

POSTANOWIENIE
z dnia 29 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2020 r. przez wykonawcę FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 12 (powyżej 80 mm) - inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 5 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 087-207864.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Odwołujący: FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze w dniu 15 maja 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

1) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady określone w przepisach prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający Odwołującemu rzetelne przygotowanie oferty w szczególności zaś ustalenie właściwej ceny ofertowej,

2) opisanie przedmiotu zamówienia z pominięciem szczególnych warunków realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów w związku ze stanem zagrożenia epidemią COVID-19 oraz stanem epidemii COVID-19 wprowadzonych ustawą z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 r. poz. 374, 576, 578).

3) oznaczenie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub ustawą p.z.p. oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 150, 2840),

4) oznaczenie warunków umowy o zamówienie publiczne, w tym podstaw zmiany umowy o zamówienie publiczne z pominięciem warunków stanu zagrożenia epidemią COVID-19 oraz stanu epidemii COVID-19,

5) zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a to

polegającą na ogłoszeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiot jest już objęty ważną i wiążącą umową o zamówienie publiczne.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego związanym z przygotowaniem dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz wzoru umowy o zamówienie publiczne opisanym w punkcie l)-4) zarzucił:

1) Naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, w sposób niezrozumiały i niedokładny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim Zamawiający:

a) w rozdziale III SIWZ:

- zaniechał wskazania podstawowych informacji dotyczących odpadów frakcji 19 12 12 objętych przedmiotem zamówienia, w szczególności nie wskazał parametrów jakościowych i charakterystyki tych odpadów, co uniemożliwia wykonawcy przygotowanie oferty i kalkulacje ryzyk związanych z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia publicznego;

- nie określił przybliżonej średniej ilości odpadów przekazywanych do przetwarzania w analogicznych okresach terminu realizacji zamówienia w latach poprzednich, przez co uniemożliwił wykonawcom określenie potencjału technologicznego stosowanego w procesie przetwarzania odpadów, co uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny ofertowej, a także kalkulacji ryzyka związanego z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia publicznego;

b) w rozdziale XIV wykluczył możliwość udziału podwykonawców do realizacji przedmiotowego zamówienia, zaś w treści umowy § 4 pkt 4 przewidział odpowiedzialność wykonawcy, jak za działania własne, działań oraz zaniechań podmiotów, którymi posłużył się wykonując umowę, wobec tej wewnętrznej sprzeczności, wykonawca nie jest w stanie określić przysługujących mu praw i obowiązków w trakcie realizacji zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia należyte sporządzenie oferty;

2) Naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. w zw. z art. 45 ust. 3 i 7 ustawy p.z.p. w rozdziale XV SIWZ pkt a i b, poprzez określenie dwóch warunków skuteczności wniesienia wadium w postaci pieniężnej za pomocą przelewu bankowego, w sytuacji, gdy z przepisów ustawy p.z.p. wprost wynika, jakie zdarzenie jest miarodajne dla oceny skuteczności wniesienia wadium w postaci pieniężnej, co w konsekwencji niesie za sobą ryzyko arbitralnej oceny Zamawiającego skuteczności wniesienia wadium, a dla wykonawcy brak pewności o skuteczności jego wniesienia;

- a w konsekwencji prowadzi do uniemożliwienia wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty i kalkulacji ryzyk związanych z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia publicznego, a także unieważnieniem postępowania, w skutek zaistnienia wad, których usunięcie jest niemożliwym.

3) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] kc w zw. z 354 kc w rozdziale XXI SIWZ ust. 21.3. uniemożliwił zmianę umowy w zakresie ceny za jedną tonę odpadów w sytuacji zmiany rzeczywistego poziomu cen, a w konsekwencji wyłączenie możliwości podwyższenia należnego wynagrodzenia wykonawcy za tę usługę, jako zbyt daleko idące uprawnienie zamawiającego, stwarzające ryzyko nadużywania przez zamawiającego uprawnień oraz ponoszenia przez wykonawcę nieprzewidywalnych kosztów, których strony nie mogą przewidzieć w chwili zawarcia umowy - czego rezultatem jest uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty i kalkulacji ryzyk;

4) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] oraz art. 5 kc:

a) w rozdziale III SIWZ:

- określił, że podana ilość odpadów do zagospodarowania ma charakter szacunkowy, a zmniejszenie ilości faktycznie przekazanych odpadów nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony Zamawiającego, przez co wykonawca nie jest w stanie ocenić jaki jest zakres zobowiązania wzajemnego Zamawiającego, co uniemożliwia kalkulację ryzyka i sporządzenie oferty w sposób odpowiadający uzasadnionym interesom obu stron;

- nie określił w jakich dniach (czy tylko w dni robocze, czy również dni wolne od pracy) oraz godzinach odbywać się może dostarczenie odpadów do zagospodarowania, co uniemożliwia określenie zdolności wykonawców do realizacji zamówienia w oparciu o dostępny potencjał techniczny i zawodowy, a także umożliwia arbitralne narzucanie harmonogramu dostaw, które zgodnie z § 3 ust. 4 umowy będą dostarczane wykonawcy z wyprzedzeniem trzydniowym, co stanowi niczym nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, a w konsekwencji prowadzi do braku możliwości kalkulacji ryzyka przez wykonawców oraz sporządzenia oferty odpowiadającej należytemu wykonaniu zobowiązania;

- nie określił, czy wykonawcy będą mieli dostęp do informacji z ważenia odpadów dokonanego na wadze najazdowej w siedzibie Zamawiającego, przed ich dostarczeniem wykonawcy, przez co wykonawca nie ma faktycznej świadomości ilości odpadów, które zostaną przekazane, a co w konsekwencji uniemożliwia wykonawcą rzetelne przygotowanie oferty i kalkulację kosztów związanych z realizacją, a także kalkulację ryzyka związanego z należytem wykonaniem przedmiotu zamówienia;

b) w rozdziale VII SIWZ pkt 7.2. L.p. 2. nie określił zdolności technicznej lub zawodowej, która jest wymagana dla udziału w postępowaniu, przez co umożliwia arbitralne narzucanie wymogów i wykluczenie wykonawcy z postępowania, który nie ma świadomości jakim potencjałem technicznym i zawodowym powinien dysponować, dla należytej realizacji przedmiotu zamówienia;

5) Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 11c oraz 15r ustawy COVID-19 poprzez brak

wskazania w projekcie umowy zasad wprowadzania odpowiednich zmian umowy w związku z ogłoszenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii i zmian, w tym przepisów szczególnych, związanych z wdrożeniem przedmiotowego stanu lub stanu zagrożenia epidemicznego oraz możliwych jego skutków na przyszłość.

Zaniechaniu Zamawiającego opisanemu w punkcie 5) powyżej zarzucił:

6) Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7) p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p. w zw. z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, pomimo okoliczności, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe wnosił o uwzględnienie niniejszego Odwołania, a w konsekwencji:

I. W przypadku uwzględnienia zarzutów określonych w punktach 1) - 4) niniejszego Odwołania wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) Zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia w następujący sposób:

a) w rozdziale III SIWZ:

- określił podstawowe informacje dotyczące odpadów frakcji 19 12 12 objętych przedmiotem zamówienia;

- określił przybliżone średnie ilości odpadów przekazywanych do przetwarzania w analogicznych okresach terminu realizacji zamówienia w latach poprzednich; określił minimalny próg odpadów, które będą dostarczone do zagospodarowania, tak aby wykonawca znał zakres zobowiązania wzajemnego Zamawiającego;

- określił w jakich dniach oraz godzinach odbywać się może dostarczenie odpadów do zagospodarowania;

- zapewnił wykonawcom dostęp do informacji z ważenia odpadów;

b) w rozdziale VII SIWZ pkt 7.2. L.p. 2. określił jakie wymogi techniczne lub zawodowe są konieczne do udziału w postępowaniu;

c) w rozdziale XV SIWZ skreślił warunek skuteczności wniesienia wadium określony w punkcie a.

d) w rozdziale XXI SIWZ ust. 21.3 dopuścił możliwość modyfikacji ceny w razie zmiany rzeczywistych poziomów cen materiałów, pracy sprzętu i stawek robocizny jakie kształtować się będą w okresie realizacji przedmiotu zamówienia.

2) Zmiany SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości posłużenia się wykonawcami albo zmiany wzoru umowy § 4 pkt 4, poprzez wykreślenie informacji dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za działania i zaniechania podwykonawców.

3) Zmiany wzoru umowy o zamówienie publiczne w następujący sposób:

a) poprzez uzupełnienie wzoru umowy o zamówienie publiczne o klauzulę regulującą możliwość zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p.:

1. w związku z okolicznościami związanymi z epidemią COVID-19 i jej skutkami o następującej treści:

„Strony ponadto dopuszczają możliwość zmiany umowy w przypadku, gdy w dacie obowiązywania umowy obowiązywał będzie stan epidemii lub stan zagrożenia epidemicznego, a wdrożone na podstawie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw wraz ze zmianami lub innymi aktami szczególnymi restrykcje, obostrzenia, zakazy lub nakazy będą miały wpływ na sposób, zakres i możliwość realizacji przedmiotu niniejszej Umowy, w tym w szczególności w przypadku:

a) Przedłużenia przez organy władzy publicznej obowiązywania restrykcji i norm szczególnych związanych ze stanem epidemii lub zagrożenia epidemicznego,

b) Wprowadzenie nowych zmian w przepisach prawa w zw. ze stanem epidemii lub stanem zagrożenia epidemicznego,

c) Wprowadzenie jednego ze stanów nadzwyczajnych (stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej),

d) Wystąpienia niemożliwych do przewidzenia na dzień złożenia oferty skutków gospodarczych związanych z epidemią COVID-19.

W przypadku ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek, o których mowa powyżej możliwe będzie w dokonanie zmiany umowy w szczególności w zakresie: terminów realizacji poszczególnych usług składających się na przedmiot umowy, zakresu prac składających się na przedmiot umowy oraz sposobu świadczenia, należnego wykonawcy wynagrodzenia.”.

2. w związku z okolicznościami braku możliwości prognozowania wzrostu cen w zagospodarowania odpadów frakcji palnej o następującej treści:

„Strony ponadto dopuszczają możliwość zmiany umowy w przypadku, gdy nastąpi zmiana rzeczywistych poziomów cen materiałów, pracy, sprzętu i stawek robocizny jakie kształtują się w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zmiana będzie proporcjonalna do wzrostu faktycznych cen. Zmiana w zakresie ceny nie może być większa niż % ogólnej wartości zamówienia.”.

II. W przypadku uwzględnienia zarzutu określonego w punkcie 5) niniejszego Odwołania wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

III. Wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,

tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego oraz kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (radcy prawnego) reprezentującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym; Odwołujący zastrzegł sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu na posiedzenie.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 25 czerwca 2020r., przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego z dnia 24 czerwca 2020 r. o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd.2 ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust.1 pkt. 3 lit. a i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący.....