Sygn. akt: KIO 1572/22

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Michał Pawłowski
Katarzyna Poprawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez wykonawcę MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Suchedniów

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1572/22

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

Zamawiający Gmina Suchedniów (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z

terenu Gminy Suchedniów od 01.08.2022 r. - 31.07.2024 r. oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych" (nr ref. GNI.271.7.2022.AJ). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 107-299585. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 czerwca 2022 r. wykonawca MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 pkt 29 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień umowy w brzmieniu odnoszącym się do nieaktualnych przepisów prawa w zakresie wymagania wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzony zgodnie z art. 84 ustawy z dnia 01.09.2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. z 2020 r., poz. 1893);

2. art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) k.c. i art. 16 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania terminu realizacji umowy (rozpoczęcia realizacji usług objętych umową) w okresach dziennych względem terminu zawarcia umowy i określanie go konkretną datą, pomimo braku uzasadnionej przyczyny takiego określenia oraz w sposób który nie zapewnia wystarczającego czasu na dokonanie czynności przygotowawczych do realizacji usług objętych umową, co powoduje przeniesienie na Wykonawcę ryzyk opóźnień w zawarciu umowy;

3. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 9b ust. 1 i 2 u.o.c.p.g. poprzez określenie w treści dokumentacji postępowania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej polegający na dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawcy posiadającego aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888. ze zm.) w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem, pomimo, iż wymaganie takie

nie ma uzasadnienia w zakresie odbioru odpadów z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych;

4. art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezagwarantowanie minimalnej wartości świadczenia Wykonawcy oraz ograniczanie świadczenia Wykonawcy bez gwarancji minimalnej wartości świadczenia dla Wykonawcy;

5. § 2 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z treścią art. 124 pkt 2 ustawy Pzp,

a. poprzez zamieszczenie w treści Rozdziału VI ust.2 pkt 3 SWZ wymogu przedstawienia przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego w postaci Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w zakresie określonym w przepisie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, pomimo nieokreślenia w treści Rozdziału V SWZ, podstawy wykluczenia, o której mowa w treści tego przepisu;

b. poprzez zamieszczenie w treści Rozdziału VI ust. 2 pkt 10 SWZ wymogu przedstawienia przez wykonawcę na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem - pomimo nieokreślenia w treści dokumentacji postępowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Wykonawcy;

6. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy poprzez nieprawidłowe uregulowanie postanowień dot. wynagrodzenia, które błędnie sugerują, że za realizację zamówienia Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe, podczas gdy właściwym dla tego typu zamówienia jest rozliczenie miesięczne wg stawek wskazanych w ofercie Wykonawcy, zgodne z liczbą odebranych i zagospodarowanych odpadów od mieszkańców nieruchomości gminy Suchedniów oraz z PSZOK;

7. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 439 i art. 16 ustawy Pzp poprzez nieprzewidzenie w umowie przypadku waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług w szczególności kosztów paliwa co skutkuje przeniesieniem na Wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych ze świadczeniem usługi oraz poprzez wprowadzenie w klauzuli waloryzacyjnej w § 12 wzoru umowy,

który odnosi się do waloryzacji wynagrodzenia ryczałtowego podczas, gdy wynagrodzenie w niniejszym zamówieniu nie ma charakteru ryczałtowego;

8. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie zasad odpowiedzialności z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na Wykonawcę nadmiernego zakresu odpowiedzialności nieopartego na zasadzie winy;

9. art. 353 ^{1} k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy poprzez niewskazanie w umowie podstawowym obowiązków ciążących na Zamawiającym, niezbędnych do rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy, co stanowi niezachowanie równowagi stron umowy;

10. art. 353 ^{1} k.c. w zw. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ustalenia warunków realizacji zamówienia;

11. art. 9n ust. 1, 3 pkt 3 u.o.c.p.g. w zw. z treścią art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez uregulowanie w Rozdziale II ust. 2.3. pkt 13 SWZ wymogu dostarczenia Zamawiającemu - raz na pół roku - sprawozdania z ilości odebranych i poddanych unieszkodliwieniu odpadów, podczas gdy obowiązek taki nie wynika z treści obowiązujących przepisów a naruszony przez Zamawiającego przepis art. 9n ust. 1 u.o.c.p.g. nakłada na Wykonawcę jedynie obowiązek składania przez Podmiot odbierający odpady komunalne sprawozdań o charakterze rocznym - co powinno być uwzględnione przez Zamawiającego w treści dokumentacji postępowania, ze względu na ustawowy obowiązek przygotowania i przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania z uwzględnieniem zasady proporcjonalności;

12. art. 353^1 k.c. w zw. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ustalenia warunków realizacji zamówienia, zawierania postanowień umownych niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa;

13. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 487 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, przez co ich realizacja jest niemożliwa przez Wykonawcę;

14. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego realizacji obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tj. pominięcie w treści postanowienia uregulowanego w Rozdziale II ust. 2 pkt 1 SWZ, w którym wymieniono odpady objęte odbiorem - w tiret odnoszącym się do rodzaju odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny „u źródła" z podziałem na frakcje - zmieszanych odpadów opakowaniowych, które również powinny zostać uwzględnione jako odpady objęte odbiorem przez wykonawcę oraz nieuwzględnienie w części SWZ wymieniającej kody odpadów będących przedmiotem zamówienia i ich wagę - kodu odpadów właściwego dla zmieszanych odpadów opakowaniowych;

15. art. 6d ust. 4 pkt 5 u.o.c.p.g. w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie w treści dokumentacji postępowania (Rozdział II ust. 2.3. pkt 2 SWZ) konkretnej nazwy i adresu instalacji, do której wykonawca ma obowiązek przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości powstałych w związku z sortowaniem odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych odebranych z nieruchomości położonych na terenie gminy Suchedniów, pomimo, iż na skutek wprowadzenia zmian do treści ustawy i rezygnacji z tzw. regionalizacji, w obecnie obowiązującym stanie prawnym, jedynie Zamawiający organizujący przetarg np odbiór odpadów komunalnych może w treści dokumentacji wskazać instalacje, do których podmiot odbierający odpady komunalne jest obowiązany przekazać odebrane odpady, natomiast w przypadku udzielania zamówienia zarówno na odbiór, jak również na zagospodarowanie odpadów - jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu Zamawiający zamieszcza w treści dokumentacji postępowania zobowiązanie dla wykonawców do wskazania w ofercie takich instalacji;

16. art. 6d ust. 4 pkt 5 u.o.c.p.g. w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zawarcie w treści SWZ postanowienia Rozdziału II ust. 2.3 pkt 4 SWZ w brzmieniu: W przypadku, gdy regionalna instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn, odpady te winny być przekazywane do instalacji zastępczych wskazanych we właściwej Uchwale Sejmiku Województwa

Świętokrzyskiego” - pomimo zmian wprowadzonych do treści u.o.c.p.g. i rezygnacji przez ustawodawcę z tzw. regionalizacji, co czyni niezgodnymi z prawem postanowienia odwołujące się w swym brzmieniu do tzw. „instalacji regionalnych”;

17. art. 353^1 k.c. w zw. z treścią przepisu art. 8, art. 16 pkt 3 oraz 431 ustawy Pzp poprzez naruszenie mającej odpowiednie zastosowanie na gruncie PZP zasady swobody umów o ograniczenie równowagi stron, poprzez nałożenie na wykonawców nadmiernych i nieproporcjonalnych obowiązków w treści w § 6 pkt 12 wzoru umowy, poprzez zobowiązanie ich w każdym przypadku do przedstawienia przez Zamawiającego oświadczenia podwykonawcy o zapłacie przez wykonawcę należnego mu wynagrodzenia, nawet w sytuacji braku możliwości uzyskania takiego oświadczenia;

18. art. 353^1 k.c. w zw. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie zasad odpowiedzialności z przekroczeniem granic swobody

umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na Wykonawcę nadmiernego zakresu odpowiedzialności przewidując karę umowną w wysokości ponad 2-krotnie wyższej niż jej faktyczna wysokość ponoszona przez Zamawiającego, której wysokość wynika z przepisów prawa;

19. art. 353^1 k.c. w zw. z treścią przepisu art. 8, art. 16 pkt 3 oraz 431 ustawy Pzp poprzez nadmiernie rygorystyczne sformułowanie przez Zamawiającego w treści § 10 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy przypadków niezachowania przez Wykonawcę należytej staranności, poprzez opisanie ich w sposób zbyt szeroki, w szczególności uzależniony w dużym zakresie od podmiotów zewnętrznych, w tym właścicieli nieruchomości.

20. art. 353^1 k.c. w zw. z treścią przepisu art. 8, art. 16 pkt 3 oraz 431 ustawy Pzp poprzez naruszenie mającej odpowiednie zastosowanie na gruncie PZP zasady swobody umów o ograniczenie równowagi stron umowy i sformułowanie w treści § 10 ust. 8 wzoru umowy nieuzasadnionego uprawnienia po stronie Zamawiającego do wstrzymania prac związanych z umową i obciążenia kosztami wykonawcę - co należy uznać za nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego.

21. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie w załączniku nr 5 do SWZ - Wykaz narzędzi pozycji do wypełnienia dot. warunku udziału w postępowaniu, które nie zostały przez Zamawiającego określone w SWZ;

22. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne ograniczenie kryterium środowiskowego przyznania Wykonawcom punktów w kryterium pozacenowym za posiadanie samochodów spełniających normy min. Euro 5 i nieuwzględnienie w nim pojazdów wskazanych w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz.U. 2018 poz. 317 ze zm.), które są pojazdami niskoemisyjnymi i zeroemisyjnymi i w związku z powyższym, powinny zostać ujęte w kryterium środowiskowym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) w zakresie i w sposób szczegółowo określony w dalszej części odwołania, przy czym Odwołujący zaznaczył, że wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.

Zamawiający w dniu 17 czerwca 2022 r. wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w części. Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 w całości, zarzut nr 2 w części, zarzut nr 3 w całości, zarzut nr 4 w całości, zarzut nr 5 w całości, zarzut nr 5 w całości, zarzut nr 6 w całości, zarzut nr 7 w części, zarzut nr 8 w całości, zarzut nr 9 w części, zarzut nr 10 w całości, zarzut nr 13 w części, zarzut nr 14 w całości, zarzut nr 15 w całości, zarzut nr 16 w całości, zarzut nr 18 w części. W ww. zakresie Zamawiający oświadczył, że dokona modyfikacji SWZ zgodnie z żądaniem odwołania (odpowiednio w całości lub w części). W pozostałym zakresie Zamawiający nie uwzględnił postulatów Odwołującego.

Odwołujący w dniu 30 czerwca 2022 r. złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w pozostałej nieuwzględnionej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie części oraz wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 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.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie, w pozostałym zaś zakresie odwołanie zostało wycofane przez Odwołującego. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego, co powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....