

Sygn. akt KIO 365/23

## POSTANOWIENIE

z dnia 21 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2023 r. przez wykonawcę RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Tłuszcz w przedmiocie zamówienia publicznego na: „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Tłuszcz oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK)”

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość wniesionego wpisu od odwołania.

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 365/23

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tłuszcz działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Tłuszcz oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/S 021-058167.

W dniu 9 lutego 2023 r. Odwołujący – RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) poprzez dokonanie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ustalenie w sposób nieprawidłowy warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, a także nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w realiach tej sprawy prowadziło dodatkowo do naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 114 ustawy PZP poprzez opisanie w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny warunku udziału

w postępowaniu odnoszącego się do posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia, co może prowadzić do takiej sytuacji, że Zamawiający będzie oczekiwał od wykonawców ubiegających się o to zamówienie posiadania wpisów do rejestru działalności regulowanej i BDO dla wszystkich kodów odpadów wspomnianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”), co z kolei stanowiłoby o tym, że taki warunek udziału

w postępowaniu w istocie nie stanowiłby minimalnego poziomu zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, byłby nieproporcjonalny i w praktyce ograniczałby w sposób nadmierny i niezasadniony potrzebami Zamawiającego konkurencję w postępowaniu.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisów SWZ (i odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu) poprzez:

- a) wprowadzenie zamkniętego katalogu odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia odpowiednio dla części 1 i 2, co oznacza również konieczność jednoznacznego przypisania rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia odpowiednio do jego część 1 i 2, wyeliminowanie z OPZ dla danej części zamówienia tych kodów odpadów, które w praktyce lub w świetle obowiązujących przepisów prawa, w tym aktów prawa miejscowego, nie są odpowiednio odbierane od właścicieli nieruchomości lub przyjmowane do PSZOK (co w szczególności dotyczy odpadów o kodach: 20 03 02, 20 03 03, 20 03 04, 20 03 06, 17 01 81 i 17 02 04), jednoznaczne wskazanie w OPZ, czy przedmiotem tym objęte są odpady typu: zużyty sprzęt elektroniczny i elektryczny oraz baterie i akumulatory oraz wprowadzenie do Formularza oferty możliwości ustalenia ceny jednostkowej dla każdego rodzaju odpadów objętych przedmiotem zamówienia (np. poprzez przypisanie do danej pozycji rozliczeniowej konkretnych kodów odpadów) lub wskazanie jednoznaczne sposobu rozliczenia się wykonawcy z Zamawiającym za odbiór i zagospodarowanie tych rodzajów odpadów komunalnych, dla których nie ustalono w Formularzu ofertowym ceny jednostkowej,
- b) doprecyzowanie dla jakich kodów odpadów komunalnych Zamawiający będzie oczekiwał wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Burmistrza Tłuszcza, zgodnie z przepisami art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 888, ze zm.) oraz wpisu do rejestru, o którym mowa art. 49 i 50 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w ramach warunków udziału w postępowaniu,
- c) wykreślenie – dla części 1 zamówienia – wymogu: wykonawca przekaże niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnych zapewniających, że co najmniej 10% dostarczonych odpadów zostanie odzyskana i przekazana do recyklingu lub przygotowana do ponownego użycia (wymóg zawarty w § 4 ust. 3 wzoru umowy oraz powtórzony w OPZ),
- d) wykreślenie – dla części 2 zamówienia – wymogu wynikającego z § 4 wzoru umowy i poprzestanie na wymogu: Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usługi w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z zapisami ustawy upcg (§ 5 ust. 2 wzoru umowy).

Jak wynika ze znajdującej się w aktach sprawy informacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. – informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią Zamawiający zamieścił w dniu 10 lutego 2023 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania i tego samego dnia wykonawcy zostali w sposób automatyczny poinformowani mailowo przez platformę o zamieszczeniu na niej dokumentów. Termin na zgłoszenie przystąpień do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 13 lutego 2023 r. Do dnia wydania postanowienia przez Krajową Izbę Odwoławczą nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia.

Następnie w dniu 17 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie (datowana na ten dzień), w której zostało zawarte oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i uwzględnieniu w całości żądań Odwołującego zawartych w Części III lit. a), b) i c) jego odwołania. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie zarzutów odwołania, albowiem żądanie Odwołującego zawarte w Części III lit. d) odwołania nie może zostać uwzględnione wobec zmiany treści SWZ, która jest zgodna z żądaniem odwołania wykonawcy MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w równoległe prowadzonej sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 364/23. Powyższe pismo zostało wniesione w formie elektronicznej i zostało podpisane przez Burmistrza Tłuszcza – Pana Pawła Marcina Bednarczyka.

Następnie w dniu 20 lutego 2023 r. Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że – wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów Odwołującego w zakresie Części III lit. od a) do c) odwołania oraz informacji o modyfikacji SWZ zgodnie z żądaniem drugiego Odwołującego ze sprawy o sygn. akt KIO 364/23 co do zarzutu w zakresie Części III lit. d) odwołania – cofa odwołanie wniesione w tej sprawie w zakresie zarzutu dotyczącego Części III lit. d) odwołania i zarazem wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy PZP 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.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu a Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty odwołania, przy jednoczesnym braku zgłoszenia jakiegokolwiek przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zaszła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego określona w art. 522 ust. 3 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 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. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....