

Sygn. akt: KIO 3419/22

POSTANOWIENIE
z dnia 3 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 3 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2022 roku przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Mirosław z siedzibą w Mirosławiu**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu** uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Mirosław z siedzibą w Mirosławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Mirosław w 2023 roku”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 15.12.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00499479.

Dnia 20 grudnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie w prowadzonym postępowaniu złożył wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono w terminie. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu, a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP i dołączył dowód jego uiszczenia do akt odwoławczych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasady uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia. Tymczasem Odwołujący, jako podmiot działający w branży tożsamej z określoną w przedmiocie zamówienia, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. Dodatkowo brak prawidłowego ustalenia i zaniechanie wymagania wykazu instalacji prowadzić może do obarczenia postępowania wadą niemożliwą do usunięcia i zniweczyć trud wykonawcy i koszty poniesione celem przygotowania oferty. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia czy też formułowania obowiązków umownych, w tym kar umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, czym godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto takie postanowienia SWZ prowadzą do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 1, 2 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5) 4 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 j.t. ze zm.), dalej jako „u.c.p.g.” w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 5, pkt 12 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i innych dokumentów zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa regulującymi zasady określenia tego opisu w zakresie tego konkretnego przedmiotu zamówienia poprzez dokonanie opisu przedmiotu w sposób niezgodny z art. 6d ust. 4 pkt 5 ucp, tj. poprzez zaniechanie zawarcie w dokumentacji postępowania wymogu w zakresie wskazania przez wykonawców w treści oferty wykazu instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych, do których wykonawcy prześlą odbierane odpady komunalne. Zaniechanie to może powodować konieczność unieważnienia postępowania w przypadku braku jego usunięcia, ponieważ na późniejszym etapie trwania postępowania zaniechanie będzie trzeba rozumieć jako niemożliwą do usunięcia wadę postępowania (gdyż nie istnieje w przepisach prawa możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu) oraz rzutuje na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, i to nie tylko z tego powodu, że wprost stanowi to naruszenie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (i Pzp przez błędny opis sposobu przygotowania oferty, względnie nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty), ale także i z tego powodu, że narusza to przejrzystość postępowania i równe traktowanie w nim wykonawców, skoro nie można stwierdzić przed wyborem konkretnego wykonawcy, czy jest on w stanie legalnie zagospodarować odbierane odpady, a więc prawidłowo i zgodnie z SWZ wykonać zamówienie publiczne.
2. art. 439 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 9 ust. 5 lit. a) projektu umowy, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, wynosić nie więcej niż 3% wynagrodzenia, 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 i czyni waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną i pozorną, co prowadzi do obejścia przepisów prawa art. 58 kc w zw. z art. 8 ustawy Pzp;
3. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w taki sposób, który uniemożliwia wykonawcom dokonanie prawidłowej wyceny ofert i tym samym powoduje, że oferty będą nieporównywalne w wyniku zaniechania wskazania w dokumentacji postępowania ilości odpadów, które mają być odbierane, transportowane i zagospodarowane, w sytuacji, gdy Zamawiający w pkt 2.2 w taki

sposób opisał przedmiot zamówienia, że wykonawca ma wykonać zagospodarowanie odpadów komunalnych z PSZOK tylko dla wskazanych frakcji bez podania konkretnej lub choćby szacunkowej ilości tych odpadów, przy jednoczesnym wskazaniu, że w pozostałym zakresie odpady mają być tylko odbierane i transportowane. Dodatkowo Zamawiający w pkt 2.2. SWZ wskazuje jedynie na szacunkową ilość odpadów jakie mają być odbierane. W konsekwencji żaden wykonawca nie jest w stanie ustalić jaki ma przyjąć koszt zagospodarowania odpadów pochodzących z PSZOK, Zamawiający przygotował formularz ofertowy, który nie przystaje do tak opisanego przedmiotu zamówienia, co jednocześnie stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia, projektowanych postanowień umowy, formularza ofertowego oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1. zmianę postanowień dokumentacji postępowania, w taki sposób, aby wykonawca wraz z ofertą musiał złożyć wykaz instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych, do których wykonawcy przekażą odbierane odpady komunalne;
2. zmianę postanowień § 9 ust. 5 lit. a projektu umowy poprzez zmianę maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia dokonanej w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia która może wynosić nie więcej niż 3 % na 10 %
3. wskazanie ilości odpadów dla poszczególnych frakcji w zakresie odbioru odpadów od właścicieli oraz wskazanie ilości odpadów dla poszczególnych frakcji w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów oraz zmianę formularza cenowego umożliwiającego wykonawcy wyceny usługi dla każdej frakcji oddzielnie zarówno w zakresie odbioru odpadów jak i zagospodarowania

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp.

Ustalono także, że w aktach postępowania do momentu wydania niniejszego postanowienia nie ujawniono żadnego zgłoszenia przystąpienia. Zamawiający zawiadomił za pomocą środków komunikacji elektronicznej (zamieszczenie na platformie zakupowej, gdzie prowadzone jest postępowanie) wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 21 grudnia 2022 roku, zatem termin na zgłoszenie przystąpień upływał w dniu 27 grudnia 2022 roku.

Ustalono następnie, że 2 stycznia 2023 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 5 stycznia 2023 roku, Zamawiający przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględni odwołanie w całości. Zamawiający poinformował, że dokona czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania, wprowadzając stosowne zmiany do dokumentacji postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy.

Wobec braku przystąpień po stronie Zamawiającego, nie zachodziła konieczność wezwania przystępującego do złożenia sprzeciwu. Skoro tak, to postępowanie odwoławcze mogło zostać umorzone.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił ważnego przystąpienia żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu..*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: