Sygn. akt: KIO 1073/22

POSTANOWIENIE
z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 4 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez: wykonawcę ZUO International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kunowicach, ul. Słubicka 40

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Stołecznego Warszawy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 43

przy udziale wykonawcy Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1073/22 po stronie odwołującego

postanawia :

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 1073/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 295 000 Mg zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczony w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2022 r. za numerem 2022/S 070-185537.

W dniu 19 kwietnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca ZUO International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kunowicach, ul. Słubicka 50. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 kwiet-

nia 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 kwietnia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20 ustawy w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 ustawy oraz w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia oraz ukształtowanie treści projektowanych postanowień umownych w sposób niejednoznaczny oraz przez postawienie wymagań, które są nie są związane z przedmiotem zamówienia i są nieproporcjonalne do jego wartości i celów oraz w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców przez sformułowanie wymagania co do obowiązku posiadania stacji przeładunkowej zlokalizowanej w odległości do 40 km od granicy dzielnic zadania w przypadku gdy wykonawca posiada instalację do przetwarzania odpadów „bio" i „odpadów zielonych" zlokalizowaną w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic zadania tj.: W przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów „bio" i „odpadów zielonych" zlokalizowana będzie w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic zadania, zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał stację przeładunkową dla tych odpadów znajdującą się w odległości do 40 km od granic dzielnic zadania. Odległość liczona będzie od najbliżej położonego w stosunku do stacji przeładunkowej bądź instalacji punktu na granicy dzielnic danego zadania (W przypadku OPZ dla zadania 1 i 2 w SWZ/projektowanych postanowieniach umownych użyto sformułowania: „dzielnic Białołęka, Targówek", zaś w przypadku OPZ dla zadania 2 i 4 w SWZ/projektowanych postanowieniach umownych użyto sformułowania „dzielnic danego zadania") - po najkrótszej drodze w linii prostej.

pkt. 17 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 1 (2.1*) i zadania 2 (2.2*) str. 43 SWZ oraz Opis przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 3 (4*) i zadania 4 (7*) str. 57 SWZ)
oraz §2 ust. 7 projektowanych postanowień umownych dla ww. Zadań (str. 93 SWZ i str. 119 SWZ).

Wniósł o:

3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów,

3.3. nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia oraz zmianę treści projektowanych postanowień umownych przez wykreślenie:

a) w pkt. 17 Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 1 (2.1*) i zadania 2 (2.2*) str. 43 SWZ sformułowania:

W przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów „bio" i „odpadów zielonych" zlokalizowana będzie w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic zadania, zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał stację przeładunkową dla tych odpadów znajdującą się w odległości do 40 km od granic dzielnic zadania. Odległość liczona będzie od najbliżej położonego w stosunku do stacji przeładunkowej bądź instalacji punktu na granicy dzielnic Białołęka, Targówek - po najkrótszej drodze w linii prostej.

b) w pkt. 17 Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 3 (4*) i zadania 4 (7*) str. 57 SWZ sformułowania:

W przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów „bio" i „odpadów zielonych" zlokalizowana będzie w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic zadania, zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał stację przeładunkową dla tych odpadów znajdującą się w odległości do 40 km od granic dzielnic zadania. Odległość liczona będzie od najbliżej położonego w stosunku do stacji przeładunkowej bądź instalacji punktu na granicy danego zadania - po najkrótszej drodze w linii prostej.

c) w pkt. §2 ust. 7 projektowanych postanowień umownych w zakresie zadania 1 (2.1*) i zadania 2 (2.2.*) str. 93 SWZ sformułowania:

W przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów „bio" i „odpadów zielonych" zlokalizowana będzie w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic zadania, zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał stację przeładunkową dla tych odpadów znajdującą się w odległości do 40 km od granic dzielnic zadania. Odległość liczona będzie od najbliżej położonego w stosunku do stacji przeładunkowej bądź instalacji punktu na granicy dzielnic Białołęka, Targówek - po najkrótszej drodze w linii prostej.

d) w pkt. §2 ust. 7 projektowanych postanowień umownych w zakresie zadania 3 (4*) i zada-

nia 4 (7*) str. 119 SWZ sformułowania:

W przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów „bio" i „odpadów zielonych" zlokalizowana będzie w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic zadania, zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał stację przeładunkową dla tych odpadów znajdującą się w odległości do 40 km od granic dzielnic zadania. Odległość liczona będzie od najbliżej położonego w stosunku do stacji przeładunkowej bądź instalacji punktu na granicy zadania - po najkrótszej drodze w linii prostej.

3.4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołujący prowadzi działalność polegającą m.in. za przetwarzaniu i zagospodarowaniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia oraz prowadzi instalacje w województwie lubuskim (Kunowice), która jest położona w odległości większej niż 40 km od granicy dzielnic m. st. Warszawy. Zgodnie z postanowieniami OPZ oraz projektowanych postanowień umownych, w przypadku instalacji takich jak instalacja odwołującego, zamawiający wymaga posiadania stacji przeładunkowych w odległości nie większej niż 40 km od granic m. st. Warszawy. Tak sformułowane wymagania nie mają uzasadnienia ani faktycznego, ani prawnego, a jednocześnie prowadzą do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Ofertę w postępowaniu będą mogły złożyć wyłącznie podmioty, które posiadają lub dysponują stacją przeładunkową zlokalizowaną do 40 km od granic dzielnic m. st. Warszawy. Jednocześnie inne podmioty - w tym m.in. odwołujący, będą pozbawione możliwości złożenia oferty lub ich oferty będą niekonkurencyjne wobec inny wykonawców posiadających instalacje lub stacje przeładunkowe w zlokalizowane promieniu do 40 km. W wyniku czynności podjętych i przez zamawiającego tj. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umownych w sposób sprzeczny z przepisami ustawy odwołujący utracił możliwość wzięcia udziału w postępowaniu oraz ubiegania się o uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem oraz zrealizowania zakładanego zysku. W związku z powyższym odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1073/22 po stronie odwołującego przystąpił Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu nas korzyść odwołującego, bo sam złożył odwołania, którego zarzuty o żądania są zbieżne z tymi, które podniósł odwołujący. Zamawiający naruszył zarzucane przez odwołującego przepisy, czym utrudnia uczestnikowi złożenie ważnej oferty o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 maja

2021 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej prezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 2 maja 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenia, a w przypadku wycofania zarzutu przez odwołującego o umorzenie postępowania. Wniósł o dopuszczenie dowodu z treści zmiany ogłoszenia o zmianie ogłoszenia przekazanego do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 28 kwietnia 2022 r. oraz zamieszczonego na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 2 maja

2022 wraz z potwierdzeniem jego odbioru oraz zmienionej SWZ zamieszczonej na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zamawiający poinformował, że podjął decyzję o wydzieleniu z prowadzonego postępowania przedmiotu zamówienia polegającego na zagospodarowaniu odpadów „bio" i „odpadów zielonych" i o usunięciu wszelkich warunków zamówienia donoszących się do tych odpadów, w tym wymogów wynikających z pkt. 17 OPZ (część II) oraz par. 2 ust. 7 wzoru umowy (część IV) dotyczących wymogu posiadania punktu przeładunkowego dla tych odpadów położonego w odległości do 40 km od granicy zadania w przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów jest zlokalizowana w odległości większej niż 40 km od granic zadania. Na dzień wyznaczony jako termin rozpoznania odwołania nie istnieją sporne postanowienia pkt. 17 oraz par. 2 ust. 7 wzoru umowy i w przypadku podtrzymywania zarzutów odnoszących się do tych postanowień zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Dla wzmocnienia

argumentacji zamawiający powołał orzecznictwo Izby.

W dniu 2 maja 2022 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, wnosząc o umorzenie postępowania i zwrot wpisu.

Posiedzenie z udziałem stron zostało wyznaczone na dzień 4 maja 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525

ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania;.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) 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 i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:.....