

POSTANOWENIE
z dnia 23 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 r. przez odwołującego PHU Komunalnik - Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bardo

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego PHU Komunalnik - Sp. z o.o. we Wrocławiu kwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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:

.....

Uzasadnienie

postanowienia z dnia 23 listopada 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3401/23

Zamawiający – Gmina Bardo ul. Rynek 2, 57-256 Bardo, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Bardo”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2023 r. pod numerem 2023/S 212-668375, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) dalej zwanej „p.z.p.”) jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 3 listopada 2023 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca PHU Komunalnik - Sp. z o.o. ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 pzp, a także art. 6d ust. 1 i ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jak i art. 41 ustawy o odpadach poprzez określenie nieuzasadnionego ani charakterem zamówienia, ani sposobem jego realizacji, a przez to nieproporcjonalnego i utrudniającego uczciwą konkurencję między wykonawcami, warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczącego wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj. posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów będących przedmiotem zamówienia (Rozdział IX punkt 2.1) lit. c) SWZ – str. 9), gdy tymczasem prowadzenie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych (w rozumieniu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) nie jest działalnością dla której przepisy powszechnie obowiązującego prawa wymagają uzyskania decyzji na zbieranie odpadów, a ograniczają się jedynie do obowiązku zapewnienia sobie przez wykonawcę dostępu do właściwych instalacji zagospodarowania odpadów (które należy wskazać w ofercie wykonawcy w myśl art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach);
2. §2, przede wszystkim zaś jego ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 lit. c) i d), a także ust. 3, rozporządzenia z 11 stycznia 2023 r. Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) w związku z art. 99 ust. 1 i 2 i art. 16 pzp poprzez dopuszczenie możliwości zlokalizowania bazy magazynowo-transportowej w odległości większej niż 60 km od granicy gminy Bardo (zob. punkt 3.5 OPZ gdzie dopuszczono lokalizację bazy w odległości do 100 km od granicy gminy Bardo), gdy tymczasem powszechnie obowiązujące przepisy prawa dopuszczają lokalizację bazy magazynowo-transportowej w odległości maksymalnie 60 km od granicy danej gminy (wprost tak § 2 ust. 1 pkt 1 powołanego rozporządzenia), a także poprzez ukonstytuowanie wymogu wyposażenia bazy magazynowo-transportowej w legalizowaną wagę samochodową oraz w miejsce do mycia i dezynfekcji pojemników (tak wprost

punkt 3.5 OPZ), gdy tymczasem przepisy powszechnie obowiązującego prawa (powołanego rozporządzenia) przewidują obowiązek posiadania wagi najazdowej jedynie w przypadku magazynowania odpadów na terenie bazy, co nie jest wszakże obowiązkowe, zaś obowiązek posiadania miejsca do mycia i dezynfekcji pojemników na terenie bazy nie istnieje w przepisach powszechnie obowiązującego prawa (powołane rozporządzenie wymaga co najwyżej wyznaczenia miejsca mycia i dezynfekcji pojazdów, i to o ile czynności te nie będą świadczone przez podmiot trzeci poza terenem bazy);

3.art. 483 § 1, art. 484 § 2 i art. 3531 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 pkt 1-3, a także art. 436 pkt 3 pzp poprzez zastrzeżenie w § 8 pkt 1 lit. b) wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernie wygórowanej i zbyt ogólnie określonej kary umownej (0,1% całkowitego wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki w wykonaniu umowy m.in. za każdy dzień zwłoki w odbiorze odpadów z jednej nieruchomości, czy podstawieniu jednego pojemnika na odpady), a więc nieodpowiadającej wysokości potencjalnej szkody, co nakłada na wykonawcę nieproporcjonalnie duże ryzyko, a zamawiającemu pozwala wzbogacić się w nieuzasadniony sposób, tj. z przekroczeniem granicy swobody umów i równowagi kontraktowej stron, przy zaniechaniu określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych (o czym wprost stanowi art. 436 pkt 3 pzp), a także poprzez przyznanie zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy w przypadku naliczenia kar umownych powyżej 10.000 zł (tak § 7 pkt 2 lit. f) wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego), co skutkuje w zasadzie pełną swobodą (dowolność) w jednostronnym przedterminowym rozwiązaniu kontraktu ze strony zamawiającego, czyniąc zasadę równowagi kontraktowej stron i stabilności stosunku prawnego fikcją (zauważyć należy, że przedmiotowe zamówienia udzielane jest docelowo na 3 lata przy wynagrodzeniu na poziomie kilku milionów złotych), a także poprzez nieokreślenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wprowadzenie zmian do dokumentów zamówienia: 1) zniesienia obowiązku posiadania przez wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów komunalnych w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (rozdział IX punkt 2.1) lit. c SWZ), 2) ukonstytuowanie wymogu lokalizacji bazy magazynowo-transportowej w odległości do 60 km od granicy Gminy Bardo przy zniesieniu bezwzględnego obowiązku wyposażenia bazy w legalizowaną wagę najazdową i miejsce do mycia i dezynfekcji pojemników (punkt 3.5 OPZ), 3) dostosowanie wysokości kary umownej do określonego zawinienia w wykonaniu sprecyzowanego obowiązku umownego (§ 8 pkt 1 lit. b) wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego), określenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, a także zniesienie przesłanki odstąpienia od umowy z powodu naliczenia kar umownych, bądź też wyznaczenia progu kar umownych w ramach tej przesłanki na poziomie ustalonej łącznej maksymalnej wysokości kar umownych możliwych do naliczenia (§ 7 pkt 2 lit. f) wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego).

W dniu 22 listopada 2023 r. do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie zawierająca stanowisko procesowe o uwzględnieniu wniesionych przez odwołującego zastrzeżeń do dokumentacji, w oparciu o art. 522 ust. 1 p.z.p., w następujący sposób:

- a)zarzut nr 1 – zamawiający wprowadzi do przedmiotowego podpunktu dodatkową treść: „Przedmiotowy wymóg (pkt 1 ppkt c) dotyczy Wykonawcy, który przewiduje zbieranie odpadów.”,
- b)zarzut nr 2 – zamawiający dokona zmiany pkt 3.5 SOPZ zastępując go treścią: „5. Wykonawca ma posiadać bazę magazynowo - transportową, usytuowaną na terenie gminy Bardo lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy, do której posiada tytuł prawny i wyposażoną zgodnie z § 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122),
- c)zarzut nr 3 – zamawiający dokona zmiany § 8 pkt 1 lit. b wzoru umowy zastępując go treścią: „b) za każdorazowe nieterminowe lub niezgodne z harmonogramem, o którym mowa w § 3 pkt. 6 niniejszej umowy, wykonanie danego rodzaju świadczenia, w tym także za zwłokę w dostawie zamówionych przez Zamawiającego pojemników i worków na odpady, w wysokości 1000 zł. za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Zamawiający wzywa do usunięcia wymienionych nieprawidłowości i/lub dostarczenia pojemników i worków, wyznaczając termin nie krótszy jak 3 dni robocze od przesłania drogą email wiadomości.”, zmieniając także § 7 pkt 2 lit. f w następujący sposób: „naliczenia kar o których mowa w § 8 ust. 1 pkt. b), d) - g), jeżeli ich wysokość przekroczy łącznie kwotę 20 000 zł brutto”. Zamawiający także wprowadzi dodatkowy ustęp do paragrafu 8 projektu umowy: „8. Ustala się, że łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony wynosi 150 000,00 zł brutto.”.

Ponadto, skład orzekający ustalił, że w terminie na zgłoszenie przystąpień, określonym w art. 525 ust. 1 p.z.p., który zgodnie z aktami postępowania skutecznie upłynął dnia 20 listopada 2023 r., żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art.

522 ust. 1 p.z.p., tj. skuteczne uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu i brak przystępujących po stronie zamawiającego, więc zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....