Sygn. akt: KIO 2381/22

POSTANOWIENIE

z dnia 23 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o.

przy udziale Wykonawcy FBSerwis Kamieńsk Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowania odwoławcze;

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

   Odwołującego - Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 2381/22

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej

333860 Mg".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2022 r. pod numerem 2022/S 169-478086.

W dniu 12 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

1. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw z art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz ukształtowanie treści projektowanych postanowień umownych w sposób niejednoznaczny oraz poprzez postawienie wymagań, które 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 poprzez 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" zlokalizowaną w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic zadania;

2. art. 114 ustawy Pzp w z w. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie traktowania każdej z ofert częściowych jako odrębnej oferty podlegającej samodzielnej weryfikacji z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień i dokonywanie łącznej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co skutkować ma odrzuceniem wszystkich ofert częściowych, pomimo że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień określony dla poszczególnych części i badanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla danej części nie skutkowałoby odrzuceniem jego oferty (wykluczeniem z postępowania), co ma charakter nieproporcjonalny, narusza równe traktowanie Wykonawców i uczciwą konkurencję oraz skutkować będzie eliminacją Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia;

3. art. 226 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i

3 ustawy Pzp poprzez wykreowanie dodatkowych podstaw odrzucenia ofert częściowych (względnie wykluczenia Wykonawcy), rozciągając skutek w postaci odrzucenia wszystkich ofert częściowych w sytuacji, gdy ewentualne wątpliwości budzi tylko jedna z nich, tymczasem katalog podstaw do odrzucenia oferty jest zamknięty i Zamawiający nie może ustalać go rozszerzająco, obejmując skutkiem odrzucenia oferty również oferty częściowe w zadaniach, które są poprawne i których poprawność nie budzi wątpliwości,

4. art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 114 ustawy Pzp i art. 128 ust. 1 ustawy

Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień skutkuje uznaniem, że oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia bez obowiązku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy weryfikacja warunku udziału w Postępowaniu wymaga uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a niewykazanie

spełnienia warunku udziału w postępowaniu skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, zaś Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany podstawy ani zasad odrzucenia ofert;

5. art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 4) ustawy Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy w zakresie, w jakim w projektowanych postanowieniach umownych:

a) zastrzeżono, że wysokość maksymalna zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku waloryzacji może wynieść 5% wartości brutto Umowy mimo, że z uwagi na aktualny poziom inflacji, toczącą się wojnę w Ukrainie oraz związane z nią podwyżki cen energii elektrycznej, jest wysoce prawdopodobne, że wzrost kosztów związanych z wykonaniem zamówienia przekroczy zakładany przez Zamawiającego próg, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia, pozbawiałoby wykonawcę prawa do waloryzacji umowy, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy Pzp,

b) wskazano możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku wzrostu cen rzeczywiście ponoszonych kosztów, gdy wielkość wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez prezesa GUS mierzona w cyklu miesięcznym i odpowiadająca temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, przekroczy 7,0 %, co stanowi próg zbyt wysoki dla faktycznej skuteczności zastosowania waloryzacji i prowadzi do niezgodności z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy Pzp,

c) zastrzeżono, że Wykonawca ma prawo ubiegać się o zmianę wysokości wynagrodzenia (waloryzacji ze względu na poziom inflacji) dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz dopuszcza tylko jednorazową możliwość waloryzacji wynagrodzenia.

Podstawowe żądanie Odwołującego to uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany kwestionowanych treści SWZ i opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy, jak również ogłoszenia o zamówieniu w zakresie i w sposób zaproponowany przez Odwołującego w treści odwołania.

Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca FBSerwis Kamieńsk Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńsku.

Pismem z dnia 20 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16

ustawy Pzp - zarzut oznaczony numerem 1. - w przypadku wycofania przez Odwołującego tego zarzutu.

Izba ustaliła, że w dniu 22 września 022 r. Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że wycofuje odwołanie.

Z uwagi na to, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Z tych względów postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp oraz § 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....