

Sygn. akt: KIO 3286/23

POSTANOWENIE
z dnia 16 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2023 r. przez Odwołującego - wykonawcę Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tarnowskie Góry

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych), tytułem zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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 3286/23

Uzasadnienie

Gmina Tarnowskie Góry, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Utrzymanie czystości na terenie Gminy Tarnowskie Góry – wykonywanie prac związanych z utrzymaniem porządku i czystości w roku 2024, w tym letnie utrzymanie dróg- sprzątanie i zmiatanie oraz likwidacja dzikich wysypisk”, nr ref. BZP.271.47.2023 (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2023 r. pod nr 2023/S 205-644897.

Wykonawca – Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach, zwany dalej „Odwołującym”, w dniu 3 listopada 2023 r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 114 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie sformułowania w odniesieniu do Części nr 1 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w przypadku, gdy wynika to z odrębnych przepisów w odniesieniu do posiadania przez wykonawcę wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Tarnowskie Góry w zakresie odbierania odpadów o kodzie 20 03 01, 20 02 01, 20 03 03 oraz 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 39 (podstawa prawna: ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, t. j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1297 ze zm.) (rozdział 20, pkt 3.2 SWZ);

2. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 114 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie sformułowania w odniesieniu do Części nr 2 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w przypadku, gdy wynika to z odrębnych przepisów w odniesieniu do posiadania przez wykonawcę zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów o kodzie 20 03 01 (rozdział 20, pkt 3.2 SWZ);

3. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie sformułowania w odniesieniu do Części nr 1 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie potencjału technicznego dostępnego wykonawcy w celu realizacji mechanicznego mycia i czyszczenia wskazanych powierzchni (jezdni wraz z chodnikami, skweru) co powoduje, że nie jest możliwym dokonanie oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie (rozdział 20 pkt 3.4.3 SWZ w zw. z pkt 1, Ad. E, str. 7 OPZ dla Części nr 1 zamówienia oraz pkt 1, Ad. G, str. 8 OPZ dla Części nr 1 zamówienia) a także poprzez zaniechanie sformułowania w odniesieniu do Części nr 1 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie letniego i zimowego utrzymania Centrum Przesiadkowego wraz z infrastrukturą rowerową oraz ciągami rowerowymi i pieszo rowerowymi (pkt 5 str. 21 OPZ dla Części 1 zamówienia)

oraz poprzez zaniechanie sformułowania w odniesieniu do Części nr 1 zamówienia warunku udziału w postępowaniu

dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania śmieciarką bezpylną (rozdział 20 pkt 3.4.3 SWZ, warunek dla Części nr 1 zamówienia);

4. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty w zakresie w jakim:

a) w OPZ dla Części 1 i Części 2 zamówienia wskazuje, że zebrane zmiotki oraz zebrane odpady należy przetransportować do miejsca ich przetwarzania (Zamawiający nie dopuszcza zbierania odpadów), nie biorąc pod uwagę, że usługi będą realizowane w godzinach (do godz. 8:00 rano) oraz w okresach (również w sobotę, niedzielę i święta – dni ustawowo wolne od pracy), w których brak jest możliwości dostarczenia odpadów bezpośrednio do instalacji, gdyż są one czynne jedynie w dni robocze w godzinach porannych i popołudniowych;

b) w OPZ dla Części 1 opisując zadania składające się na:

– mechaniczne mycie i czyszczenie wskazanych jezdni wraz z chodnikami (pkt 1, Ad. E, str. 7 OPZ dla Części nr 1 zamówienia);

– mechaniczne mycie i czyszczenie wskazanego skweru i znajdujących się na nim betonowych elementów małej architektury (pkt 1, Ad. G, str. 8 OPZ dla Części nr 1 zamówienia);

nie doprecyzował jakimi środkami chemicznymi wykonawca powinien wykonać mycie, tak by nie doprowadzić do uszkodzenia struktury nawierzchni;

5. art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy dla Części nr 1 i Części nr 2 zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim Zamawiający w §11 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 wzoru umowy dla Części nr 1 i Części nr 2 zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił przypadki, których wystąpienie uprawnia go do odstąpienia od umowy.

W konsekwencji tak postawionych zarzutów odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wzoru umowy poprzez:

1. sformułowanie w odniesieniu do Części nr 1 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w odniesieniu do konieczności posiadania przez wykonawcę wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Tarnowskie Góry w zakresie odbierania odpadów o kodzie 20 03 01, 20 02 01, 20 03 03 oraz 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 39 (podstawa prawna: ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, t. j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1297 ze zm.);

2. sformułowanie w odniesieniu do Części nr 2 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w odniesieniu do konieczności posiadania przez wykonawcę zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów o kodzie 20 03 01 wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach (podstawa prawna: ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 699) (rozdział 20, pkt 3.2 SWZ);

3. sformułowanie w odniesieniu do Części nr 1 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie potencjału technicznego dostępnego wykonawcy w celu realizacji mechanicznego mycia i czyszczenia wskazanych powierzchni (jezdni wraz z chodnikami, skweru) (rozdział 20 pkt 3.4.3 SWZ w zw. z pkt 1, Ad. E, str. 7 OPZ dla Części nr 1 zamówienia oraz pkt 1, Ad. G, str. 8 OPZ dla Części nr 1 zamówienia)

oraz sformułowanie w odniesieniu do Części nr 1 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie letniego i zimowego utrzymania Centrum Przesiadkowego wraz z infrastrukturą rowerową oraz ciągami rowerowymi i pieszo rowerowymi (pkt 5 str. 21 OPZ dla Części 1 zamówienia)

a także poprzez sformułowanie w odniesieniu do Części nr 1 zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania przez wykonawców śmieciarką bezpylną (rozdział 20 pkt 3.4.3 SWZ, warunek dla Części nr 1 zamówienia);

4. w zakresie OPZ:

a) jednoznaczne wskazanie w OPZ dla Części 1 (w zakresie wszystkich usług objętych tą częścią zamówienia) i Części 2 zamówienia, że wykonawca uprawniony jest do zbierania zmiotek i odpadów przed ich przekazaniem do miejsca ich przetwarzania;

b) wskazanie w OPZ dla Części 1 zamówienia w zakresie zadań składających się na:

– mechaniczne mycie i czyszczenie wskazanych jezdni wraz z chodnikami;

– mechaniczne mycie i czyszczenie wskazanego skweru i znajdujących się na nim betonowych elementów małej architektury;

jakimi konkretnie środkami chemicznymi wykonawca powinien wykonać mycie, tak by nie doprowadzić do uszkodzenia struktury nawierzchni;

5. Wykreślenie postanowień §11 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 wzoru umowy dla Części nr 1 i Części nr 2.

W dniu 15 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w treści którego wskazał, że uwzględni zarzuty odwołania w części dotyczącej:

a) części zarzutu wskazanego w pkt. 3 odwołania, tj. w zakresie dotyczącym braku żądania warunku udziału w postępowaniu dla Części 1 zamówienia w zakresie potencjału technicznego dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia w postaci sprzętu do mechanicznego mycia i czyszczenia powierzchni, sprzętu letniego i zimowego utrzymania Centrum Przesiadkowego oraz śmieciarki bezpylniej, w konsekwencji czego dokona zmiany treści SWZ poprzez dopisanie do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej dla Części 1 zamówienia sprzętu w postaci:

- 1 pojazdu specjalistycznego służącego do mycia/szorowania, wyposażonego w zbiornik na wodę oraz system szczotek;
- 1 traktora z plugiem i rozrzutnikiem to 2,5 tony.

b) części zarzutu wskazanego w pkt 5 odwołania, tj. w zakresie dotyczącym nieprecyzyjnego i niejednoznacznego określenia przypadków uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy, wskazanych w § 11 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 wzoru umowy dla Części 1 i Części 2 zamówienia, w konsekwencji czego dokona zmiany treści wzoru umowy dla Części 1 i Części 2 zamówienia polegającej na wykreśleniu zapisu § 11 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy oraz zmianie zapisu § 11 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy na następujący: „*W przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi i udokumentuje, co najmniej pięciokrotne niewykonanie lub nienależyte wykonanie w danym okresie rozliczeniowym, przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę obowiązków umownych z uwzględnieniem Opisu Przedmiotu Zamówienia*”.

W pozostałym zakresie Zamawiający nie uwzględnił odwołania i wnosił o jego oddalenie.

W dniu 16 listopada 2023 r., przed otwarciem rozprawy, Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.*

Zgodnie z art. 521 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie, w której zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu ustosunkowuje się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń powołanych w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający we wniesionej odpowiedzi na odwołanie ustosunkowując się do treści odwołania uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, zaś w odniesieniu do pozostałych zarzutów Odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o ich wycofaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522. Zgodnie zaś z treścią art. 522 ust. 3 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 myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), *skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.*

Uwzględniając zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu okoliczności faktyczne przywołane powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu*

wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze fakt, że przed otwarciem rozprawy Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane, zaś w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia, postanowiła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....

.....