

Sygn. akt: KIO 701/22

POSTANOWIENIE

z dnia 29 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez Odwołującego **Remondis Opole sp. z o.o. (Aleja Przyjaźni 9, 45-573 Opole)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Opole (Rynek 1A, 45-015 Opole)**

przy udziale Wykonawcy **Elkom sp. z o.o. (ul. Norweska 11, 45-920 Opole)** zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego:

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego **Remondis Opole sp. z o.o. (Aleja Przyjaźni 9, 45-573 Opole)** kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Opole prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Miasta Opola.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 045-115976.

Odwołujący Remondis Opole sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 117 ust. 1 i art. 117 ust.2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 2 Pzp przez określenie sposobu spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony obiektywnie oraz nieodpowiedni do charakteru zamówienia, w zakresie, w jakim wymaga się, aby warunki, o których mowa w IDW Rozdz. 3 pkt 2 ppkt 2.1. dotyczące posiadanych uprawnień, spełniał każdy z wykonawców wspólnie składających ofertę (str. 24 SWZ, „Uwagi” pkt 1), co ponadto jest wprost niezgodne z przewidzianym w ustawie sposobem spełniania warunków udziału w zakresie posiadanych uprawnień do prowadzenia określonej działalności;

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niejasny, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i uniemożliwiających jej prawidłową wycenę, a także nieproporcjonalny i naruszający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do nieporównywalności ofert, a zarazem naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający Wykonawcę w zakresie, w jakim:

a. w §35a Umowy dla Zadania 1 oraz §35a Umowy dla Zadania 2 Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do korzystania i codziennej pracy w udostępnionym systemie komputerowym pn. „Monitoring Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Gminie”;

b. w §21 ust. 3-10 Wzoru umowy dla Zadania 1 i 2 Zamawiający przewidział obowiązek przeprowadzania w każdym miesiącu trwania Umowy spotkań edukacyjnych dla mieszkańców w zabudowie wielorodzinnej, co stanowi nałożenie na Wykonawców obowiązku niezwiązanego ze świadczonymi usługami odbioru i zagospodarowania odpadów, a dodatkową usługę szkoleniową, która znacznie zwiększa koszty wykonania zamówienia, przy czym Zamawiający nie podał informacji pozwalających na wycenę tego zakresu oraz nie

wskazał, gdzie w Formularzu cenowym dla każdego z Zadań należy uwzględnić koszty realizacji tego zakresu zamówienia;

3. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 433 pkt 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niejasny, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i uniemożliwiających jej prawidłową wycenę, a także nieproporcjonalny i naruszający uczciwą konkurencję, a zarazem naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający Wykonawcę w zakresie, w jakim:

a. w §29 ust. 2 Umowy dla Zadania 1, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 300zł za każdą brakującą masę odpadów komunalnych wyrażoną w Mg, wymaganą do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z każdorazowym aktualnym brzmieniem przepisów prawa regulujących ww. obowiązek, a kara ta może być nałożona po okresie obowiązywania niniejszej Umowy, za okres świadczenia usług objętych przedmiotem Umowy, w sytuacji, gdy osiągnięcie powyższego wymaganego poziomu recyklingu nie jest możliwe do wykonania z przyczyn niezwiązanych z zachowaniem Wykonawcy, w szczególności z należyтым wykonywaniem przez niego umowy i oznacza nieuzasadnione obarczenie go ciężarem finansowym zapłaty kar umownych, które ponadto zostały zastrzeżone w Umowie w wysokości rażąco wygórowanej oraz nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy;

b. w 529 ust. 3 Umowy dla Zadania 2, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 300 zł za każdą tonę (Mg) odpadów biodegradowalnych, jaka nie została poddana procesom recyklingu, o których mowa w par. 6 Rozporządzenia Ministra klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w sytuacji, gdy osiągnięcie powyższego wymaganego poziomu recyklingu nie jest możliwe do wykonania z przyczyn niezwiązanych z zachowaniem Wykonawcy, w szczególności z należyтым wykonywaniem przez niego umowy i oznacza nieuzasadnione obarczenie go ciężarem finansowym zapłaty kar umownych, które ponadto zostały zastrzeżone w Umowie w wysokości rażąco wygórowanej oraz nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy;

c. w 529 ust. 4 i 5 Umowy dla Zadania 2, Zamawiający zastrzegł, że kara, o której mowa w ust. 3 może być nałożona po okresie obowiązywania niniejszej Umowy, za okres świadczenia usługi objętej niniejszą Umową oraz ograniczenia poziomu oraz że zostanie naliczona w przypadku, gdy Zamawiający nie osiągnie łącznie wymaganych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych i jednocześnie

Wykonawca nie osiągnie wymaganych poziomów recyklingu w ramach realizowanej Umowy oraz wymagany prawem stopień ograniczenia masy odpadów komunalnych przekazywanych do składowania, co stanowi nadmierne i nieadekwatne obciążenie dla Wykonawcy oraz może prowadzić do podwójnego obciążenia karą umowną za tę samą okoliczność.

3. art. 439 ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami z uwagi na zastrzeżenie w §33 ust. 17 pkt 2 lit. a Wzoru umów dla obu Zadań, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić, gdy nastąpiła zmiana „wynagrodzenia na 5% względem cen lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie”, podczas gdy takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, a także narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;

4. art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nie umożliwiający zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim:

a. zastrzeżenie w §33 ust. 17 pkt 2 lit. e Wzoru umów dla obu Zadań, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia wykonawcy w związku z zastosowaniem postanowień dotyczących waloryzacji „nie może przekroczyć 2% wartości” mimo, że z uwagi na aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący 36 miesięcy, jest wysoce prawdopodobne, że wzrost cen materiałów w lub koszt w związanych z wykonaniem Zamówienia przekroczy zakładany przez Zamawiającego próg, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia, pozbawiłoby wykonawcę prawa do waloryzacji umowy, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 Pzp,

b. zastrzeżenie w §33 ust. 17 pkt 2 lit. f Wzoru umów dla obu Zadań, iż „(zwiększenie) wartości zamówienia Wykonawcy uzależniona będzie od środków finansowych zawartych w budżecie Zamawiającego na dany rok dla realizowanego Zadania”, co przeczy istocie waloryzacji i pozbawia Wykonawcę wpływu na możliwość zwiększenia wynagrodzenia przy jednoczesnym braku możliwości wcześniejszego zakończenia takiego stosunku prawnego.

5. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 436 pkt 3) Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim łączna wysokość kar umownych nałożonych na wykonawcę nie może przekroczyć 25% wartości

wynagrodzenia brutto, określonego w § 23 ust. 1 wzoru umowy (§ 30 ust. 1 Wzoru Umowy dla Zadania nr 1 oraz Zadania nr 2);

6. art. 452 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 w zw. z oraz art. 353¹w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim przewidziano zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 5% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie Wykonawcy (§24 ust. 1 Wzoru Umowy dla Zadania 1 i Zadania 2);

7. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nieproporcjonalny i nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim przesłanki odstąpienia od Umowy określone w §34 ust. 2 pkt 4, 7 i 9 (Umowy dla Zadania 1 i Zadania 2) zostały opisane zbyt ogólnie i niejednoznacznie, przez co dają Zamawiającemu zbyt daleko swobodę wypowiedzenia Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w przypadkach nieadekwatnych do takiej sankcji, co dodatkowo uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty;

8. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niejasny, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i uniemożliwiających jej prawidłową wycenę, a także nieproporcjonalny i naruszający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do nieporównywalności ofert, w zakresie, w jakim:

a. w warunkach zamówienia przewidziano wyłącznie wynagrodzenie za wymianę/dostarczenie pojemników w przypadku zmian deklaracji właścicieli nieruchomości, natomiast nie przewidziano wynagrodzenia Wykonawcy za podstawienie pojemników w przypadku ich zniszczenia;

b. Zamawiający nie podał wszystkich danych wymaganych dla wyceny oferty w zakresie rotacji pojemników, tj. szacowanych ilości i wielkości pojemników dla danych frakcji odpadów, które podlegać będą dostarczeniu przez Wykonawcę w ramach realizacji obowiązku wymiany i dostawienia nowych pojemników;

c. W §1 ust. 2 pkt 14 i 15 OPZ przewidziano obowiązek uwzględnienia możliwości zmiany w trakcie realizacji umowy liczby pojemników na nieruchomości z utrudnieniami oraz wiat koniecznych do otwarcia lub liczby nieruchomości z utrudnieniami, bez możliwości wystąpienia w żadnym z takich przypadków o zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

23 marca 2022 roku Zamawiający złożył pismo, w którym wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości w zakresie zarzutów odwołania (według numeracji zarzutów wskazanej przez Odwołującego):

- a) Zarzut nr III. I (dot. rozdz. 3 pkt 2 ppkt 2.1 SWZ);
- b) Zarzut nr III.3 - powielony - s. 3 odwołania (dot. § 33 ust. 17 pkt 2 lit. a projektowanych postanowień umowy dla obu zadań);
- c) Zarzut III.4 lit. b (dot. § 33 ust. 17 pkt 2 lit. f projektowanych postanowień umów dla obu zadań);
- d) Zarzut nr III.5;
- e) Zarzut nr III.7 - w zakresie § 34 ust. 2 pkt 9 projektowanych postanowień umowy dla obu zadań;
- f) Zarzut nr III.8 lit. a, b i c.

2. uwzględnienie odwołania w części w zakresie następujących zarzutów odwołania (według numeracji zarzutów wskazanej przez Odwołującego):

- a) Zarzut III.2 lit. b (dot. § 21 ust. 3-10 projektowanych postanowień umów dla obu zadań);
- b) Zarzut nr III.3 lit. a, b i c (s. 2-3 odwołania), dot. § 29 projektowanych postanowień umowy dla obu zadań;
- c) Zarzut nr III.4 lit. a (dot. § 33 ust. 17 pkt 2 lit. e projektowanych postanowień umów dla obu zadań);
- d) Zarzut nr III.7 (w zakresie § 34 ust. 2 pkt 4 oraz § 34 ust. 2 pkt 7 projektowanych postanowień umów dla obu zadań).

3. oddalenie odwołania w pozostałej części (nieuwzględnionej częściowo przez Zamawiającego w pkt 2 powyżej), w tym w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego w całości, tj.:

- a) Zarzut III.2 lit. a - dot. § 35a projektowanych postanowień umów dla obu zadań;
- b) Zarzut nr III.6.

25 marca 2022 roku Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa zarzuty odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, stosownie do art. 522 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r., postępowanie podlegało umorzeniu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....