

Sygn. akt: KIO 276/21

POSTANOWIENIE
z dnia 10 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 10 lutego 2021 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

25 stycznia 2021 r. przez odwołującego: **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach** (Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10 55-040 Kobierzyce) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Oława** (pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28 55-200 Oława),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

odwołującego: **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach** Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10 55-040 Kobierzyce) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia

11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

z 2019 r. poz. 2020 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**.

Sygn. akt KIO 276/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 25 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach** (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu** w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Oława do instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w Gać”. Numer referencyjny: **RG.271.19.2020.ZP**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 8 grudnia 2020 r. pod numerem **2020/S 239-591164**. Odwołujący - wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalonej odpowiedziami Zamawiającego na pytanie nr 25, 27 i 28 opublikowanymi w dniu 15 stycznia br. - zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1.art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: „k.c.”) poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współzycia społecznego, tj. przez

a.wskazanie w odpowiedzi na pytanie nr 25 dotyczące treści SIWZ, że Wykonawca ponosi koszt i ryzyko przekwalifikowania opadów odbieranych od właścicieli nieruchomości zgodnie z treścią SIWZ jako odpady o kodzie 20 03 99 (pozostałości z sortowania, w tym popiół) na odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01, bez prawa regresu i innych żądań wobec gminy, co oznacza obciążenie Wykonawcy ryzykiem niemożliwym do skalkulowania i wynikającym z okoliczności niezależnych od Wykonawcy, a zależnych wyłącznie od innego podmiotu (Zakładu Gospodarowania Odpadami Komunalnymi sp. z o.o. w Gać), w sytuacji, gdy Wykonawca nie ma żadnego wpływu na sposób kwalifikacji odpadów przez ww. podmiot i nie wie, jak ww. podmiot będzie w danym przypadku klasyfikował dostarczone mu odpady, przy czym Wykonawca nie ma możliwości dokonania samodzielnej oceny, czy w danym pojemniku na odpady znajdują się odpady o kodzie 20 03 99 czy 20 03, bowiem z treści SIWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia można wywieść, że Zamawiający za odpady o kodzie 20 03 99 uznaje takie odpady, które w powszechnej praktyce uznaje się za odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01, a obie te frakcje (rodzaje) odpadów komunalnych mają zbliżony morfologicznie skład i tym samym nie jest możliwe ich odróżnienie w trybie oceny wizualnej;

b.Ustalenie w ramach odpowiedzi na pytanie nr 25, 27 i 28 stosunku prawnego stanowiącego przedmiot zamówienia w taki sposób, który może stanowić zachętę do manipulowania cenami jednostkowymi za odbiór i transport odpadów o kodzie 20 03 01 (niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne) oraz 20 03 99 (odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach), tj. przez wskazanie, że w ramach przedmiotu zamówienia odpady o kodzie 20 03 01 zasadniczo nie będą odbierane, przy jednoczesnym zastrzeżeniu obowiązku ich odbioru w ramach odrębnej ceny jednostkowej w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości oraz przy jednoczesnym obciążeniu wykonawcy ryzykiem „przekodowania” przez instalację komunalną odpadów sklasyfikowanych pod kodem 20 03 99 na odpady o kodzie 20 03 01, co wobec trudności w odróżnieniu odpadów o kodzie 20 03 01 od odpadów o kodzie 20 03 99 może prowadzić do zaniżenia przez niektórych wykonawców jednej z cen jednostkowych za odbiór ww. odpadów (tj. albo ceny za odbiór odpadów o kodzie 20 03 01, albo ceny za odbiór odpadów o kodzie 20 03 99) przy jednoczesnym zawiżeniu drugiej z tych cen przy założeniu przez tych wykonawców, że na etapie realizacji zamówienia wszystkie odpady stanowiących pozostałości z sortowania będą odbierane pod tym kodem, za który została zaoferowana zawyżona cena jednostkowa, co doprowadzić może do zawyżenia wynagrodzenia faktycznie wypłacanego wybranemu wykonawcy z pokrzywdzeniem dla Zamawiającego i mieszkańców Gminy Oława;

2.art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 3531 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. przez:

a.wskazanie w odpowiedzi na pytanie nr 25 dotyczące treści SIWZ, że Wykonawca ponosi koszt i ryzyko przeklasyfikowania opadów odbieranych od właścicieli nieruchomości zgodnie z treścią SIWZ jako odpady o kodzie 20 03 99 (pozostałości z sortowania, w tym popiół) na odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01, bez prawa regresu i innych żądań wobec gminy, bez jednoczesnego wskazania, jakie koszty w związku z tym wykonawca będzie ponosił (czy ma być to pełen koszt zagospodarowania tego rodzaju odpadów, czy też koszty odpowiadające różnicy w cenie zagospodarowania ww. rodzajów odpadów czy też jakiegokolwiek inne koszty), co uniemożliwia Odwołującemu i innym wykonawcom rzetelne skalkulowanie ww. ryzyka i kosztów oraz ich uwzględnienie w cenie ofertowej,

b.wskazanie w odpowiedzi na pytanie nr 25 dotyczące treści SIWZ, że Wykonawca jest zobowiązany samodzielnie

zbadać odpady gromadzone w pojemnikach na pozostałości z sortowania i stwierdzić, czy stanowią one odpady o kodzie 20 03 01 (odpady zmieszane) czy 20 03 99 (odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach) bez jednoczesnego wyjaśnienia zasad kwalifikacji odpadów do ww. grup i sposobu dokonania takiej oceny oraz bez wskazania, w jaki sposób odpady będzie kwalifikował do jednej z ww. grup podmiot prowadzący instalację komunalną, do której odpady będą przekazywane, co uniemożliwia Odwołującemu ocenę, w jaki sposób czynności związane z odbiorem odpadów z pojemników na „pozostałości z sortowania” winny być prowadzone celem zapewnienia zgodności z SIWZ oraz uniknięcia ryzyka i kosztów „przekodowania” odpadów przez instalację komunalną.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ poprzez:

- a. wprowadzenie jednolitej ceny jednostkowej za odbiór odpadów o kodzie 20 03 01 i 20 03 99, albo
- b. wskazanie, że niezależnie od kwalifikacji odbieranych odpadów przez docelową instalację komunalną jako odpadów o kodzie 20 03 01 albo 20 03 99 koszty zagospodarowania takich odpadów pokryje w całości Zamawiający, względnie
- c. wprowadzenie obowiązku klasyfikacji wszystkich odpadów komunalnych odbieranych jako pozostałości z sortowania oraz powstałych przy naruszeniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego na podstawie art. 525 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) przystąpienia nie zgłosił żaden wykonawca. Zamawiający w dniu 26.01.2021r. przekazał wykonawcom za pomocą platformyzakupowej.pl informację o wpłynięciu odwołania do KIO wraz z treścią wniesionego odwołania. Zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 29 stycznia 2021 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 29 stycznia 2021 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie i dokonuje „zmiany odpowiedzi z 15.01.2021r. na pytanie nr 25, 27 i 28 w ten sposób, że:

- 1) *Wykonawca nie ponosi kosztu i ryzyka przekwalifikowania opadów odbieranych od właścicieli nieruchomości zgodnie z treścią SIWZ jako odpady o kodzie 20 03 99 (pozostałości z sortowania, w tym popiół) na odpady komunalne zmieszane o kodzie 20 03 01,*
- 2) *Niezależnie od kwalifikacji odbieranych odpadów przez docelową instalację komunalną jako odpadów o kodzie 20 03 01 albo 20 03 99 koszty zagospodarowania takich odpadów pokryje w całości Zamawiający,*
- 3) *Niniejsze stanowisko należy traktować jako element SIWZ”.*

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 25 stycznia 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r., a mianowicie art. 522 ust.1 tej ustawy.

W myśl art. 522 ust.1 n_ustawy z dnia 11 września 2019 r.: „*W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.*

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając złożone przez zamawiającego w piśmie z dnia 29 stycznia br, oświadczenie o uwzględnieniu odwołania i brak przystąpień po jego stronie do postępowania odwoławczego stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza miała na uwadze § 9 ust. 1 pkt 2, w tym 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437), zgodnie z którym koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 tego rozporządzenia znosi się wzajemnie oraz orzekła – zgodnie ze wskazanym przepisem - o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....