

Sygn. akt: KIO 1575/20

POSTANOWIENIE
z dnia 18 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Renata Tubisz
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron w dniu **18 sierpnia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 lipca 2020 roku** przez Odwołującego - wykonawcę **SUEZ Zachód Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: dwudziestu siedmiu tysięcy złotych zero groszy) stanowiących 90% kwot uiszczonych wpisów dla odwołań na rzecz wykonawcy **Odwołującego - SUEZ Zachód Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu****

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 10 lipca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **SUEZ Zachód Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (dalej „Odwołujący” lub „SUEZ”)

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole” prowadzi Zamawiający: **Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 03/03/2020 pod numerem ogłoszenia 2020/S 044-104364.

Odwołanie złożono wobec treści SIWZ, w tym dokonanych modyfikacji SIWZ w dniu 30 czerwca i 3 lipca 2020 roku.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 38 ust. 4 pzp, 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3 pzp, art. 7 pzp, art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc i 487 § 2 kc - poprzez nałożenie na wykonawcę w Rozdz. II pkt 2 Szczegółowych warunków umowy (dalej „**SWU**”):

1) obowiązku dzierżawy pojemników od poprzedniego wykonawcy, a następnie magazynowania ich we własnym zakresie, na terenie własnej bazy magazynowo transportowej i przetransportowania ich do bazy poprzedniego wykonawcy dopiero po wymianie wszystkich pojemników będących przedmiotem dzierżawy na terenie danego sektora;

2) obowiązku przeprowadzania inwentaryzacji pojemników poprzedniego wykonawcy przed upływem okresu dzierżawy;

3) odpowiedzialności za pojemniki będące przedmiotem dzierżawy nawet wówczas, gdy uszkodzenia tych pojemników powstały przed rozpoczęciem obsługi sektora a więc zanim na wykonawcę przeszło ryzyko uszkodzenia pojemników,

- tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów świadczenie usługi, naruszający uczciwą konkurencję między wykonawcami, faworyzujący wykonawców obsługujących dany sektor oraz naruszający zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego i znacznie

przekraczający dozwolone ramy zasady swobody umów, co w konsekwencji powoduje niemożliwość skalkulowania ceny oferty i prowadzi do nieporównywalności ofert wykonawców w tym zakresie,

2. art. 353¹ kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp, art. 38 ust. 4 pzp, art. 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3 pzp, art. 7 pzp, art. 36 ust. 1 pkt 12 pzp, poprzez określenie w Rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU, że Zamawiający może dowolnie określić termin i miejsce dodatkowego mycia pojemników - co stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów świadczenia usługi, w tym przewidzenie potencjału technicznego i osobowego niezbędnego do świadczenia usługi, a w konsekwencji powoduje niemożliwość skalkulowania oferty.

3. art. 38 ust. 4 pzp, 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3 pzp, art. 7 pzp, art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc i 487 § 2 kc - poprzez ograniczenie w Rodz. II ust. 7 pkt 7 SWU, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 51 udzieloną w piśmie z dnia 30.06.2020 r., możliwości wykorzystania przez wykonawcę w jednym Miejsca Gromadzenia Odpadów (dalej „MGO”) pojemników odbieranych różnymi mechanizmami załadowniczymi, tj. opisanie zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów świadczenia usługi, naruszający zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego i znacznie przekraczający dozwolone ramy zasady swobody umów, co w konsekwencji powoduje niemożliwość skalkulowania ceny oferty i prowadzi do nieporównywalności ofert wykonawców w tym zakresie.

4. art. 353¹ KC, art 5, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2 KC oraz art. 29 ust. 1 i 2, w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i ukształtowanie Wzoru umowy (a co za tym idzie przyszłego stosunku zobowiązaniowego) w sposób naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, a także w sposób uniemożliwiający wykonawcy prawidłową ocenę ryzyk kontraktowych a w efekcie prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej, polegające na nałożeniu:

a) w §15 ust 2 pkt 14 lit. bb, lit. ee i lit. ff - wzoru umowy rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do ewentualnej szkody Zamawiającego kary umownej na wykonawcę, co prowadzi do naruszenia zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy.

Odwołujący wnosil o:

1) uwzględnienia odwołania;

- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.
- 5)

Odwołujący podniósł, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołanie dotyczy zapisów SIWZ kształtujących sposób świadczenia usługi i zakres odpowiedzialności kontraktowej przyszłego wykonawcy. W konsekwencji interes Odwołującego wyraża się w dążeniu do zmiany zasad sposobu świadczenia usługi oraz zmiany wysokości kar umownych, które - gdyby zostały pozostawione w niezmienionym kształcie - stanowiłyby realną przeszkodę dla obrony interesów wykonawcy realizującego kontrakt. W świetle orzecznictwa (np. wyrok KIO z dnia 28.12.2019 r., sygn. akt KIO 2574/18) nie budzi wątpliwości, iż odwołanie, które ma na celu doprowadzenie zapisów SIWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i podlega rozpoznaniu. Pozostawienie SIWZ w obecnym brzmieniu rodzi ogromne ryzyko po stronie wykonawcy, świadczącego na rzecz Zamawiającego przedmiotowe usługi, poniesienia szkody polegającej przynajmniej na braku możliwości osiągnięcia zakładanego zysku związanego z realizacją zamówienia.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Zamawiający w dniu 17 sierpnia 2020 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględnia zarzut nr 3 odwołania i w powyższym zakresie dokonał zmian SIWZ w dniu 20 lipca 2020 roku. Zamawiający zaznaczył, że zarzuty 1 i 4 (w części dla par. 15 ust.

2 pkt 14 lit. bb) są bezprzedmiotowe, ponieważ w dniu 20 lipca 2020 roku Zamawiający dokonał zmiany zapisów SIWZ.

Wskazano również, że zarzut nr 2 Zamawiający uważa za spóźniony i nie uznaje zasadności części zarzutu nr 4 (par. 15 ust. 2 pkt 14 lit. ee i ff).

Odwołujący SUEZ , w dniu 17 sierpnia 2020 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na 18 sierpnia 2020 roku złożył oświadczenia o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostały złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć poszczególne postępowania odwoławcze, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a 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 2018r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....