także art. 7 ustawy;

8) naruszenie art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez zaniechanie zobowiązania wykonawców do wskazania w ich ofertach instalacji lub odpowiednio miejsc zbierania wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ przez:

1) jednoznaczne i spójne we wszystkich dokumentach postępowania określenie daty rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług przez wykonawcę, w tym jednoznaczne określenie terminu zakończenia wykonania usługi i tym samym jednoznaczne określenie minimalnego okresu, w jakim usługa będzie przez wykonawcę wykonywana;

2) zmianę terminu na podstawienie przez wykonawcę pojemników na odpady przez wydłużenie tego terminu do 16. tygodni liczonych od dnia zawarcia umowy zarówno w przypadku pojemników na odpady zmieszane, jak i pojemników na odpady zbierane selektywnie;

3) wykreślenie z SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert, wskazanego w rozdziale XVI pkt 2.4. SIWZ (Skrócenie terminu podstawienia zestawów do segregacji) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;

4) zmianę terminu na zorganizowanie i uruchomienie PSZOK w ten sposób, że w określonym przez zamawiającego 90-dniowym terminie od podpisania umowy wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia wszelkich niezbędnych działań faktycznych (leżących po jego stronie) w celu organizacji PSZOK, a także do wystąpienia do właściwych organów administracji publicznej z wnioskiem o wydanie

niezbędnych decyzji, pozwoleń i innych wymaganych aktów administracyjnych, bez konieczności ujmowania w tym terminie czasu niezbędnego na wydanie stosownych rozstrzygnięć przez właściwe organy administracji publicznej;

5) wykreślenie z SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XVI pkt 1.2. SIWZ (Czas niezbędny do utworzenia i uruchomienia PSZOK-SORCIK) i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów;

6) zmianę warunków udziału w postępowaniu dotyczących badania i oceny doświadczenia wykonawcy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie (rozdz. VI pkt 1.2.3.1 ppkt 1) lit b) SIWZ) przez wskazanie, że wykonawca winien dysponować następującym doświadczeniem:

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał (lub wykonuje) jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usługom stanowiącej przedmiot zamówienia, obejmującą wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie:

- z minimum 350 punktów odbioru odpadów lub

- w ilości 4000 Mg odpadów typu tworzywa sztuczne, szkło i papier lub

- z co najmniej 2 000 sztuk pojemników,

w czasie świadczenia nie krótszym niż 10 kolejnych miesięcy (musi być zachowana ciągłość usługi) wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

7) uzupełnienie przewidzianych dotychczas przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o podstawę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy;

8) wskazanie w SIWZ minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia;

9) jednoznaczne określenie w SIWZ, że wykonawca będzie zobowiązany do realizowania usługi według harmonogramów wywozu odpadów załączonych do SIWZ, przez zapewnienie, że harmonogramy, które zgodnie z rozdz. III pkt 9.1. SIWZ zostaną przekazane wykonawcy w terminie do 7 dni, licząc od dnia podpisania umowy nie będą zawierały odmiennych założeń od tych, które wynikają z harmonogramów załączonych do SIWZ, oraz dopuszczenie możliwości jednostronnej zmiany przez wykonawcę lub zmiany w drodze aneksu do umowy posiadanych przez zamawiającego harmonogramów wywozu odpadów w sytuacji, gdy zmiana tych harmonogramów będzie konieczna dla należytego wykonania umowy, a będzie skutkiem okoliczności od wykonawcy niezależnych (np. zwiększenie ilości wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości odpadów, zwiększenie ilości obsługiwanych nieruchomości, zmiany rodzaju lub wielkości pojemników) lub będzie wynikała ze zmian w sposobie realizacji zamówienia dokonanych przez zamawiającego (np. zmian w zakresie częstotliwości odbioru odpadów), przy czym każdorazowa zmiana harmonogramów (zaistniała z przyczyn od wykonawcy niezależnych) lub odmowa zmiany harmonogramów przez zamawiającego mimo zaistnienia takiej sytuacji, skutkująca koniecznością zwiększenia przez wykonawcę ilości pojazdów i/lub osób realizujących zamówienie, winna skutkować możliwością równoczesnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (w szczególności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy o wysokość dodatkowych kosztów ponoszonych na skutek konieczności odbioru odpadów według innych harmonogramów niż te, na podstawie których nastąpiła wycena oferty lub zapewnienia dodatkowych pojazdów i/lub osób przy braku zmiany harmonogramów), co zamawiający winien przewidzieć jako jedną z podstaw do zmiany umowy;

10) zmianę pkt 2 Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ przez nakazanie wykonawcom wskazania instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których wykonawca będzie przekazywał odebrane odpady komunalne, z równoczesnym dopuszczeniem możliwości wskazania - w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych - w miejsce instalacji podmiotu zbierającego te odpady.

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SIWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy — tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1691/12; KIO 1704/12). Mając powyższe na uwadze odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy lub niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, nieprawidłowe opisanie warunków udziału w postępowaniu kryteriów oceny ofert powodują niemożliwość prawidłowego

skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia.

W dniu 8 czerwca 2020r. zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W dniu 2 lipca 2020r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Termin posiedzenia z udziałem stron był w dacie wydawania postanowienia wyznaczony na dzień 10 lipca 2020r. godz. 10:00.

Zamawiający nie zgłaszał wniosków kosztowych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzić na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że brak jest takiego wniosku zamawiającego, a nadto wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień niż wyznaczony termin posiedzenia.

Przewodniczący: