Sygn. akt: KIO 2029/20

POSTANOWIENIE
z dnia 1 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bytom przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. w Chorzowie i wykonawcy PZOM S. Sp. z o.o Sp. K. w Konopiskach przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,
2.znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawcy Remondis Sp. z o.o. w Warszawie kwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) 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:

U z a s a d n i e n i e
postanowienia z dnia 1 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2029/20

Zamawiający Gmina Bytom, reprezentowana przez Prezydenta Miasta Bytomia, ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 153-375201, dalej zwane jako „postępowanie".

Skład orzekający ustalił, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 20 sierpnia 2020 r. odwołanie wobec treści dokumentacji przetargu wniósł wykonawca Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa (dalej zwany jako „odwołujący"). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następującego zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22ust. 1b pkt 3 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych w zakresie narzędzi lub urządzeń technicznych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie pozwalający na dokonanie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie, w jakim dla pojazdów wymienionych w Rozdziale V, pkt 4 ppkt 2 lit. a) i b) SIWZ wymaga pojazdów o określonej ładowności zamiast o Dopuszczalnej Masy Całkowitej (DCM);
2.art. 91 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2d Pzp w zw. z art. 91 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp,

poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium - przeniesienie na Zamawiającego własności wszystkich pojemników (X3) oraz kryterium - jakość pojemników (X4) (rozdział XIII pkt 1 i pkt 1 SIWZ) w sposób:

a)nie odnoszący się do przedmiotu zamówienia, w szczególności do jego jakości, lecz w sposób odnoszący się do właściwości wykonawcy, tj. jego wiarygodności technicznej oraz ekonomicznej, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w zakresie w jakim Zamawiający zamierza przyznać punkty za zaoferowanie przeniesienia własności wszystkich pojemników na rzecz Zamawiającego;

b)nieprecyzyjny i niezrozumiały w zakresie w jakim w ramach kryterium oceny ofert jakość pojemników (X4) ocenie podlegać będą pojemniki przeznaczone do zbierania bioodpadów posiadające wewnętrzną kratę odciekową oraz otwory wentylacyjne, w tym za pojemniki 1100 l, które nie są dostępne na rynku;

3.art. 353^1 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia oraz załącznika nr 5 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy (IPU) w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim cenę oferty należy obliczyć poprzez ustalenie ceny jednostkowej brutto za jedną tonę (1 Mg) odpadów dla danej frakcji i przemnożenie jej przez wskazaną przez Zamawiającego szacunkową ilość poszczególnych frakcji odpadów (rozdział XII pkt 2 SIWZ), a na etapie realizacji przedmiotu umowy wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie w wysokości równej wartości usług liczonych jako iloczyn ceny jednostkowej brutto za 1 Mg (tonę) odpadów komunalnych oraz ilości tych odpadów odebranych w danym miesiącu bezpośrednio od właścicieli nieruchomości (§17 ust. 2 IPU);

4.art. 29 ust. 3a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywać czynności związane z obsługą pojazdów do odbierania odpadów komunalnych (kierowca i ładowacz) oraz osoby uczestniczące w procesie zagospodarowania odpadów (rozdział III pkt 4 SIWZ) w sposób nadmierny i nieproporcjonalny;

5.art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzgledniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim Zamawiający w:

a)pkt 3.6 w Tabeli nr 2 zawartej w Opisu Przedmiotu Zamówienia załącznik nr 1 do SIWZ/ załącznik nr 1 do umowy (dalej: „OPZ") wskazuje, że wykonawca jest zobowiązany do odbioru odpadów komunalnych wskazanych w tabeli nr 2, wśród których wymieniono odpad o kodzie 17 05 08 Tłuczeń torowy (kruszywo) inny niż wymieniony w 17 05 07, a zatem odpad który nie jest odpadem komunalnym;

b)pkt 7.8 OPZ dopuszcza gromadzenie odpadów komunalnych w pojemnikach lub workach będących własnością właściciela nieruchomości, nie precyzując przy tym jakie obowiązki będą ciążyły na wykonawcy w odniesieniu do pojemników będących własnością właścicieli nieruchomości, w tym m.in. nie precyzując czy wykonawca będzie zobowiązany oklejać naklejkami te pojemniki, jakiego rodzaju mogą to być pojemniki czy wykonawca będzie mógł odmówić odbioru odpadów ze względu na stan techniczny pojemnika i wstrzymać się z odbiorem do momentu jego naprawy, kto będzie ponosił odpowiedzialność za uszkodzenie pojemnika oraz czy pojemniki te będą spełniały wymagania Polskich Norm;

c)pkt 7.26 i 7.29 OPZ posługuje się w odniesieniu do określenia cech pojemników sformułowaniami niejednoznacznymi (takimi jak: estetyczne, solidne), które mogą być dowolnie interpretowane na etapie realizacji zamówienia;

d)pkt 8.5 lit. c) OPZ wskazuje, że wykonawca zobowiązany jest do dysponowania 1-nym kontenerem o minimalnej pojemności 30m2 typu garaż, z wanną na odcieki, podczas gdy takie pojemniki nie są produkowane, a tym samym nie są dostępne na rynku;

e)pkt 14.1 OPZ oraz w §10 ust. 1 IPU (który stanowi powtórzenie pkt 14.1 OPZ) Zamawiający określił roczne poziomy ograniczenia masy odpadów komunalnych oraz recyklingu i przygotowania do ponownego użycia poprzez wskazanie ich procentowych wartości.

6.art. 353^1 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art.

29 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie IPU w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim w:

a)§18 ust. 1 pkt 3 IPU przewidział możliwość zmiany postanowień umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §17 ust. 1 i ust. 3 umowy w przypadku istotnego wzrostu lub obniżenia cen za zagospodarowanie odpadów komunalnych, tj. o minimum 20% w stosunku do cen obowiązujących w chwili zawarcia umowy, bez jednoczesnego doprecyzowania warunków wprowadzenia przedmiotowej zmiany;

b)§25 ust. 1 pkt 15, 23, 23, 25, 29 i 35 IPU Zamawiający przewidział rażąco wygórowane kary umowne ustalone na poziomie nieadekwatnym w stosunku do naruszenia za które zostały one przewidziane oraz do zakresu przedmiotu zamówienia;

c)§25 ust. 1 IPU Zamawiający wprowadził jedynie iluzoryczne ograniczenie kar umownych jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę, ograniczenie to zostało wprowadzone z zastrzeżeniem §25 ust. 2 IPU, w którym Zamawiający przewidział, że w przypadkach nieuregulowanych umową stosuje się kary przewidziane w art. 9x ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na zasadach określonych w ustawie, a ponadto przewidziane przez Zamawiającego ograniczenie poziomu kar umownych jakich może dochodzić jest nadmierne i rażąco wygórowane;

d)§25 ust 2 IPU Zamawiający przewidział, że w przypadkach nieuregulowanych umową stosuje się kary przewidziane w art. 9x ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na zasadach określonych w ustawie.

Wobec powyższego odwołujący żądał dokonania modyfikacji treści dokumentacji przetargu w sposób wskazany w odwołaniu.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, zgłaszających przystąpienie po stronie odwołującego: wykonawcę Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów i wykonawcę PZOM S. Sp. z o.o. Sp. K., ul. Przemysłowa 7, 42-27 Konopiska.

W dniu 4 września 2020 r. wpłynęło do Izby stanowisko procesowe zamawiającego, w którym częściowo uwzględniono odwołanie, zaś stanowiskiem procesowym z dnia 1 października 2020 r. odwołujący wycofał pozostałe, nieuwzględnione zarzuty i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Oba stanowiska procesowe zostały złożone przez osoby właściwe umocowane do działania w imieniu stron.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3a p.z.p. „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”

Przenosząc powyższe unormowanie na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy uznać, że zamawiający w stanowisku z dnia 4 września 2020 r. w sposób skuteczny częściowo uwzględnił zarzuty odwołania, zaś odwołujący w dniu 1 października 2020 r. złożył skuteczne oświadczenie o wycofaniu pozostałych, nieuwzględnionych przez zamawiającego zarzutów. Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po stronie zamawiającego.

Zatem w wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w art. 186 ust. 3a p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 p.z.p., który stanowi, iż w okolicznościach art. 186 ust. 3a p.z.p. koszty postępowania znosi się wzajemnie, zaś zwrotu kwoty uiszczonej z tytułu wpisu dokonano zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15

marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: