

Sygn. akt: KIO 2632/18

POSTANOWIENIE
z dnia 9 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 9 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 r. przez wykonawcę Remondis Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Marki w Markach

przy udziale wykonawcy SUEZ Polska Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawcy Remondis Sp. z o. o. w Warszawie kwoty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do postanowienia z dnia 9 grudnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2632/18

Zamawiający – Gmina Miasto Marki z siedzibą przy al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 95 w Markach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z tereny Gminy Miasto Marki powstałych na nieruchomościach zamieszkałych”, o numerze nadanym przez zamawiającego WZP.271.58.2018, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 239 – 546026, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) dalej jako „p.z.p.”

W dniu 12 grudnia 2018 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie dokumentację postępowania, natomiast w dniu 21 grudnia 2018 r. odwołanie od jej treści wniósł wykonawca Remondis Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Zawodzie 16 w Warszawie, dalej zwanym jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim Zamawiający:
 - a) wskazał, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i wykonawca obowiązany jest przy sporządzaniu oferty do uwzględnienia danych zawartych w SOPZ, w szczególności w Tabelach 2, 2a, 2b, 2c, 2d, 3, 4, 4a, 4b SOPZ, a także do oszacowania zmian ilości odbieranych odpadów, liczby mieszkańców, liczby nieruchomości w trakcie realizacji zamówienia (Rozdział XVI ust. 1 - 4 SIWZ, pkt 11.1 ppkt 7) SOPZ, pkt III.2 ppkt 3) SOPZ oraz 59 ust. 1 i 2 wzoru umowy);
 - b) nie określił liczby worków dla poszczególnych frakcji odpadów odbieranych w ramach realizacji zamówienia, co uniemożliwia oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty (pkt III.3 pkt 5) i 14) SOPZ);
 - c) nie określił liczby i pojemności pojemników na zmieszane odpady komunalne,

które wykonawca zobowiązany jest do mycia i dezynfekcji w zabudowie wielorodzinnej (co uniemożliwia oszacowanie kosztów w tym zakresie i uwzględnienie ich w cenie oferty), jak również przerzucił na wykonawcę obowiązek ustalenia rzeczywistej liczby pojemników, które będą podlegały myciu na etapie realizacji umowy (pkt III.3 ppkt 19 i 26 SOPZ);

2. art. 353¹ w. zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 ust. 1, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36a ust. 1 i art. 36b ust. 1 Pzp poprzez ustanowienie w § 5 ust. 1 - 4, 6 - 12 wzoru umowy oraz w Rozdziale VII SIWZ daleko posuniętej ingerencji Zamawiającego w stosunki między Wykonawcą a podwykonawcami oraz sformułowanie w tym zakresie wymagań nadmiernych w przypadku umowy na świadczenie usług w szczególności poprzez wymaganie uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą i jej zmianę (w tym również w odniesieniu do podwykonawców wskazanych w ofercie), konieczności przedstawienia przez wykonawców umowy z podwykonawcą oraz akceptacji przez Zamawiającego treści umowy z podwykonawcą, zawarcia w treści umowy z podwykonawcą ściśle określonych postanowień dotyczących „zakresu robót przewidzianych do wykonania zgodnie z SIWZ”, terminu realizacji robót, wynagrodzenia i zasad płatności, terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy nie dłuższego niż 30 dni, rozwiązania umowy z podwykonawcą, sformułowanie rygorów dotyczących obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom (w tym dokonanie bezpośredniej zapłaty przez Zamawiającego) w sposób analogiczny jak w przypadku umowy na roboty budowlane, zastrzeżenie możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w sytuacji, gdy zajdzie konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy przez Zamawiającego lub konieczność bezpośrednich zapłat podwykonawcy na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3. art. 353¹ oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art. 29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający:
 - a) w § 10 ust. 3 pkt 4 i 5 wzoru umowy przewidział kary umowne za każdy przypadek nieodebrania lub odebrania odpadów z nieruchomości wielorodzinnej objętej obowiązkiem odbierania odpadów w terminie niezgodnym z terminami określonymi w części III ust. 4 pkt 25 SOPZ, jak również za każdy przypadek nieodebrania lub odebrania odpadów wielkogabarytowych z nieruchomości wielorodzinnej objętej obowiązkiem odbierania odpadów w terminie niezgodnym

z terminami określonymi w części III ust. 4 pkt 21 SOPZ, które to kary są naliczane z uwzględnieniem liczby punktów adresowych znajdujących się na nieruchomościach wielorodzinnych, co w konsekwencji czyni je nieuzasadnionymi i rażąco wygórowanymi;

- b) w § 10 ust. 3 wzoru umowy przewidział kary umowne za niedotrzymanie terminów określonych w umowie za opóźnienie, a nie za zwłokę;
- c) w § 10 wzoru umowy nie przewidział żadnego ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji przedmiotu zamówienia;
- d) w § 12 ust. 2 pkt 4) wzoru umowy wskazał, że istotnym naruszeniem umowy umożliwiającym odstąpienie od umowy przez Zamawiającego jest niewykonywanie przez wykonawcę obowiązków wynikających z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1454 ze zm.);
- e) w § 12 ust. 5 wzoru umowy wskazano, że wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli Zamawiający pozostaje w zwłoce z zapłatą wynagrodzenia przekraczającą 60 dni, a przed wypowiedzeniem wykonawca ma wezwać zamawiającego do: wykonania zobowiązania wyznaczając dodatkowy co najmniej 14 dniowy termin do wykonania płatności rozpoczynający się od doręczenia wezwania, jak również nie doprecyzowano, że w przypadku skorzystania przez wykonawcę z tego uprawnienia kary umowne nie zostaną naliczone.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu (pisownia oryginalna):

1. zmodyfikowania Rozdziału XVI ust. 1 - 4 SIWZ, pkt 11.1 ppkt 7) SOPZ, pkt III.2 ppkt 3) SOPZ oraz § 9 ust. 1 i 2 wzoru umowy poprzez wskazanie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia przewidzianego za realizację danej części zamówienia wraz z określeniem konsekwencji przekroczenia tej ilości (wzrost wynagrodzenia) lub zmiany przyjętego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy na wynagrodzenie ustalane za określoną ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów,
2. zmodyfikowania pkt III.3 pkt 5) i 14) SOPZ poprzez wskazanie w SOPZ maksymalnej ilości worków w rozbiciu na frakcje i części zamówienia, jakie wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia w okresie realizacji zamówienia i uwzględnienia w cenie oferty, a w konsekwencji zmodyfikowanie również § 13 wzoru umowy

poprzez wskazanie, że w przypadku przekroczenia takiej maksymalnej liczby worków wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie z tego tytułu;

3. zmodyfikowania pkt III.3 ppkt 19 SOPZ poprzez wskazanie w SOPZ w odniesieniu do każdej z części zamówienia ilości i wielkości pojemników (w zabudowie wielorodzinnej) na zmieszane odpady komunalne, które będą podlegały myciu i dezynfekcji na etapie realizacji umowy, jak również wykreślenia pkt III.2 ppkt 26 SOPZ;
4. usunięcia § 5 ust. 1 zd. 2, ust. 2 - 4, ust. 6 12 wzoru umowy;
5. zmodyfikowania § 10 ust. 3 pkt 4 i 5 wzoru umowy w ten sposób, że kary przewidziane w przedmiotowych postanowieniach będą naliczane jako iloczyn kwoty 500 zł oraz liczby punktów odbioru odpadów lub odpadów wielkogabarytowych (nie punktów adresowych);
6. zmodyfikowania § 10 ust. 3 wzoru umowy poprzez wskazanie, że kary umowne za niedotrzymanie terminów należą się Zamawiającemu za zwłokę, a nie za opóźnienie;
7. wprowadzenie w § 10 wzoru umowy ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w całym okresie realizacji zamówienia na poziomie maksymalnie 30% łącznej kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy;
8. wykreślenia § 12 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy;
9. zmodyfikowania § 12 ust. 5 wzoru umowy poprzez wskazanie, że:

„wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od umowy, jeśli Zamawiający zwleka z zapłatą wynagrodzenia o co najmniej 30 dni, a które wykonawca należycie i w zgodzie z postanowieniami umowy oraz przepisami prawa wystawił fakturę VAT. Przed wypowiedzeniem wykonawca wezwanie Zamawiającego do wykonania zobowiązania wyznaczając dodatkowy co najmniej 3-dniowy termin do dokonania płatności rozpoczynający się od dnia dostarczenia wezwania. W przypadku skorzystania przez Wykonawcę z przedmiotowego uprawnienia kara umowna, o której mowa w § 10 ust. 3 pkt 18) i 20) umowy nie będzie naliczona.”

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu i żądania dotyczącego zmiany kar zastrzeżonych na korzyść Zamawiającego z opóźnienia na zwłokę wykonawcy w dotrzymaniu terminów wnosimy o określenie analogicznego rygoru zastrzeżonego na korzyść wykonawcy: *„wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od umowy, jeśli Zamawiający opóźnia się z zapłatą wynagrodzenia o co najmniej 30 dni, a które wykonawca należycie i w zgodzie z postanowieniami umowy oraz*

przepisami prawa wystawił fakturę VAT. Przed wypowiedzeniem wykonawca wezwanie Zamawiającego do wykonania zobowiązania wyznaczając dodatkowy co najmniej 3-dniowy termin do dokonania płatności rozpoczynający się od dnia dostarczenia wezwania. W przypadku skorzystania przez Wykonawcę z przedmiotowego uprawnienia kara umowna, o której mowa w § 10 ust. 3 pkt 18) i 20) umowy nie będzie naliczona."

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę SUEZ Polska Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Zawodzie 5 w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcy EKO-MAX Recykling Sp. z o.o. siedzibą przy ul. Modlińskiej 129 lok. U7 w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie również po stronie odwołującego. Wykonawca ten nie zachował wymogów formalnych zgłoszenia przystąpienia, co powoduje, że jest ono nieskuteczne.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 p.z.p. zd. drugie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego doręcza się Prezesowi Izby w jednej z form przewidzianych w dyspozycji tego przepisu – pisemnej opatrzonej podpisem (którą przepis nazywa „postacią papierową”) albo elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Natomiast na podstawie § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby.

Izba ustaliła, że wykonawca EKO-MAX Recykling Sp. z o.o. w Warszawie przekazał oświadczenie o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania za pośrednictwem poczty elektronicznej (e - mail z dnia 24.12.18 r. w aktach sprawy). Zatem wobec braku zachowania przez wykonawcę formy czynności prawnej określonej w art. 185 ust. 2 w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, przystąpienie nie mogło odnieść zamierzonego skutku. Zaistniały brak formalny, badany przez Izbę z urzędu, w okolicznościach faktycznych sprawy, oznacza, że przystąpienie nie wywołuje skutków prawnych, jako bezskuteczne z mocy prawa (*ex lege*). Izba zaznacza również, iż ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia braków formalnych przystąpienia do postępowania odwoławczego, zatem skutkiem nie dopełnienia obowiązków

wynikających z wyżej omówionych przepisów jest uznanie przystąpienia za nieskuteczne, bez możliwości sanowania czynności prawnej.

Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, które odbyło się w dniu 9 stycznia 2019 r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty nr 1 lit. c, 2 i 3 lit. c, zaś w części uwzględniono zarzuty nr 1 lit. a oraz 3 lit. a, d oraz e, wskazane w *petitum* odwołania. Odwołujący zaś wycofał w całości zarzuty nr 1 lit. b i 3 lit. b, natomiast w części nieuwzględnionej przez zamawiającego odwołujący wycofał zarzuty nr 1 lit. a oraz 3 lit. a, d oraz e.

Przystępujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawiał się. Izba wskazuje, że zgodnie z § 21 ust. 3 w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przepis ten na mocy § 3 wyżej wskazanego rozporządzenia stosuje się odpowiednio do posiedzeń.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3a p.z.p. „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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.”

Przenosząc dyspozycję powyższego unormowania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy uznać, że zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, złożonej na posiedzeniu, w sposób skuteczny oświadczył, że uwzględnił części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zaś odwołujący wycofał pozostałe, nieuwzględnione zarzuty. Ponadto po stronie zamawiającego nie zgłoszono przystąpienia.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w art. 186 ust. 3a p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba wydała na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 p.z.p., który stanowi, iż w okolicznościach art. 186 ust. 3a koszty postępowania znosi się wzajemnie. Przy czym wzajemne zniesienie kosztów nie obejmuje uiszczanego wpisu, który podlega zwrotowi na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....