Sygn. akt: KIO 111/21

POSTANOWIENIE

z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Małgorzata Matecka

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników w dniu 19 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez wykonawcę J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o.

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczonego wpisu.

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

……

……

Sygn. akt: KIO 111/21

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

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 91 000 Mg", numer postępowania: DZA.ZOZ.27.64.2020.LK.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 252-636813 z dnia 28 grudnia 2020 r., w tej samej dacie opublikowana została na stronie Zamawiającego treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A05-408 Glinianka w dniu 7 stycznia 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

a)naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 wraz z późn. zmianami - dalej jako „PZP") poprzez ukształtowanie warunków udziału w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez brak zachowania zasady proporcjonalności, przez:

i.ograniczenie w pkt. 7.3.2.1. SIWZ konkurencji oraz eliminację rozwiązania dopuszczonego przez przepisy - które dopuszczają możliwość transportu zmieszanych odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej, a kwestia korzystania ze stacji przeładunkowej jest jedynie opcją (nie obowiązkiem) dla firmy odbierającej odpady komunalnej od mieszkańców — poprzez narzucenie wykonawcom, by zawsze dysponowali taką stacją przeładunkową — jeśli nie prowadzą własnej instalacji komunalnej,

ii.nieproporcjonalny wymóg w pkt. 7.3.2.1, SIWZ, gdyż Zamawiający - w przypadku posiadania i prowadzenia przez Wykonawcę stacji przeładunkowej - wymaga, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualną decyzję na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia — gdy

tymczasem orzecznictwo sądów administracyjnych uznaje art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach za wyjątek w stosunku do art. 41 tejże ustawy (ustanawiającej obowiązek uzyskiwania zezwolenia na zbieranie odpadów) — podczas gdy sam Zamawiający, w takich samych przetargach w przeszłości, nie wymagał dołączania takich decyzji,

iii.nieproporcjonalne wymogi dotyczące eksportu odpadów w ramach realizacji przedmiotu zamówienia (pkt. 7.3.2.1.5 i inne SIWZ),

b)naruszenie art. 36a ust. 2 pkt. 1) PZP, przez bezzasadne wykluczenie podwykonawstwa w zakresie prowadzenia i eksploatacji instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (stacji przeładunkowej dla zmieszanych odpadów komunalnych),

c)naruszenie art. 43 ust. 2 oraz ust. 2b pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu złożenia ofert, uniemożliwiającego Wykonawcy złożenie prawidłowo przygotowanej oferty,

d)naruszenie art. 91 ust. 2a PZP w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, przez przyjęcie jedynie jednego kryterium - „Cena oferty brutto" o wadze 100% - podczas gdy środki wydatkowane w ramach przedmiotowego Postępowania, jeśli miałyby zostać wydatkowane przez faktycznego dysponenta (m. st. Warszawa), musiałyby być wydatkowane w procedurze z obowiązkowym kryterium poza-cenowym o wadze minimum 40%,

e)naruszenie art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 PZP oraz art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 PZP, przez sformułowanie (wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania) zapisów Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz Wzoru Umowy w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, jak również prowadzący do ułożenia stosunku prawnego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą lub zasadami współżycia społecznego,

f)naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust.1 PZP. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwa konkurencie poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,

g)naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 1U w zw. z art. 36aa ust. 1 PZP poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na części - pomimo obiektywnego braku podstaw do nie podzielenia zamówienia na części (co w analogicznych przetargach było praktyką stosowaną przez Zamawiającego).

W związku z tym Odwołujący wnosił o:

a.uwzględnienie odwołania w całości, a tym samym żąda dokonania zmian treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu:

1)zmianę pkt. 4.12 SIWZ - w drodze usunięcia tego punktu,

2)zmianę pkt. 7.3.2.1. SIWZ oraz III. 1.1. Ogłoszenia o Zamówieniu - w ten sposób, iż:

ow przypadku posiadania i prowadzenia przez Wykonawcę stacji przeładunkowej (lub korzystania z takiej stacji, w ramach podwykonawca (w zakresie dopuszczonym SIWZ) Zamawiający:

■nie będzie wymagać, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualne decyzje na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub pozwolenie zintegrowane/ pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska,

■(ewentualnie) zobowiąże wykonawcę, na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, aby ten posiadał punkt/punkty przeładunkowe zapewniające możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, spełniające wymogi określone w art. 23 ust, 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach,

■wykreślenie treści objętych pkt. 7.3.2.1.5 SIWZ (i odpowiednie zmiany z tym związane w Ogłoszeniu o Zamówieniu, OPZ oraz wzorze umowy)

o w przypadku gdy do zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia Wykonawca będzie wykorzystywał instalacje własne, Zamawiający:

■dopuści, oprócz aktualnej decyzji na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub pozwolenie zintegrowane/ pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska, także

■możliwość powołania się na instalację komunalną wymienioną na liście instalacji komunalnych właściwego Marszałka Województwa.

3)zmianę pkt. 18.1 SIWZ oraz IV.2.7) Ogłoszenia o Zamówieniu, przez przedłużenie terminu złożenia oferty do dnia 27 stycznia 2021 r.,

4)zmianę pkt. 20.1. SIWZ oraz II.2.5) Ogłoszenia o Zamówieniu w ten sposób, iż ustanowione zostaną dwa kryteria oceny ofert:

1)„Cena oferty brutto” - waga 60%,

2)Odległość pomiędzy punktem odbioru odpadów oraz punktem przeładunkowym lub miejscem położenia instalacji przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych - waga 40%.

5)zmianę pkt. 2 OPZ oraz II.2.4) Ogłoszenia o Zamówieniu przez wykreślenie części dotyczącej eksportu odpadów,

6)zmianę pkt. 4 OPZ oraz pkt, 11,1.4) oraz II.I.6) Ogłoszenia o Zamówieniu, przez podzielenie przedmiot zamówienia na dwa zadania - Zadanie 1 obejmujące zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnicy Bemowo oraz Zadanie obejmujące zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnicy Wola,

7)zmianę pkt. 5 zd. 2 OPZ przez nadanie następującej treści: „Zamawiający dopuszcza możliwość przetworzenia zmagazynowanych (także w procesach R13 i D15) odpadów nie później niż w terminie 1 (jednego) roku po terminie realizacji zamówienia określonym w pkt. 2, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy”.

8)zmianę pkt. 6 OPZ przez wskazanie minimalnych i maksymalnych dziennych ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic Bemowo, Wola,

9)zmianę pkt. 14 OPZ przez wskazanie minimalnych i maksymalnych poziomów poszczególnych frakcji odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic Bemowo, Wola.

10)zmianę pkt. 15 OPZ przez usunięcie drugiego akapitu dotyczącego exportu odpadów,

11)zmianę pkt. 17 OPZ przez usunięcie trzeciego akapitu dotyczącego exportu odpadów,

12)zmianę pkt. 18 OPZ przez wprowadzenie wymogu, by instalacja dla odpadów „bio” ma mieć przepustowość nie mniejszą niż 1484 Mg rocznie,

13)zmianę pkt. 19 ppkt 1 a OPZ przez zastąpienie wymogu wpisem na listę instalacji komunalnych właściwego Marszałka Województwa,

14)zmianę pkt. 19 OPZ przez usunięcie części dotyczącej exportu odpadów,

15)zmianę pkt. 22 OPZ przez usunięcie wymogu podpisywania kwitów wagowych,

16)zmianę pkt. 24 OPZ przez dopisanie „z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy i świątecznych”,

17)zmianę pkt. 30 OPZ przez wprowadzenie określonego (wymaganego i określonego kwotowo) poziomu recyklingu lub wprowadzenie kryterium cenowego dotyczącego poziomów recyklingu w zakresie pomiędzy min i max podanym przez Zamawiającego,

18)zmianę pkt. 32 OPZ w ten sposób, by wybór był w gestii Wykonawcy jeśli przepisy ulegną zmianie w czasie trwania umowy,

19)zmianę pkt. 35. pkt 1 OPZ przez usunięcie wymogu dotyczącego przekazania KEOK, gdyż system BDO uniemożliwia wygenerowanie KEOK gdzie jest zbyt dużo KPOK,

20)zmianę pkt. 39 OPZ przez usunięcie tego zapisu,

21)zmianę pkt. § 4 pkt 1 Wzoru Umowy przez obniżenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 1 (jeden) % z 3 (trzy) %,

22)zmianę pkt. § 6 pkt 3 ppkt. 1) Wzoru Umowy przez usunięcie treści tego zapisu i zniesienie zawartej w nim kary umownej.

b.jak również o dokonanie analogicznych zmian treści SIWZ, Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu - w zakresie, w jakim wynikają pośrednio ze zmian postulowanych przez Wykonawcę w niniejszym odwołaniu,

c.zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego — według właściwych przepisów.

Izba zważyła, co następuje.

W dniu 16 lutego 2021r. przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 w związku z art.520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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 od odwołania Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Wobec powyższego, na podstawie art.553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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 od odwołania .

Przewodniczący……..

……..

……..