

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 22 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

po rozpoznaniu w dniu 22 lutego 2024 roku, w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024r. przez wykonawcę MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tłuszcz postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Tłuszcz prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia pn. *„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 zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 17/2024 00048052-2024, w dniu 24 stycznia 2024 r.

W dniu 5 lutego 2024r. wykonawca - MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny poprzez brak określenia jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w rozdziale 8 ust. 1 pkt 2 tiret pierwszy SWZ (Zarzut 1),

2. art. 353 1 kc w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP oraz art. 16 PZP i art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez opisanie Opisie Przedmiotu Zamówienia wymagań dot. realizacji zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w Rozdziale III ust. 4 pkt 2 OPZ również na część 2 obowiązku posiadania wpisu do RDR w zakresie kodów, które będą odbierane z PSZOK, a nie od mieszkańców nieruchomości (Zarzut 2);

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP oraz art. 16 PZP i art. 8 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w Rozdziale III ust. 4 pkt 2 OPZ wymogu posiadania przez wykonawcę decyzji dot. zagospodarowania odpadami (Zarzut 3);

4. art. 353(1) kc, art. 58 kc, art. 5 kc, w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp, art. 439 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 16 pzp poprzez ustalenie we wzorze umowy na część 1 i 2 zamówienia:

a) poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzację wynagrodzenia na zbyt wysokim poziomie tj. 10% (poziom wskaźnika inflacji - koszyk ogólny - publikowanego przez Prezesa GUS), co przy jednoczesnym określeniu dodatkowych nadmiernych i nieuzasadnionych warunków waloryzacji tj. limitu waloryzacji, czasokresu, w którym waloryzacja może być dokonana jak też sposobu określenia wskaźnika waloryzacji spowoduje brak możliwości wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku wzrostu kosztów realizacji zamówienia, nieuwzględnienie we wzorze umowy waloryzacji cen jednostkowych mających charakter rozliczeniowy, co w konsekwencji oznacza określenie przez Zamawiającego we wzorze umowy na część 1 i 2 zamówienia pozornej klauzuli waloryzacyjnej;

b) poprzez wprowadzenie wymogu wykazania przez Wykonawcę podstaw waloryzacji tj. udowodnienia wysokości zmiany wynagrodzenia w oparciu o stosowny wniosek ze stosownymi wyliczeniami i uzasadnieniem wpływu zmiany kosztów (Zarzut 4);

5. art. 439 w zw. z art. 353 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 Pzp poprzez brak uwzględnienia waloryzacji wynagrodzenia i

cen jednostkowych w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług w zakresie kosztów paliwa, co skutkuje przeniesieniem na Wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych ze świadczeniem usługi (Zarzut 5);

6.art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych i nadmiernie uciążliwych, a także nakładanie wymagań wzajemnie ze sobą sprzecznych dot. wskazania w Rozdziale III ust. 8 pkt 3 OPZ, że „Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia zatwierdzonego harmonogramu wszystkim właścicielom nieruchomości na rok 2024 w nieprzekraczalnym terminie 15 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy”, podczas gdy zgodnie z Rozdziałem III ust. 8 pkt 1 OPZ oraz S 5 ust. 21 wzoru umowy na część 1 zamówienia „Wykonawca zobowiązany jest do opracowania i przedstawienia Zamawiającemu projektu harmonogramu odbierania odpadów na rok 2024 w terminie do 7 dni od dnia podpisania umowy”. (Zarzut 6).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, Opisu przedmiot zamówienia (OPZ) oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) w zakresie i w sposób szczegółów określony w odwołaniu, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 lutego 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów 4 i 6, które zostały uwzględnione tylko częściowo i oświadczył o uwzględnieniu odwołania co do zarzutów: 1, 2, 3, 5 w całości.

Odwołujący w piśmie z dnia 19 lutego 2024 r. oświadczył, że wycofuje pozostałe zarzuty odwołania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 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.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 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 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.

Przewodnicząca: