

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **15 lutego 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 lutego 2023 r.** przez Odwołującego: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Nekla, ul. Dworcowa 10, 62-330 Nekla**

przy udziale wykonawców **ORDO POZNAŃ Sp. z o.o. Sp. k., ul. Gdyńska 131, 62-004 Czerwonak** oraz **PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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

Dnia 6 lutego 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożyła wykonawca: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław (dalej jako: „Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.” albo „Odwołujący”). Odwołanie zostało podpisane przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 6 lutego 2023 r. udzielonego przez prokurenta oraz C. Z. osoby ujawnione i umocowane do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym do odwołania dokumentem rejestrowym.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie gminy Nekla w okresie od 1 kwietnia 2023 do 31 grudnia 2023 roku*”, numer referencyjny: ZZ.271.2.2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dz. Urz. UE w dniu 27.01.2022 r. pod numerem 2023/S 020-055011 przez Gminę Nekla, ul. Dworcowa 10, 62-330 Nekla zwaną dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej „*NPzp*” albo „*PZP*” albo „*ustawy Pzp*”.

Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 436 pkt 3 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie dokumentów zamówienia, tj. § 11 lit. a, b, c, d, f, g, h projektowanych postanowień umowy (w zakresie dotyczącym kar umownych) w sposób, który powoduje — nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego — uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady:

a) proporcjonalności poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakiemu służyć ma kara umowna;

b) równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych;

c) obowiązku wskazania łącznej maksymalną wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony oraz terminu, do którego Zamawiający ma prawo nałożyć kary umowne na Wykonawcę;

co stanowi także naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez ustalenie warunków zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

2. art. 134 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 6d ust 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „ucpg”) poprzez zaniechanie ustalenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który byłby zgodny z art. 6d ust 4 pkt 5 ucpg, tj. obarczenie postępowania wadą w postaci ustalenia dokumentów postępowania w sposób niezgodny z ustawą ucpg, czyli zaniechanie obowiązku wymagania od Wykonawców aby wraz z ofertą podali instalacje w jakich zagospodarowywane będą odpady komunalne, przy jednoczesnym nieprawidłowym opisanie warunku udziału w postępowaniu (**art. 112 ust. 1 ustawy Pzp**) w zakresie dotyczącym nadmiernego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia obowiązku dysponowania przez Wykonawcę instalacjami dla każdego kodu odpadu objętego przedmiotem zamówienia, co stanowi ewidentne naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Mając powyższe na uwadze, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w niniejszym odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1. nakazaniu Zamawiającemu zmiany postanowień § 11 projektu umowy, w taki sposób, aby uzyskał brzmienie, na podstawie którego możliwe będzie ustalenie:

a) maksymalnej wysokości kar umownych których mogą dochodzić strony, przy czym Wykonawca wskazuje, że wysokość ta nie powinna być wyższa niż 20 % wynagrodzenia umownego brutto;

b) przedziału czasowego, w którym Zamawiający będzie miał prawo nałożyć na Wykonawcę karę umowną, przy czym termin ten nie powinien być dłuższy niż 14 dni od daty zdarzenia stanowiącego podstawę do nałożenia kary umownej i zastrzeżenie, że kary umowne nakładane w związku z tym zdarzeniem nie mogą być nakładane za jedno zdarzenia na różnych podstawach;

c) zmniejszenia kar umownych wskazanych w § 12 projektu umowy w sposób następujący:

§11 Kary umowne:

<p>1. Zamawiającemu przysługują od Wykonawcy kary umowne w poniższych przypadkach i wysokościach:</p>	<p>Obecna wys. Kary obliczona na podstawie szacunkowej wartości zamówienia zgodnie z planem zamówień publicznych na 2023 rok, tj. od kwoty 2.877.763,49</p>	<p>Wniosek o zmianę na: (kwota obliczona na podstawie szacunkowej wartości zamówienia podzielonej przez 9 miesięcy realizacji, podzielonej przez podaną przez Zamawiającego liczbę gospodarstw objętych zamówieniem zaokrąglona „w górę”, a dla kar z pkt f i g podzielona przez 2</p>
<p>a) 0,5 % kwoty brutto określonej w §3 ust. 4 umowy za każdy dzień zwłoki w terminowym odebraniu odpadów z każdego miejsca gromadzenia odpadów na terenach budownictwa jednorodzinnego,</p>	<p>14 388,82 zł</p>	<p>150, 00 zł</p>
<p>b) 0,5 % kwoty brutto określonej w §3 ust. 4 umowy za każdy dzień zwłoki w terminowym odebraniu odpadów z każdego miejsca gromadzenia odpadów na terenach budownictwa wielorodzinnego,</p>	<p>14 388,82 zł</p>	<p>150,00 zł</p>
<p>c) 0,5 % kwoty brutto określonej w §3 ust. 4 umowy za każdy zgłoszony Zamawiającemu przypadek braku terminowego odbioru odpadów wystawionych przed nieruchomości w odległości max 5 m od granicy posesji,</p>	<p>14 388,82 zł</p>	<p>150,00 zł</p>

<p>d) 0,5 % kwoty brutto określonej w §3 ust. 4 umowy za każdy zgłoszony Zamawiającemu przypadek braku zwrotu pojemnika i/lub worków po odbiorze odpadów przed nieruchomości w odległości max 5 m od granicy posesji,</p>	<p>14 388,82 zł</p>	<p>150,00 zł</p>
<p>f) 2% kwoty brutto określonej w §3 ust. 4 umowy w przypadku, gdy Wykonawca wraz z fakturą nie przekaze Zamawiającemu miesięcznej ewidencji nieruchomości, z których zostały odebrane zmieszane i selektywnie zebrane odpady wraz z wskazaniem ilości odebranych</p>	<p>57 555,27 zł</p>	<p>70,00 zł</p>

odpadów,		
g) 1% kwoty brutto określonej w §3 ust. 4 umowy w przypadku, gdy Wykonawca nie poinformuje pisemnie Zamawiającego w ciągu 2 dni o nierealizowaniu przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego gromadzenia odpadów, za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek,	28 777,63 zł	70,00 zł
h) 1% kwoty brutto określonej w §3 ust. 4 umowy za niezrealizowanie „reklamacji” (uszkodzenie pojemnika na odpady, nieodebranie z nieruchomości odpadów zgodnie z harmonogramem, niepozostawienie worków na odpady segregowane itp.) w ciągu 24 godzin od otrzymania zawiadomienia e-mailem od Zamawiającego, za każdy stwierdzony przypadek,	28 777,63 zł	150,00 zł

2. nakazanie Zamawiającemu wymagania wskazania przez Wykonawcę w ofercie instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w jakich Wykonawca zamierza dokonać zagospodarowania odpadów wraz z ofertą;

3. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia warunku udziału w postaci dysponowania instalacjami przetwarzającymi odpady komunalne w celu wykonania zamówienia publicznego (Rozdział VI pkt 2 lit. d tiret drugi)

nakazanie Zamawiającemu, aby jak przewiduje ucpg, dopuścił możliwość przekazania odpadów do podmiotu zbierającego, jeżeli miesięczna ilość odpadów nie przekracza 10 ton (min. ilość odpadów, optymalna do transportu do instalacji, których odległość od gminy w niektórych przypadkach może wynosić kilkadziesiąt lub w skrajnych przypadkach kilkaset km);

Wnioski o dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia obejmują także zmiany wprost w żądaniu niewskazane, ale konieczne do

wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” opublikowanych - 27 stycznia 2023 r. (<https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/tenders/ocds-148610-83cad3bb-9e85-11ed-9236-36fed59ea7dd>.)

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania (e-mailem tego samego dnia, jak odwołanie) wraz z załącznikami Zamawiającemu.

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

Zamawiający w dniu 8 lutego 2023 r. (<https://nekla.nowoczesnagmina.pl/kategorie/171-2023/artykuly/430-odbior-transport-i-zagospodarowanie-odpadow-komunalnych-pochodzacych-z-nieruchomosci-zamieszkalych-polozonych-na-terenie-gminy-nekla-w-okresie-od-1-kwietnia-2023-do-31-grudnia-2023-roku?lang=PL>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10 lutego 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ORDO POZNAŃ Sp. z o.o. Sp. k., ul. Gdyńska 131, 62-004 Czerwonak zwany dalej: „ORDO POZNAŃ Sp. z o.o. Sp. k.” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 6 lutego 2023 r. udzielonego przez P.Z. komplementariusza, tj. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonymi dokumentami rejestrowymi. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: ORDO POZNAŃ Sp. z o.o. Sp. k.

W dniu 13 lutego 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław zwany dalej: „PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o.” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez C. Z., tj. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym dokumentem rejestrowym. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o.

W dniu 13 lutego 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że uwzględnienia w całości zarzuty odwołania.

Stwierdził, że: „(...) *nawiązaniu do odwołania z dnia 06.02.2023 r. wniesionego przez Wykonawcę: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, informuję, że na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) uwzględniamy w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym przez ww. Wykonawcę. (...)*”. Odpowiedź została podpisana przez Burmistrza Gminy Nekla.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że 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. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze

zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....