

POSTANOWIENIE
z dnia 5 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 5 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Kluczbork**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Kluczbork prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 111-252990. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu oraz treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) opublikowane zostały w dniu 13 czerwca 2018 r.

W dniu 25 czerwca 2018 r. wykonawca FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 14 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego („KC”) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący oraz poprzez zapis rozdziału 6 pkt 13) i 14) załącznika nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim Zamawiający wprowadził wymóg zapewnienia zagospodarowania przez Wykonawcę odpadów w latach 2021 i 2022 zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w sytuacji gdy nie są jeszcze znane poziomy recyklingu, które będą obowiązywały w latach 2021 i 2022;
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC i art. 487 § 2 KC oraz art. 142 ust. 5 PZP poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:
 - a) w § 4 lit. k wzoru umowy Zamawiający narzucił zobowiązanie rezultatu uzależnione od aktywności oraz woli poszczególnych mieszkańców;
 - b) w § 8 ust. 10 wzoru umowy Zamawiający wyłączył jakąkolwiek możliwość zmiany cen jednostkowych w całym 48-miesięcznym okresie realizacji zamówienia publicznego;

- c) w § 14 ust. 2 wzoru umowy zawarł błędne odwołanie oraz zawęził zakres przypadków mogących uzasadniać zmianę wynagrodzenia umownego wykonawcy (co i tak pozostaje w sprzeczności z brzmieniem § 8 ust. 10 wzoru umowy) w odniesieniu do realiów przedmiotowego zamówienia;
- d) w § 12 ust. 2 lit. b)-h) wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane i nieadekwatne kary umowne, stanowiące w istocie mechanizm dodatkowego dochodu dla Zamawiającego;
- e) w pkt. 12 rozdziału 4 OPZ Zamawiający przyznał sobie prawo żądania przeprowadzenia interwencyjnego odbioru, poza określonymi harmonogramami, w ramach zwykłego wynagrodzenia wykonawcy.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. skrócenie terminu na jaki jest udzielane zamówienie publiczne do 2 lat (tj. od 1.01.2019 r. do 31.12.2020 r.);
2. wykreślenia § 4 lit. k) wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ)
3. wykreślenia § 8 ust. 10 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ);
4. zmiany dotychczasowej treści § 14 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) poprzez nadanie mu brzmienia wskazanego w odwołaniu;
5. zmiany dotychczasowej treści § 12 ust. 2 lit. b)-h) wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) poprzez nadanie im brzmienia wskazanego w odwołaniu;
6. w rozdziale 2 pkt 10 OPZ zamienić słowo „wyposażenie” na „możliwość wyposażenia”;
7. przeniesienia dotychczasowej treści pkt 12 rozdziału 4 OPZ do rozdziału 7 OPZ jako nowego pkt 8 w tym rozdziale oraz dokonania odpowiednich zmian w treści wzoru oferty oraz § 8 wzoru umowy;
8. dokonania odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu będących konsekwencją pkt 1-6 powyżej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 Ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 3 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, w którym poinformował on, iż cofa zarzuty odwołania w zakresie, w jakim nie zostały one uwzględnione przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania. Uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego Odwołujący wywodził z

udzielonych przez Zamawiającego w dniach 26 czerwca 2018 r. oraz 2 lipca 2018 r. wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz dokonanych w konsekwencji zmian treści SIWZ. Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie i nie zajął w postępowaniu odwoławczym stanowiska w przedmiocie uwzględnienia zarzutów odwołania. Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 5 lipca 2018 r. nikt się nie stawił.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 187 ust. 8 Ustawy Pzp z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania. Zgodnie z treścią tego przepisu Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Skuteczne skorzystanie przez Odwołującego z przysługującej mu czynności dyspozytywnej jaką jest wycofanie odwołania powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania stanowi nieograniczone uprawnienie Odwołującego, które znosi wszelkie skutki prawne związane z wniesieniem odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania złożył pełnomocnik Odwołującego, umocowany do reprezentacji zgodnie z dokumentami załączonymi do odwołania, tj. pełnomocnictwem oraz informacją odpowiadającą aktualnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie Ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 187 ust. 8 Ustawy Pzp zdanie drugie oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Mając na względzie fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

