

Sygn. akt KIO 3204/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pyskowice,

przy udziale uczestników:

- A. FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze – po stronie odwołującego
- B. PreZero Service Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej – po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna

z siedzibą we Wrocławiu kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3204/24

Uzasadnienie

Gmina Pyskowice, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy w latach 2025-2026”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 sierpnia 2024 r., pod numerem 2024/S 162-500084.

W dniu 2 września 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podzielenia przedmiotowego zamówienia na dwie części, tj. część pierwszą obejmującą usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów oraz część drugą obejmującą usługę uruchomienia i prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK), a tym samym opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i wyłączający dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania usługi w zakresie przeważającego zakresu zamówienia obejmującego odbiór i zagospodarowanie odpadów pochodzących z terenu nieruchomości na terenie których zamieszkują mieszkańcy i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy, który dotychczas prowadzi na terenie Gminy Pyskowice PSZOK, podczas gdy przedmiotowe zamówienie jest podzielne, a uwzględniając obowiązek zachowania uczciwej konkurencji, dokonanie podziału jest zasadne, a nawet konieczne, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych (zarzut nr 1),
- 2) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 w zw. z art. 433 pkt 1 ustawy PZP poprzez wprowadzenie wymogu aby Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) został

zorganizowany i uruchomiony w terminie 2 miesięcy od daty zawarcia umowy oraz wprowadzenie obowiązku przedłożenia zezwolenia na zbieranie odpadów Zamawiającemu najpóźniej w dniu uruchomienia PSZOK w sytuacji, gdy uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów następuje w procedurze, która trwa znacznie dłużej niż 2 miesiące, a więc należy uznać, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a także dokonał opisu zamówienia w sposób nieproporcjonalny oraz nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, a ponadto dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i niezapewniający równego traktowania wykonawców, wyłączający dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Pyskowice, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych (zarzut nr 2 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1),

3) art. 353¹ w zw. z art. 387 § 1 w zw. z art. 5 w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP poprzez wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu aby Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) został zorganizowany i uruchomiony w terminie 2 miesięcy od daty zawarcia umowy oraz wprowadzenie obowiązku przedłożenia zezwolenia Zamawiającemu najpóźniej w dniu uruchomienia PSZOK w sytuacji, gdy: a) umowa może zostać zawarta nie wcześniej niż w listopadzie 2024 r., z uwagi na procedury wyboru oferty i ustawowe terminy do składania środków zaskarżenia, b) uruchomienie PSZOK poprzedzone musi być uzyskaniem zezwolenia na zbieranie odpadów, co następuje w procedurze, która trwa co najmniej kilka, jeśli nie kilkanaście miesięcy, co w konsekwencji powoduje, że tylko wykonawca, który obecnie prowadzi PSZOK na terenie Gminy Pyskowice, jest w stanie spełnić wymogi zamówienia, a więc Zamawiający konstruując tego rodzaju warunki dyskryminuje pozostałych wykonawców oraz dokonuje nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, które to działania są sprzeczne z prawem, albowiem pozostali wykonawcy zostali zobowiązani do realizacji świadczeń niemożliwych do spełnienia, a także działania Zamawiającego są sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (lojalności, sprawiedliwości), oraz swobodą w zakresie konstruowania stosunku prawnego (zarzut nr 3 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1),

4) art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 5 w zw. z art. 487 § 2 w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy

PZP poprzez zawarcie w warunkach zamówienia zapisów naruszających równowagę stron i zasady współzycia społecznego, zakładających nadmierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie, w jakim Zamawiający może żądać zapłaty kary umownej w przypadku niezawinionego braku posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów i niefunkcjonowania z tego powodu Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w terminach określonych w umowie w sytuacji, gdy kara umowna stanowi zryczałtowane odszkodowanie i może być należna z tytułu zawinionych działań lub zaniechań, które doprowadzają do nienależytego wykonania umowy, a nieuzyskanie w odpowiednim terminie zezwolenia na zbieranie odpadów może wynikać także z przyczyn niezależnych od wykonawcy (zarzut nr 4 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1),

5) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w sposób naruszający zasadę przejrzystości, gdyż z uwagi na brak precyzji Zamawiającego brak jest możliwości zrozumienia oczekiwań Zamawiającego co do zakresu wymaganych uprawnień, a więc doszło do określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (zarzut nr 5),

6) art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 5 k.c. poprzez naruszenie zasady proporcjonalności z uwagi na umieszczenie w warunkach zamówienia postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów z uwagi na ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez wprowadzenie w treści umowy nadmiernie sztywnego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód i przewidzenie możliwości żądania zapłaty rażąco wygórowanych kar umownych za zwłokę w opróżnieniu pojemników lub odbiorze worków, za zwłokę w wykonaniu usługi na telefoniczne zlecenie, określonej w Załączniku nr 3 do SWZ pkt III ppkt 6 oraz za zwłokę w dostarczeniu pojemnika do wskazanej nieruchomości lub do „gniazda”, przy całkowitym pominięciu we wzorcu umownym, procedury reklamacji a także zaniechanie ustalenia końcowego terminu, do upływu którego mogą być nakładane kary umowne, co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z

funkcją odszkodowawczą, jaką powinny pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego (zarzut nr 6).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SWZ, a w szczególności szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy Gminy Pyskowice w latach 2025-2026 poprzez:

- 1) dokonania podziału zamówienia na dwie części, tj. 1) obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w latach 2025-2026 oraz 2) obejmującą zorganizowanie, uruchomienie oraz prowadzenie PSZOK oraz – na skutek ewentualnej zmiany umowy

zgodnie z § 8 ust. 8 – odbiór odpadów z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych uruchomionej przez Zamawiającego oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych lub wydzielanie części dotyczącej PSZOK do odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2) ewentualnie wykreślenia obowiązku zorganizowania i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w terminie dwóch miesięcy od dnia podpisania umowy i zobowiązanie Gminy Pyskowie do prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych do czasu uzyskania przez wykonawcę ostatecznej decyzji – zezwolenia na zbieranie odpadów – a wykonawca będzie zobowiązany jedynie do odpowiedniego jego wyposażenia oraz zapewnienia jego obsługi, przy czym odpowiedzialnym za gospodarowanie odpadami zbieranymi na terenie PSZOK będzie Zamawiający, który jako gmina zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o odpadach jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, do czasu uzyskania ostatecznej decyzji – zezwolenia na zbieranie odpadów przez wykonawcę,

3) ewentualnie wykreślenia obowiązku zorganizowania i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w terminie dwóch miesięcy od dnia podpisania umowy i umożliwienie wykonawcom zamiast zorganizowania, uruchomienia i prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) prowadzenia mobilnej zbiórki odpadów (mobilnego PSZOK), która nie wymaga posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów do czasu uruchomienia PSZOK prowadzonego przez Zamawiającego,

4) dokonania zmiany § 10 pkt 1 ppkt 9 projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 4 do SWZ poprzez usunięcie obowiązku zapłaty kary umownej w sytuacji, gdy

niefunkcjonowanie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) wynika z braku posiadania zezwolenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1.1 lub dookreślenie, że kara ta jest nienależna, gdy wykonawca zamiast PSZOK prowadzi mobilną zbiórkę odpadów na terenie Gminy Pyskowie (mobilny PSZOK),

5) dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ poprzez doprecyzowanie jakiego rodzaju uprawnienia w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 16 01 03, 17 01 01, 17 01 07, 17 02 02, 17 02 03, 17 09 04, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 32, 20 01 39, 20 01 40, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 07 oraz 20 03 99 są wymagane w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i określenia, w jaki sposób spełnienie tego warunku będzie weryfikowane przez Zamawiającego,

6) wprowadzenia zmiany w zakresie kary umownej z tytułu zwłoki w odbiorze pojemników / worków na odpady i zmiarkowanie tej kary do 20 zł za każdy pojemnik / worek oraz każdy dzień zwłoki oraz dodanie do wzoru umowy procedury reklamacyjnej,

7) wprowadzenia zmiany w zakresie kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu usługi na telefoniczne zlecenie, określonej w Załączniku nr 3 do SWZ pkt III ppkt 6 i zmiarkowanie tej kary do 10 zł za każdą godzinę zwłoki oraz dodanie do wzoru umowy procedury reklamacyjnej,

8) wprowadzenia zmiany w zakresie kary umownej z tytułu zwłoki w kar umownych za zwłokę w dostarczeniu pojemnika do wskazanej nieruchomości lub do „gniazda” oraz zmiarkowanie tej kary do 20 zł za każdy dzień zwłoki oraz dodanie do wzoru umowy procedury reklamacyjnej,

9) wprowadzenia do projektowanych postanowień umowy końcowej daty naliczania kar umownych.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na jego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Z informacji, którą Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2024 r., wynika, że zawiadomienie o złożeniu odwołania wraz jego kopią oraz wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 3 września 2024 r. oraz dodatkowo

przekazane e-mailowo wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Do dnia wydania postanowienia przez Izbę na posiedzeniu niejawnym do akt sprawy odwoławczej wpłynęły 2 zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego – pierwsze zostało złożone przez wykonawcę FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, a drugie przez wykonawcę PreZero Service Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej (zwanego dalej „wykonawcą PreZero”), który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Obydwa przystąpienia zostały uznane przez Izbę za dokonane w sposób skuteczny.

Następnie w dniu 9 września 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił odwołanie w całości. Pismem z dnia 18 września 2024 r. wykonawca PreZero poinformował Izbę, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w niniejszej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Według regulacji art. 522 ust. 1 ustawy PZP „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W

takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

Zgodnie zaś z przepisem art. 522 ust. 2 ustawy 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 postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, natomiast wykonawca, który w sposób skuteczny przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec tej czynności Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w tej sprawie należy umorzyć na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku tego postępowania na podstawie regulacji art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Z uwagi na to, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione we wniesionym odwołaniu, przy jednoczesnym braku sprzeciwu ze strony uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zwrócić Odwołującemu kwotę 15 000 zł 00 gr z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: