Sygn. akt: KIO 1124/23

POSTANOWIENIE

z dnia 4 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Członkowie: Danuta Dziubińska

Emilia Garbala

Protokolantka Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania

odwoławczego w dniu 4 maja 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W. B. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Brwinów

przy udziale wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie odwołującego oraz

przy udziale wykonawcy Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego tytułem zwrotu kwoty 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 (tj. 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 1124/23

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

Gmina Brwinów (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości" o numerze ZP.271.16.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 071-217656 W tej samej dacie Zamawiający zamieścił na Platformie zakupowej dokumenty zamówienia.

Wykonawca W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W. B. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na niezgodnym z przepisami Pzp opisaniem przedmiotu zamówienia oraz na sformułowaniu w sposób nieprawidłowy warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności, tj. wobec zapisów SWZ wskazanych w treści odwołania (oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 353^1 kc w zw. z art. 5 kc oraz art. 487 § 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia - w zakresie, w jakim wykonawca zamówienia został zobowiązany do osiągnięcia określonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów poddawanych zagospodarowaniu - w sposób nieprecyzyjny, a wręcz wewnętrznie sprzeczny, a nadto w sposób, który może nie uwzględniać wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, bowiem przy podziale zamówienia na części, które obejmują tylko określone rodzaje

odpadów, dla niektórych z części zamówienia nie ma obiektywnie możliwości osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu i przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia ze względu na skład morfologiczny i specyfikę odpadów przypisanych do danego zadania, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania i skutkuje przerzuceniem na wykonawcę nadmiernego ryzyka gospodarczego. Taki opis przedmiotu zamówienia powoduje również naruszenie zasady równości i wzajemności (świadczeń) stron stosunku zobowiązaniowego i stanowi o sprzeczności tego stosunku z jego właściwościami i zasadami współżycia społecznego;

2) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 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:

(1) Zamawiający będzie oczekiwał od wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie w zakresie części A i D posiadania zezwolenia na przetwarzanie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, 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 nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego konkurencję w Postępowaniu,

(2) poprzez wprowadzenie alternatywnych sposobów na spełnienie warunku (sposobów, które pozostają bez związku z przedmiotem zamówienia i warunkami prawnymi jego realizacji), co powoduje, że Zamawiający de facto nie będzie mógł w ogóle weryfikować zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, czyniąc warunki udziału w postępowaniu pozornymi,

(3) sytuacja wykonawców ubiegających się o zamówienie będzie zróżnicowana w sposób, który nie ma żadnego uzasadnienia, a wręcz przeciwnie w uprzywilejowanej sytuacji stawia wykonawców, którzy nie będą przetwarzali odpadów, bądź nie mają niezbędnych do tego zezwoleń;

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów SWZ w następujący sposób:

1) Wykreślnie zapisu § 10 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy dla części C zamówienia oraz zapisu §9 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy dla części D zamówienia.

ewentualnie

2) Przyjęcie, że Wykonawca składający ofertę w ramach części A i D zamówienia winien osiągnąć 30%, a w ramach części C odpowiednio 5% poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia względem odpadów przekazanych mu do zagospodarowania i równocześnie zmianę zapisów wzoru umowy odnoszących się do kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych poprzez wskazanie, że kara ta będzie liczona jako iloczyn stawki jednostkowej i ilości odpadów (Mg) brakujących do osiągnięcia wymaganego poziomu, z tym zastrzeżeniem, że wartość jednostkowa kary umownej (stawka tej kary) nie powinna przekraczać stawki administracyjnej kary pieniężnej, jaka mogłaby zostać nałożona na Zamawiającego

oraz

3) Zmianę ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia w taki sposób by warunkiem udziału w postępowaniu było wyłącznie:

- posiadanie aktualnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach ((t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699) (względnie pozwolenia na wytwarzanie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego uwzględniających wymagania dla przetwarzania odpadów) - obejmującego odpowiednio:

- Część A zamówienia - szkło (15 01 07), metale i tworzywa sztuczne (15 01 06), papier (15 01 01), odpady wielkogabarytowe (20 03 07)

- Część B zamówienia - odpady ulegające biodegradacji (bioodpady) (20 02 01, 20 01 08) oraz odpady kuchenne ulegające biodegradacji;

- Części C zamówienia – zmieszane, niesegregowane odpady komunalne (20 03 01);

- Części D zamówienia - (bioodpady) (20 02 01, 20 01 08) oraz odpady kuchenne

ulegających biodegradacji, szkło (15 01 07), metale i tworzywa sztuczne (15 01 06), papier (15 01 01), odpady wielkogabarytowe (20 03 07)

oraz o zasądzenia kosztów na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wstąpił wykonawca Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Przystępujący 1”), zaś po stronie Zamawiającego

wstąpił wykonawca Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie („Przystępujący 2").

28 kwietnia 2023 r. Zamawiający przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. zostało skierowane do Przystępującego 2 wezwanie do złożenia w ciągu 3 dni od dnia doręczenia wezwania oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. Przystępujący 2 nie złożył w wyznaczonym terminie skutecznego oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba

umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postepowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 2 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: ……..……..