Sygn. akt: KIO 1109/22, KIO 1110/22, KIO 1111/22, KIO 1113/22, KIO 1116/22

POSTANOWIENIE

z dnia 17 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Aleksandra Kot
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu 16 maja 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 kwietnia 2022 r. przez wykonawców:

A. ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku [„Odwołujący A"] - sygn. akt: KIO 1109/22, KIO 1110/22, KIO 1111/22, KIO 1113/22

B. FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich [„Odwołujący B"] - sygn. akt KIO 1116/22

w postępowaniach pn.:

A. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących

z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście (nr referencyjny 1/2021) - sygn. akt KIO 1109/22

B. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II - Krzyki (nr referencyjny 2/2021) - sygn. akt: KIO 1110/22, KIO 1116/22

C. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna (nr referencyjny 3/2021) -

sygn. akt KIO 1111/22

D. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole (nr referencyjny 4/2021) -

sygn. akt KIO 1113/22

prowadzonych przez zamawiającego: Gmina Wrocław [„Zamawiający"]

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą

we Wrocławiu - sygn. akt: KIO 1109/22, KIO 1110/22, KIO 1111/22, KIO 1113/22,

B. PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - sygn. akt: KIO 1109/22, KIO 1110/22, KIO 1111/22, KIO 1113/22

C. FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich - sygn. akt KIO 1110/22

- po stronie Odwołującego A lub B

D. ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusce - sygn. akt KIO 1116/22

E. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu - sygn. akt KIO 1116/22

- po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w powyżej wskazanych sprawach.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego A kwoty 60000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) - uiszczonej przez niego tytułem wpisów od czterech odwołań.

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego B kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) - uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

Gmina Wrocław {dalej: „Zamawiający}, w imieniu i na rzecz której działa jako jej pełnomocnik Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi na podstawie ustawy

z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego równolegle cztery postępowania o udzielenie zamówienia na usługi pn. Odbiór, zbieranie,

transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących terenu gminy Wrocław

w obrębie... [:] ...Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście (nr referencyjny 1/2022), ...Sektora II - Krzyki (nr referencyjny 2/2021), ..Sektora III - Fabryczna (nr referencyjny 3/2021), Sektora IV - Psie Pole (nr referencyjny 4/2021).

Ogłoszenia o tych zamówieniach 12 kwietnia 2022 r. zostały opublikowane w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_072 odpowiednio pod poz. 192482, 192484, 192480 i 192483.

Wartość każdego z tych zamówień przekracza progi unijne.

{KIO 1109/22, KIO 1110/22, KIO 1111/22, KIO 1113/22}

22 kwietnia 2022 r. ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku {dalej: „Eneris”, „Odwołujący A”} wniosło odwołania wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} w każdym z powyżej wymienionych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

Odwołujący A zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 112 ust. 1 oraz art. 116 - przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia opisanego w rozdziale IV ppkt 1.2.2.2, SWZ [w brzmieniu: Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy, w której obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych] w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

2. Art. 112 ust. 1 oraz art. 116 - przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych opisanych w rozdziale IV pkt 1.2.3. pkt 1.2.3.2. ppkt 3) SWZ tj. dysponowania samochodem ciężarowym przystosowanym do opróżniania pojemników, załadunku i transportu odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki z zamontowanym urządzeniem dźwigowym (HDS), spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym - minimum 2 sztuki, w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

3. Art. 126 ust. 2 - przez żądanie złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, pomimo że nie jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, oraz art. 126 ust 1 - przez jego niezastosowanie tj. zaniechanie wskazania, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

4. Art. 16 pkt 1 w. zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - przez ograniczenie możliwości złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej w SWZ działalności tylko do dokumentów wydanych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed ich złożeniem.

5. Art. 99 ust. 4 - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, tj.:

a. określenie w rozdziale I pkt 1. Szczegółowych warunków umowy {dalej „SWU”} obowiązku zbierania odpadów, które mogą być przekazane bezpośrednio do instalacji oraz zbieranie odpadów, których wykonawca nie może zbierać, co stanowi dodatkowo naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy o odpadach;

b. żądanie dysponowania na czas realizacji zamówienia do wyłącznego wykorzystania

w ramach umowy pojazdu wskazanego w rozdziale XIII pkt 1. ppkt 9) SWU, pomimo

tego, że zgodnie ze sposobem realizacji zamówienia określonym w SWZ pojazd ten nie jest wykorzystywany przy wykonaniu zamówienia w zakresie, który uzasadniałby konieczność stałego nim dysponowania;

c. żądanie dysponowania na czas realizacji zamówienia do wyłącznego wykorzystania w ramach umowy pojazdów wskazanych w ofercie, bez możliwości ich zmiany na pojazd równoważny, spełniający wszystkie wymagania SWZ, na co wskazuje rozdział

XIII pkt 7. SWU;

d. żądanie dysponowania pojazdem do zbiórki odpadów problemowych o maksymalnej masie dopuszczalnej 3,5 t i długości minimum 4,8 m, który jest rzadko występującym rodzajem pojazdu, podczas gdy do prawidłowego wykonania zamówienia może być wykorzystany pojazd o wyższej masie, który jest łatwo dostępny;

e. żądanie przekazania informacji o pojemnikach zgodnie z rozdziałem XIV pkt 5. ppkt 4) i 5) SWU w terminie 8 tygodni od dnia rozpoczęcia realizacji usługi, czyli w terminie niepozwalającym na wykonie obowiązków, których informacje te dotyczą;

f. żądanie oznakowania pojemników, o którym mowa w rozdziale II pkt 5. ppkt 5) SWU w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia realizacji usługi, podczas gdy w terminie tym wykonawca będzie mógł jeszcze korzystać z pojemników dzierżawionych od Zamawiającego.

6. Art. 99 ust. 1 - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, niejednoznaczny

i niewyczerpujący: a. określenie w rozdziale I pkt 3 SWU obowiązku wykonania przedmiotu zamówienia w nieokreślonym i niepozwalający na dokonanie wyceny oferty zakresie, tj. odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów nieokreślonych w SWZ „w ramach wynagrodzenia".

7. Art. 99 ust. 5 i 6 - przez wymóg zapewnienie pojazdu z manipulatorem EASY J2 2500 FT z prasokontenerem, bez dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych i opisania kryteriów oceny równoważności.

8. Art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc"}., 484 § 2 kc, art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 - przez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, że przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody i okoliczności, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny.

9. Art. 433 pkt 1 - przez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 Wzoru umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie mimo braku uzasadnienia okolicznościami, przedmiotem

i zakresem zamówienia.

W ramach odpowiedzi na odwołanie z 15 maja 2022 r. Zamawiający uwzględnił w całości lub w części zarzuty nr 2, 3, 4, 5b, 5c, 5d, 5f i 7, informując jednocześnie o zmianach SWZ, jakie wprowadził 15 maja 2022 r.

Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący A oświadczył do protokołu, że wycofuje

odwołania w zakresie wszystkich nieuwzględnionych zarzutów, z wyjątkiem zarzutu nr 1,

który podtrzymuje. Natomiast modyfikuje żądanie związane z tym zarzutem na następujące brzmienie: Wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - wykonuje, w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składnia oferta, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych GUS za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

Z kolei Zamawiający oświadczył do protokołu, że uznaje odwołania Eneris w podtrzymanym zakresie, z uwzględnieniem zmiany żądania, czyli w zakresie zarzutu nr 1.

W sprawach z odwołań wniesionych przez Eneris po stronie Zamawiającego nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca.

{KIO 1116/22}

22 kwietnia 2022 r. FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich {dalej: „FB Serwis", „Odwołujący B"} wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ w drugim z wymienionych na wstępie postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

Odwołujący B zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 99 ust. 1 oraz art. 353^1 kc.- przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów

i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania

ryzykiem, tj. przez:

a. wskazanie w rozdziale II pkt 2. ppkt 1. SWU, że Zamawiający przekaże protokolarnie wykonawcy na okres maksymalnie 2 miesięcy do obsługi pojemniki przeznaczone do zbiórki odpadów komunalnych wydzierżawione przez Zamawiającego od poprzedniego wykonawcy, w przypadku gdy wykonawca będzie wymieniał wszystkie pojemniki służące do obsługi nieruchomości na terenie sektora, oraz wskazanie w rozdziale II pkt 2. ppkt 11. SWU, że w przypadku gdy wykonawca nie będzie wymieniał wszystkich pojemników służących do obsługi nieruchomości na terenie sektora, zobowiązany jest do wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki przeznaczone do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, z wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki wykonawcy, oraz jednocześnie wskazanie w rozdziale II pkt 2. ppkt 12. SWU, że w przypadku, gdy wykonawca nie będzie wymieniał wszystkich pojemników służących do obsługi nieruchomości na terenie sektora, zobowiązany jest do wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki i/lub worki przeznaczone do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, tj. odpadów z papieru, odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, odpadów ze szkła oraz bioodpadów, za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki/worki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki/worki wykonawcy - które to zapisy są nieprecyzyjne, gdyż z żadnego z fragmentów dokumentów zamówienia nie wynika, kiedy wykonawca miałby wymieniać wszystkie pojemniki służące do obsługi nieruchomości, a kiedy miałby wszystkich takich pojemników nie wymieniać - co powoduje, że wskazane zapisy nie pozwalają wykonawcy na zidentyfikowanie przypadków, kiedy będzie on zobowiązany do korzystania z przekazanych przez Zamawiającego pojemników wydzierżawionych od poprzedniego wykonawcy, ich zwiezienia i dostarczenia poprzedniemu wykonawcy oraz wymiany na własne pojemniki w ciągu 2 miesięcy od rozpoczęcia realizacji usługi, a kiedy będzie on zobligowany do rozstawienia na terenie sektora własne pojemniki przed rozpoczęciem realizacji usługi, co w istocie uniemożliwia wykonawcy precyzyjne skalkulowanie ceny ofertowej, gdyż obowiązki i ryzyka związane z rozstawieniem pojemników w określonym czasie, korzystaniem z pojemników ustawionych przez poprzedniego wykonawcę oraz ich przekazaniem poprzedniemu wykonawcy są bardzo kosztowne i mogą w istotny sposób wpłynąć na ostateczną cenę oferty;

b. określenie w rozdziale II pkt 2 ppkt 2. SWU, że wykonawca zobowiązany jest do zgłoszenia Zamawiającemu w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia przekazania pojemników, zastrzeżeń co do ich stanu technicznego oraz że niezgłoszenie zastrzeżeń we wskazanym terminie będzie traktowane jako równoznaczne z brakiem zastrzeżeń, przy jednoczesnym wskazaniu w rozdziale II pkt 2. ppkt 2. SWU, że wykonawca w trakcie użytkowania pojemników odpowiada za ich stan techniczny i w przypadku uszkodzenia pojemnika dokona jego wymiany na pojemnik o takich samych parametrach, w sytuacji gdy weryfikacja stanu technicznego około 57 000 pojemników rozstawionych na nieruchomościach w obrębie sektora II w ciągu zaledwie 7 dni jest fizycznie niemożliwa w warunkach racjonalnie prowadzonej działalności gospodarczej, a zgodnie z przywołanymi zapisami brak zgłoszenia zastrzeżeń w odniesieniu do każdego uszkodzonego pojemnika w tak krótkim terminie wiązać się będzie dla wykonawcy z ryzykiem, że Zamawiający i poprzedni wykonawca obciążą wykonawcę kosztami zakupu nowych pojemników w miejsce tych, które zostały uszkodzone w trakcie realizacji usługi odbioru odpadów przez poprzedniego wykonawcę, a które to uszkodzenia nie zostały (nie mogły zostać) wykryte i zgłoszone w wymaganym terminie Zamawiającemu, co dodatkowo może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wykonawcy aktualnie realizującego usługę, który obowiązany jest wymieniać uszkodzone pojemniki w ramach zawartej wcześniej umowy (w zamian za przewidziane w niej wynagrodzenie), przy czym ww. ryzyko nie obciąża wykonawcy aktualnie realizującego usługę, który nie będzie w żadnym przypadku musiał dokonywać żadnego nieuzasadnionego przysporzenia na własną rzecz - co prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu;

c. wskazane w rozdziale II pkt 2. ppkt 5. SWU, że pojemniki wymieniane wykonawca zwiezie na własną bazę magazynowo-transportową lub bazę magazynowo-transportową wskazaną przez Zamawiającego, a dopiero po wymianie wszystkich pojemników - zgodnie z treścią rozdziału II pkt 2. ppkt 7. SWU, przetransportuje je na bazę magazynowo-transportową poprzedniego wykonawcy zlokalizowaną przy ul. Jerzmanowskiej 4-6 we Wrocławiu, a nadto wskazanie w rozdziale II pkt 2 ppkt 2. SWU, że protokolarny odbiór pojemników miałby nastąpić dopiero po przetransportowaniu

wszystkich pojemników do poprzedniego wykonawcy, które to wymogi dotyczące czasowego zawiezienia pojemników na własną bazę lub bazę wskazaną przez Zamawiającego (nie zaś od razu na bazę poprzedniego wykonawcy) nie znajdują żadnego uzasadnienia obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a wiążą się

dla wykonawcy z koniecznością poniesienia dodatkowych, istotnych i nieuzasadnionych kosztów (związanych z zapewnieniem rozległego, utwardzonego obszaru

na magazynowanie zwiezionych pojemników, ich zabezpieczeniem przed kradzieżą

lub uszkodzeniem i kradzieżą) lub ryzykiem związanym z ich utratą lub uszkodzeniem

pojemników w razie tymczasowego ich magazynowania na terenie bazy wskazanej przez Zamawiającego (gdzie wykonawca nie ma wpływu na stosowane zabezpieczenia),

zaś takie koszty i ryzyka nie będą obciążały poprzedniego wykonawcy - którego nie dotyczą obowiązki określone w rozdziale II pkt 2 ppkt 1.-9. SWU;

d. wskazanie w rozdziale II pkt 2. ppkt 1. SWU, że Zamawiający przekaże protokolarnie wykonawcy na okres maksymalnie 2 miesięcy do obsługi pojemniki przeznaczone do zbiórki odpadów komunalnych wydzierżawione przez Zamawiającego

od poprzedniego wykonawcy, bez jednoczesnego doprecyzowania sposobu, w jaki owo protokolarne przekazanie nastąpi, w szczególności bez zaznaczenia, że przy przekazaniu przedstawiciele Zamawiającego i Wykonawcy potwierdzą fizyczną obecność każdego z przekazywanych pojemników na nieruchomościach, co stwarza ryzyko, że protokolarne przekazanie pojemników będzie polegało wyłącznie na przekazaniu wykonawcy dokumentu (protokołu) określającego przekazywane pojemniki, sporządzonego wyłącznie na podstawie oświadczenia (wykazu pojemników) sporządzonego przez poprzedniego wykonawcę, niezweryfikowanego w żaden sposób i tym samym mogącego nie odzwierciedlać rzeczywistego stanu pojemników, a tym samym może prowadzić do obciążenia wykonawcy z chwilą protokolarnego przekazania pojemników wydzierżawionych od poprzedniego wykonawcy trudnym do oszacowania ryzykiem dotyczącym konieczności zwrotu (zastąpienia nowymi) pojemników w rzeczywistości nieistniejących, uszkodzonych lub nie posiadających cech lub parametrów wskazanych w protokole przekazania pojemników przez Zamawiającego;

e. wskazanie w rozdziale II pkt 2. ppkt 7. i 8. SWU obowiązku przetransportowania pojemników poprzedniego Wykonawcy na teren jego bazy w terminie 10 dni kalendarzowych po zakończeniu wymiany tych pojemników na własne, co w praktyce, z uwagi na znaczną liczbę pojemników do przetransportowania(około 57 000 sztuk) nie

będzie fizycznie możliwe do wykonania w tak krótkim czasie;

f. nakazanie wykonawcy w pkt 5. ppkt 5. SWU oznakowania pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych najpóźniej do 30 dni

kalendarzowych od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi zgodnie ze wzorem oznakowania zaakceptowanym przez Zamawiającego, przy jednoczesnym przewidzeniu w rozdziale II pkt 2. ppkt 1.-9. SWU, że wykonawca przez pierwsze dwa miesiące będzie realizował przedmiot zamówienia przy wykorzystaniu pojemników na odpady poprzedniego wykonawcy i dokona ich wymiany na własne pojemniki w terminie dwóch miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usługi, co wobec niespójności przywołanych zapisów oznaczałoby, że wykonawca w przypadku korzystania z pojemników dotychczasowego wykonawcy musiałby je oznakować na krótko przed wymianą na swoje pojemniki, korzystać z nich przez ów krótki czas, a następnie zastąpić własnymi pojemnikami, które również powinien ponownie oznakować - choć nie zostało określone, w jakim terminie, zaś pojemniki uprzednio oznakowane zwrócić wykonawcy, który to wymóg podwójnego oznakowywania pojemników nie znajduje żadnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, a jednocześnie stwarza dla wykonawców innych niż poprzedni wykonawca (posiadający już rozstawione pojemniki oznakowane w odpowiedni sposób) w znacznie gorszej pozycji, aniżeli wynikałoby to z naturalnego uprzywilejowania wynikającego z realizacji usługi stanowiącej przedmiot umowy, przejawiającego się w tym, że owi inni wykonawcy nie tylko musieliby wykonać obowiązek, z którego zwolniony jest poprzedni wykonawca (rozstawić własne pojemniki i je oznakować), ale ów obowiązek musieliby wykonać w istocie dwukrotnie.

2. Art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 353^1 kc i art. 387 § 1 kc - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym jest niemożliwy do wykonania, tj. przez przewidzenie w rozdziale II pkt 4. ppkt 1. lit. f) SWU

wymagania, zgodnie z którym pojemniki o pojemnościach od 0,12 do 0,36 m^3 muszą być m.in. wyposażone w kratki odciekowe, które to wymaganie jest niemożliwe do realizacji, gdyż według wiedzy wykonawcy żaden z producentów pojemników na odpady nie produkuje i nie oferuje pojemników o pojemności 0,36 m^3 wyposażonych w kratki odciekowe, a nadto wyprodukowanie takich pojemników nie jest możliwe, bo w takim przypadku ciężar odpadów powodowałby uszkodzenie ww. kratek odciekowych, względnie przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt (pojemniki konkretnego producenta - jeśli taki w ogóle istnieje), co może prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego dostawcy i wyeliminowania innych dostawców oraz wykonawców, którzy z takimi dostawcami współpracują.

W ramach odpowiedzi na odwołanie z 15 maja 2022 r. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty nr 1c, 1e, 1f i 2, informując jednocześnie o zmianach SWZ, jakie wprowadził

15 maja 2022 r.

Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący B oświadczył do protokołu, że wycofuje odwołanie w zakresie zarzutów nr 1a oraz 1b.

Następnie Zamawiający oświadczył do protokołu, że uwzględnia odwołanie w zakresie pozostałego zarzutu nr 1d.

Przystępujący po stronie Zamawiającego oświadczyli do protokołu, że nie zgłaszają sprzeciwu wobec powyższej czynności Zamawiającego.

{KIO 1109/22, KIO 1110/22, KIO 1111/22, KIO 1113/22, KIO 1116/22}

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie częściowego uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym 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.

Ponieważ w postępowaniu odwoławczym w powyżej wskazanych sprawach zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu, Izba - działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze w tych sprawach na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępujących.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w powyższych sprawach, Izba uwzględniła, że ponieważ powyżej opisane czynności procesowe Stron nastąpiły przed otwarciem rozprawy, ich uzasadnione koszty znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołujących zwrotu kwot uiszczonych przez nich tytułem wpisów, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. poz. 2437).