Sygn. akt:KIO 2683/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski

Protokolant:Tomasz Skowroński

na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 19 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę Eneris Surowce Usługi S.A. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Starachowice

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500,00 złotych (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Eneris Surowce Usługi S.A. z siedzibą w Kielcach, stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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 2683/24

Uzasadnienie

Gmina Starachowice (dalej: „Zamawiający"), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Starachowice od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy" (znak postępowania: ZP.271.40.2024.HE). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2024 r. pod numerem 427849-2024.

W dniu 29 lipca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Eneris Surowce Usługi S.A. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, w szczególności w zakresie treści SWZ wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 353^1 k.c., poprzez połączenie w jednym postępowaniu (bez możliwości składania ofert częściowych) usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z usługą utworzenia i prowadzenia PSZOK, przy jednoczesnym postawieniu wymogu, że PSZOK musi zostać uruchomiony dnia 1 stycznia 2025 r., przy czym brak uruchomienia PSZOK w zastrzeżonym terminie, obwarowany koniecznością zapłaty kary umownej w wysokości 3000 zł dziennie, w lokalnych realiach oznacza, że w rzeczywistości krąg potencjalnych wykonawców w ograniczony zostanie do aktualnego wykonawcy usługi;

2) art. 112 ustawy Pzp, w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu obejmującego doświadczenie wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję poprzez połączenie w ramach jednej usługi czynności odbierania i zagospodarowania odpadów oraz uruchomienia i prowadzenia PSZOK, co eliminuje możliwość złożenia oferty przez wykonawców, którzy posiadają wymagane doświadczenie, ale nabyte w ramach osobnych umów;

3) art. 134 ust. 1 pkt 20) ustawy Pzp w zw. z art 433 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za każdy dzień, w którym nie spełniono wymagań organizacji PSZOK określonych w OPZ niezależnie od przyczyn braku spełnienia tych wymogów, co w konsekwencji powoduje, że każdy wykonawca inny niż obecnie wykonujący usługę i posiadający zezwolenie na zbieranie odpadów w PSZOK musi zakładać, że zostanie obciążony karą umową rzędu minimum 300 000 zł;

4) art. 134 ust. 1 pkt 20) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomo w recyklingu w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, z e na osiągnięcie tych poziomo w mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także Zamawiającego, jak również, że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła" a także od uwarunkowań rynkowych i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości wskazanej

w § 7 ust. 1 pkt 3 PPU stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku prawnego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągane poziomy recyklingu i odzysku.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ oraz załączników w sposób wskazany w treści uzasadnienia w zakresie poszczególnych zarzutów:

1) unieważnienie postępowania na mocy art. 256 ustawy Pzp, w zw. z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp;

ewentualnie w razie nieuwzględnienia wniosku określonego w punkcie 1

2) dokonania zmiany dokumentów zamówienia poprzez wydzielenie dwóch części zamówienia, obejmujących odpowiednio (1) odbiór transport i zagospodarowanie odpadów z Gminy Starachowice oraz (2) prowadzenie PSZOK wraz z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów z PSZOK oraz umożliwienie składania ofert częściowych

albo

zmianę postanowień dotyczących organizacji PSZOK poprzez wskazanie, że niezwłocznie po podpisaniu umowy, wykonawca ma obowiązek przystąpić do organizacji PSZOK przedstawiając zamawiającemu odpowiedni harmonogram działań. Wykonawca zobowiązany jest do uruchomienia oraz do prowadzenia (w terminie nie później niż 7 dni od dnia uzyskania niezbędnych pozwoleń) na terenie Gminy Starachowice PSZOK, na zasadach określonych w SWZ;

3) w razie nieuwzględnienia, żadnego z wniosków określonych w punkcie 2) – dokonanie zmiany kary umownej określonej w § 7 ust. 1 pkt 15) PPU poprzez jej ustalenie jako kara w kwocie 500 zł za każdy dzień zwłoki w spełnieniu wymagań organizacji PSZOK określonych w OPZ;

4) zmiany warunku udziału w postępowaniu poprzez wprowadzenie wymogu, aby wykonawca: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał należycie (lub należycie wykonywał) co najmniej jedną usługę odbierania odpadów komunalnych, wykonaną lub wykonywaną w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, w wyniku, której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 15.000 Mg.

5) dokonanie zmiany kary umownej określonej w § 7 ust. 1 pkt 3) PPU poprzez jej ustalenie jako kary za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami – przez okres trwania umowy tj. 2025- 2026 w wysokości 137,00 zł za każdy brakujący do osiągnięcia poziomu Mg odpadów, przy założeniu, że wskaźnik procentowy recyklingu wykonawcy zostanie powiększony o wskaźnik osiągnięty przez Gminę Starachowice w ramach systemu kaucyjnego; oraz dodanie, że kara nie zostanie naliczona ewentualnie zostanie zwrócona w przypadku, gdy Zamawiający nie zostanie zobowiązany do zapłaty kary administracyjnej za nieosiągnięcie poziomo w recyklingu w Gminie Starachowice.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Obecna treść warunków zamówienia, w szczególności treść SWZ wraz z załącznikami, uniemożliwia Odwołującemu złożenie racjonalnie skalkulowanej oferty w postępowaniu, co w zasadzie uniemożliwia mu wzięcie udziału w postępowaniu. Na chwilę obecną Odwołujący mimo bogatego doświadczenia na rynku w tym obsługi wielu znacznie bardziej wymagających kontraktów nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, które mógłby uzyskać, w przypadku udzielenia mu zamówienia, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 17 lipca 2024 r. (publikacja ogłoszenia o zamówienia oraz dokumentacji postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 29 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że do upływu 3-dniowego terminu z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

Zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględnia w części zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2024 r. Odwołujący oświadczył, iż na podstawie art. 520 pkt 1) i 2) wycofuje odwołanie w całości i na podstawie art. 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust.1 pkt 3) lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437), wniósł o zwrot 90% wpisu od odwołania na rachunek bankowy, z którego został on uiszczony.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że w tej sprawie odwoławczej odwołanie zostało skutecznie wycofane przed terminem posiedzenia i

rozprawy z udziałem stron. Wymaga odnotowania, że Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (art. 520 ust. 1 ustawy Pzp), a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Cofnięcie odwołania przez Odwołującego, zgodnie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. 2020 poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie §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 (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 r., poz. 2437). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..……. **.....**