

Sygn. akt: KIO 734/22

POSTANOWIENIE
z dnia 31 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron postępowania w dniu **31 marca 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 marca 2022 roku** przez wykonawcę **ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Miejską Wałcz z siedzibą w Wałczu**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego - **ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy** 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 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 - Gmina Miejska Wałcz z siedzibą w Wałczu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości, które w części stanowią nieruchomość, na której zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomość, na której nie zamieszkują mieszkańcy z terenu miasta Wałcz od 1.05.2022 r. do 30.04.2023 r.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 marca 2022 r. pod nr. 2022/S 045-115950.

Dnia 14 marca 2022 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zmianami; dalej jako: „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia, polegających na:

- niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia,
- niezgodności projektowanych postanowień umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 431 Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp i 471 k.c. oraz art. 16 pkt 3 Pzp oraz art. 3b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888 ze zm.; dalej: u.c.p.g.) i § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które stoją wbrew obowiązkowi współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia, narzucając wykonawcy odpowiedzialność za obliczenie poziomów recyklingu i ponownego użycia w zakresie, w jakim wykonawca nie odpowiada za nie; wykonawca, w związku z podziałem zamówienia na części, może realizować tylko jedną z części zamówienia, a tym samym będzie zagospodarowywał tylko część strumienia odpadów pochodzących z terenu gminy miejskiej Wałcz, a nie całość. W związku z tym działanie Zamawiającego jest nieproporcjonalne i obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością nie za swoje działania lub zaniechania;

(2) art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i brak opisanie sposobu obliczania ceny za odbiór odpadów zmieszanych w ramach Zadania 2., w ramach którego wykonawcy mają odbierać wyłącznie bioodpady;

(3) art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp i art. 431 Pzp oraz 17 ust. 1 Pzp, poprzez obarczenie wykonawcy całością lub znacznym stopniem ryzyka za zmiany zakresu zamówienia, ponieważ projektowane postanowienia umowy zawarte w dokumentach zamówienia (§ 6 ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru Umowy dla Zadania 1 i 2; § 11 ust. 1 pkt 5 Wzoru Umowy dla Zadania 1 i 2; § 11 ust. 9 Wzoru Umowy dla Zadania 1 i 2), a stanowiące integralną część umowy, pozwalają Zamawiającemu na ograniczenie zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości świadczenia stron, co jednocześnie przeczy obowiązkowi współdziałania stron i niekorzystnie wpływa na efektywność udzielanego zamówienia;

(4) art. 433 pkt 1 i 3 Pzp i art. 456 Pzp i art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 471 k.c. oraz art. 353(1) k.c., poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy dla Zadania 1 i 2 § 11 ust. 1 pkt 5, który umożliwia Zamawiającemu odstąpienie od przyszłej umowy wbrew przepisom Pzp i w sposób nieproporcjonalny, co jednocześnie powoduje nierównowagę stron i może prowadzić do odstąpienia od umowy, mimo że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za okoliczności leżące u podstaw odstąpienia, co jednocześnie stanowi naruszenie zasady swobody umów, ponieważ treść tak ukształtowanego postanowienia umownego jest sprzeczna z ustawą i zasadami współżycia społecznego;

(5) art. 434 ust. 1 Pzp i art. 433 pkt 4 Pzp i art. 16 pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 353(1) k.c., poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu odstąpienie od umowy w każdym czasie, wobec czego termin wykonania umowy jest uzależniony od zdarzenia niepewnego, co stanowi nieuprawnione przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności oraz wprowadzenie projektowanych postanowień umownych niezgodnych z art. 433 ust. 4 Pzp;

(6) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 k.c., poprzez zastrzeżenie w dla Zadania 1 i 2: (i) § 10 ust. 1 lit. q) Wzoru Umowy rażąco wygórowanych kar umownych związanych z brakiem przedstawienia potwierdzenia nadania do wysyłki harmonogramów odbioru odpadów komunalnych lub zlecenia, o których jest mowa w ust. 4 OPZ; (ii) § 10 ust. 1 lit. r) Wzoru Umowy kary umownej za każdy przypadek odebrania odpadów od podmiotu nie objętego gminnym systemem gospodarowania odpadami, bez różnicowania czy odbiór nastąpił z przyczyn zawinionych przez wykonawcę czy Zamawiającego, co sugeruje, że Zamawiający zamierza karać za każdą taką sytuację, nawet jeżeli powstała z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy;

oraz (iii) § 10 ust. 1 lit. t) Wzoru Umowy rażąco wygórowanych kar umownych związanych z udostępnianiem nieczytelnego odczytu z kamer zamontowanych w pojeździe odbierającym odpady, uniemożliwiającego identyfikację odbieranych odpadów;

(7) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 5 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 16 pkt. 1-3 Pzp, poprzez sporządzenie Wzoru Umowy (Załącznik nr 6 i 6a do SWZ) w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę z powodu wprowadzenia zbyt krótkich terminów załatwienia skarg/reklamacji oraz ograniczenia waloryzacji umownej odnośnie kosztów o charakterze publicznoprawnym do 50% udowodnionych kosztów;

(8) art. 68a i 68b ustawy o elektromobilności, poprzez brak zapewnienia w tym postępowaniu odpowiednich pojazdów spełniających wymagania tej ustawy, co może skutkować wygaśnięciem zawartej umowy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia przez:

1. zmianę pkt 7.2 OPZ (załącznik 5 i 5a do SWZ) oraz § 4 ust. 11 załącznika nr 6 i 6a do SWZ Wzór Umowy w następujący sposób:

„Wykonawca odpowiedzialny jest za osiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanych w art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888 ze zm.) lub innego aktu prawnego o charakterze powszechnie obowiązującym, który w trakcie realizacji niniejszej umowy będzie określał wymagany poziom recyklingu wyłącznie w odniesieniu do ilości odpadów przyjętych przez Wykonawcę do zagospodarowania”;

2. określenie liczby oraz rodzaju pojemników i worków, które wykonawca będzie zobowiązany w ramach realizacji umowy dostarczyć w ramach realizacji umowy;

3. usunięcie w załączniku 5, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia dla zadania 1 informacji o częstotliwości odbioru bioodpadów;

4. usunięcie z § 4 ust. 20 z załącznika nr 6a do SWZ Wzór Umowy (Zadanie 2) następującego zwrotu:

„Wykonawca ma obowiązek na podstawie art. 6k ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgłoszenia Zamawiającemu przypadków nieselektywnego zbierania odpadów. Zdarzenia takie powinny być udokumentowane w formie pisemnej (protokół zawierający adres, opis danego przypadku, dane pracowników stwierdzających ten fakt) oraz fotograficznej (zdjęcia wysłane drogą mailową, stanowiące załącznik do protokołu, na których widać dane nieprawidłowości). Odpady powinny być gromadzone według wymogów opisanych w aktualnej uchwale Rady Miasta Wałcz w sprawie przyjęcia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Wałcz. W przypadku rażących nieprawidłowości Wykonawca może odebrać takie odpady jako odpady zmieszane.

Wykonawca ma także obowiązek powiadomić o takim zdarzeniu właściciela nieruchomości, której dotyczy przypadek nieselektywnego gromadzenia odpadów. Informacja taka powinna być zwięzła i zrozumiała dla właściciela (forma dowolna, ale musi być zaakceptowana przez Zamawiającego)".

5. usunięcie następujących postanowień Wzoru Umowy:

– § 6 ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru Umowy dla Zadania 1 i 2,

– § 11 ust. 1 pkt 5 Wzoru Umowy dla Zadania 1 i 2,

– § 11 ust. 9 Wzoru Umowy dla Zadania 1 i 2,

ewentualnie zmianę § 11 ust. 9 Wzoru Umowy dla Zadania 1 i 2 w następujący sposób:

„Każda ze stron ma prawo do wypowiedzenia umowy, w każdym czasie, z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego w przypadku wystąpienia ważnych powodów uzasadniających wypowiedzenie umowy po stronie wypowiadającej, o których strona wypowiadająca jest obowiązana zawiadomić drugą stronę na piśmie pod rygorem nieważności”.

6. usunięcie kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 lit. q) Wzoru Umowy (Zadanie 1 i 2), ewentualnie obniżenie tej kary umownej do 200 zł,

7. zmianę § 10 ust. 1 lit. r) Wzoru Umowy (Zadanie 1 i 2), w następujący sposób:

za każdy przypadek odebrania odpadów od podmiotu nie objętego gminnym systemem gospodarowania odpadami z winy Wykonawcy - karę umowną w wysokości 500,00 zł;

8. obniżenie kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 lit. q) Wzoru Umowy (Zadanie 1 i 2) do 100 zł;

9. zmianę pkt. 10.2. OPZ (załącznik nr 5 i 5a do SWZ), następujący sposób:

„Rozpatrywanie skarg i reklamacji (dotyczących odbioru odpadów) przekazywanych przez Zamawiającego poprzez drogę mailową lub telefoniczną w tym samym dniu roboczym. Wykonawca najpóźniej do godz. 13 następnego dnia roboczego 3 dni roboczych, ma obowiązek przekazać Zamawiającemu wykaz (poprzez e-mail) przyjętych i rozpatrzonych w dniu wcześniejszym skarg i reklamacji. Wykaz ten powinien zawierać: adres nieruchomości, treść skargi lub reklamacji oraz sposób załatwienia sprawy”.

10. zmianę § 7 ust. 15 Wzoru Umowy (Zadanie 1 i 2) w następujący sposób:

„W ramach waloryzacji wynagrodzenia, Zamawiający zobowiązuje się do pokrycia maksymalnie 100% zwiększonych w wyniku zmian, o których mowa w ust. 13, kosztów wykonania zamówienia”.

11. wprowadzenie do SWZ wymogu posiadania przez wykonawcę pojazdów, zgodnie z wymaganiami (8) art. 68a i 68b ustawy o elektromobilności.

W zakresie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący podał, że zarzuca Zamawiającemu uchybienia w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia,

w tym w zakresie nieuwzględnienia w zakresie zamówienia odbierania odpadów, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów u.c.p.g. Jeżeli na etapie ogłoszenia postępowania, postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów postępowania są określone w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, a w konsekwencji utrudniający złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, to godzą w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Podobnie niezgodne z przepisami p.z.p. projektowane postanowienia umowne. Prowadzi to do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty korzyści z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania 4 marca 2022 r., w związku z powyższym termin do wniesienia tego odwołania został zachowany. Kopia tego odwołania została przesłana Zamawiającemu 14 marca 2022 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, chce złożyć ofertę w ogłoszonym postępowaniu. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego Wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której pierwotnie uwzględnił zarzuty nr 1, 3, 5, 7, 8 oraz 10. Zamawiający oświadczył, że dokonał wnioskowanych przez Odwołującego zmian zapisów w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Następnie w dniu 30 marca 2022 roku Zamawiający poinformował o dokonaniu kolejnej zmiany SWZ i częściowym uwzględnieniu zarzutów.

Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego w zakresie zapewnienia wykonywania usługi od dnia 1 stycznia 2023 r. z wykorzystaniem odpowiedniego procenta pojazdów elektrycznych lub zasilanych gazem ziemnym. Wobec faktu, że spełnienie tego warunku nie jest możliwe do weryfikacji na etapie oceny oferty

Zamawiający wprowadził do § 4 wzoru umowy obowiązek w zakresie wykazania przez Wykonawcę faktu posługiwania się przy wykonywaniu zamówienia tego rodzaju pojazdami. Zamawiający uznaje, że Wykonawca powinien wykazać posługiwanie się tego typu pojazdami do dnia 30 września br. Taki termin pozwoli na przygotowanie odpowiednio zbilansowanej floty każdemu podmiotowi ubiegającemu się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający obwarował niewykonanie tego obowiązku dodając do § 11 ust. 1 umowy pkt 7 zawierający dodatkową przesłankę uprawniającą do odstąpienia od umowy.

Jednocześnie w odniesieniu do tej przesłanki Zamawiający w ust. 2 § 11 przewidział dłuższy, bo 90 dniowy termin na skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy. Taki zapis podyktowany jest z jednej strony dążeniem do zachowania trwałości umowy, a z drugiej zabezpieczeniem Zamawiającego przed skutkami odstąpienia od umowy.

Dodatkowo Zamawiający przychylił się do wniosku Odwołującego w zakresie zmiany zapisów w § 11 ust. 9 wzoru umowy dla zadania 1 i 2 w następujący sposób:

Każda ze stron ma prawo do wypowiedzenia umowy, w każdym czasie, z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego w przypadku wystąpienia ważnych powodów uzasadniających wypowiedzenie umowy po stronie wypowiadającej, o których strona wypowiadająca jest obowiązana zawiadomić drugą stronę na piśmie pod rygorem nieważności.

Odwołujący w dniu 30 marca 2022 roku złożył oświadczenie o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania, w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Oświadczenie podpisała osoba upoważniona do działania w imieniu Odwołującego.

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 części, Odwołujący w pozostałym zakresie wycofał zarzuty odwołania, a 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. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 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.*

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....