

Sygn. akt: KIO 1751/15

POSTANOWIENIE
z dnia 25 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 25 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Remondis Sp. z o. o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gminę Aleksandrów Łódzki, Plac Kościuszki 2, 95-070 Aleksandrów Łódzki,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Remondis Sp. z o. o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1751/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Aleksandrów Łódzki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki”
Odwołanie z dnia 14 sierpnia 2015 r. zostało wniesione przez wykonawcę REMONDIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Warszawy [Odwołujący], w którym zarzuty skierowano wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podnosząc w szczególności zarzut naruszenia art. 7 ust.1 w zw. z art. 22 ust.1 oraz ust.4 i 5 Pzp, art. 29 ust.2 w zw. z art. 7 ust.1 Pzp oraz art. 5 w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 36b Pzp z uwagi – zdaniem wykonawcy - na:

1. niezgodne z przepisami Pzp sprecyzowanie warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (pkt IV 1.1) b) SIWZ; pkt III.2. 1) b) ogłoszenia) - wskazanie, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, posiadający zezwolenie na transport odpadów komunalnych zgodnie z ustawą o odpadach w zakresie objętym przedmiotem zamówienia bez sprecyzowania, co Zamawiający rozumie przez „zakres objęty przedmiotem zamówienia”;
2. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie dostatecznie dokładnie - wskazanie na str. 6 SIWZ oraz w Ogłoszeniu, że „Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany ilości nieruchomości, z których będą odbierane odpady komunalne. Ich ilość może wzrosnąć lub zmaleć w ciągu realizacji zamówienia, w zależności od deklaracji, jakie zostaną złożone przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych, o których mowa w art. 6m ust 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”;
3. niezgodne z przepisami ustawy uregulowanie we wzorze umowy stanowiącym zał. nr 10 do SIWZ kwestii możliwości odstąpienia od umowy - rażące naruszenie zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz przekroczenie zasady swobody umów w zakresie:
 - 1) § 16 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy, który daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w razie nierozpoczęcia przez wykonawcę w pełnym zakresie wykonywania przedmiotu zamówienia bez uzasadnionej przyczyny pomimo wezwania Zamawiającego;
 - 2) § 16 ust. 2 pkt 3) wzoru umowy, który daje zamawiającemu ma prawo odstąpienia od umowy w razie „zaniechania realizacji umowy przez kolejnych 7 dni kalendarzowych”;
 - 3) § 16 ust. 2 pkt 4) wzoru umowy, który daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w razie „niewykonywania przez Wykonawcę obowiązków wynikających z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”;

- 4) § 16 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy, który daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w razie „nie realizowania usług zgodnie z postanowieniami umowy i brak poprawy tego stanu rzeczy pomimo wezwania zamawiającego;
 - 5) § 16 ust. 3 pkt 2) wzoru umowy, który daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w razie „w przypadku naliczenia kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia miesięcznego należnego Wykonawcy za usługi świadczone w danym miesiącu”;
 - 6) § 16 ust. 3 pkt 3) wzoru umowy, który daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w razie, „gdy Wykonawca znajduje się w stanie zagrażającym niewypłacalnością lub przechodzi w stan likwidacji w celach innych niż przekształcenia lub połączenia się z innym przedsiębiorstwem;
 - 7) § 16 ust. 3 pkt 4) wzoru umowy, który daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w razie, gdy zostanie wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy lub gdy zostanie wszczęte postępowanie egzekucyjne w stopniu uniemożliwiającym realizację umowy;
 - 8) § 16 ust. 5 wzoru umowy, który stanowi, że odstąpienie od umowy Wykonawca jest zobowiązany uzasadnić pisemnie. Jest ono dopiero skuteczne, jeżeli Wykonawca wyznaczył Zamawiającemu stosowny termin (nie krótszy niż 7 dni) do wypełnienia postanowień umowy i poinformował go, że po bezskutecznym upływie tego terminu odstąpi od umowy”;
4. niezgodne z przepisami ustawy uregulowanie w § 15 ust. 1 i 2 wzoru umowy kwestii obowiązków wykonawcy dotyczących ubezpieczenia - pomylenie pojęć skutkujące niemożliwością wykonania wskazanych zapisów, a wobec sankcjonowania niewykonania wskazanych obowiązków wykonawcy nałożeniem kar umownych czy odstąpieniem od umowy uregulowanie to w sposób rażący narusza zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz wykracza poza zasadę swobody umów;
 5. niezgodne z przepisami ustawy uregulowanie w § 18 ust. 2 pkt 2) in fine wzoru umowy kwestii odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka za brak rejestracji trasy pojazdów, który to zapis w sposób rażący narusza zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz wykracza poza zasadę swobody umów;
 6. niezgodne z przepisami ustawy uregulowanie w § 18 ust. 3 wzoru umowy ograniczenia możliwości żądania przez wykonawcę od zamawiającego kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego tylko w razie odstąpienia od umowy przez wykonawcę, podczas gdy w § 18 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy zamawiający ma uprawnienie do żądania od wykonawcy zapłaty kary umownej w razie odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy niezależnie od tego, która strona złoży oświadczenia o odstąpieniu od umowy;

7. niezgodne z przepisami ustawy uregulowanie w § 20 ust. 5 wzoru umowy zasad dostępu osób trzecich do przetwarzania danych osobowych skutkujące m.in. koniecznością uzyskania zgody zamawiającego na konkretnego podwykonawcę;
8. niezgodne z przepisami ustawy sprecyzowanie obowiązku posiadania przez wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności przed podpisaniem umowy i na etapie jej realizacji (w pkt 1.3.30.1 i 1.3.30.2. SIWZ, § 3 ust. 1 pkt 1 i 4 wzoru umowy) naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

- 1) zmianę pkt IV 1.1) b) SIWZ; pkt III.2. 1) b) Ogłoszenia o zamówienie i wskazanie, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy „posiadający zezwolenie na transport odpadów komunalnych zgodnie z ustawą o odpadach, co najmniej w zakresie rodzajów odpadów wskazanych w pkt 1.2.1. SIWZ, tj.: a) zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych 20 03 01, b) odpadów ulegających biodegradacji (bioodpadów) 20 01 08, c) papieru 20 01 01, 15 01 01, d) metalu 20 01 40, 15 01 04, ex 15 01 06, e) tworzyw sztucznych 20 01 39, 15 01 02, ex 15 01 06, f) szkła i opakowań szklanych 20 01 02, 15 01 07, g) opakowań wielomateriałowych 15 01 05, ex 15 01 06, h) odpadów zielonych 20 02 01, i) mebli i innych odpadów wielkogabarytowych 20 03 07, j) zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego 20 01 35*, 20 01 36, k) przeterminowanych leków 20 01 31 *, 20 01 32";
- 2) doprecyzowanie postanowień na str 6 SIWZ i zapisanie, że „Zamawiający dopuszcza zmianę ilości nieruchomości, z których będą odbierane odpady komunalne. Ich ilość może wzrosnąć lub zmaleć w ciągu realizacji zamówienia, w zależności od deklaracji, jakie zostaną złożone przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych, o których mowa w art. 6m ust 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zwiększenie ilości punktów adresowych w zabudowie jednorodzinnej, o co najmniej 10 lub altan, o co najmniej 10 lub punktów zabudowy wielorodzinnej, o co najmniej 1 w porównaniu z opisem przedmiotu zamówienia stanowi podstawę do zmiany umowy poprzez proporcjonalne zwiększenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy";
- 3) zmianę § 16 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy i wskazanie, że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w razie „nierozpoczęcia przez wykonawcę w pełnym zakresie wykonywania usług odbioru i zagospodarowania odpadów bez uzasadnionej przyczyny pomimo wezwania Zamawiającego";
- 4) zmianę § 16 ust. 2 pkt 3) wzoru umowy i wskazanie, że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w razie „zaniechania realizacji przez wykonawcę usług odbioru i zagospodarowania odpadów przez kolejnych 7 dni kalendarzowych;

- 5) zmianę § 16 ust. 2 pkt 4) wzoru umowy i wskazanie, że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w razie „stwierdzenia, co najmniej trzykrotnego niewykonywania przez Wykonawcę podstawowych obowiązków wynikających z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w szczególności nie wypełniania obowiązków sprawozdawczych, nie odbierania odpadów, niezgodnego z ustawą mieszania odpadów, pomimo każdorazowego wezwania do wykonania obowiązków w dodatkowym terminie pod rygorem odstąpienia od umowy”;
- 6) zmianę § 16 ust. 2 pkt 5) wzoru umowy i wskazanie, że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w razie „zaprzestania realizowania usług przez Wykonawcę przez okres, co najmniej 21 dni, po bezskutecznym upływie wyznaczonego przez Zamawiającego dodatkowego terminu na podjęcie obowiązków pod rygorem odstąpienia od umowy”;
- 7) zmianę § 16 ust. 3 pkt 2) wzoru umowy i wskazanie, że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy „w przypadku naliczenia kar umownych za uchybienia popełnione w danym miesiącu w wysokości, co najmniej 50 % wysokości wynagrodzenia za ten miesiąc;
- 8) usunięcia przepisu § 16 ust. 3 pkt 3) wzoru umowy lub jego zmiany w sposób umożliwiający Zamawiającemu odstąpienie od umowy „w razie zawarcia przez wykonawcę układu uniemożliwiającego wykonywanie podstawowych obowiązków umownych”;
- 9) zmianę § 16 ust. 3 pkt 4) wzoru umowy i wskazanie, że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w sytuacji „przeprowadzenia egzekucji z majątku Wykonawcy, która uniemożliwi prawidłową realizację zadań związanych z przedmiotowym zamówieniem”;
- 10) zmianę § 16 ust. 5 wzoru umowy i wskazanie, że „odstąpienie od umowy strona jest zobowiązana uzasadnić pisemnie. Jest ono dopiero skuteczne, jeżeli strona wyznaczyła drugiej stronie stosowny termin (nie krótszy niż 7 dni) do wypełnienia postanowień umowy i poinformowała ją, że po bezskutecznym upływie tego terminu odstąpi od umowy”;
- 11) zmianę § 15 wzoru umowy i usunięcie ustępu 2;
- 12) zmianę § 18 ust. 2 pkt 2 in fine wzoru umowy i wskazanie, że „brak rejestracji trasy przejazdu z przyczyn zawinionych przez wykonawcę będzie równoznacznie traktowany jak brak odbioru lub odebranie odpadów z nieruchomości objętej obowiązkiem odbierania odpadów w terminie niezgodnym z harmonogramem”;
- 13) zmianę §18 ust 3 wzoru umowy i wskazanie, że „wykonawca ma prawo żądania od Zamawiającego zapłaty kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 10% wartości łącznego

wynagrodzenia brutto określonej w §14 ust. 3, z zastrzeżeniem, iż nie dotyczy to sytuacji wskazanej w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych";

- 14) usunięcia § 20 ust. 5 wzoru umowy;
- 15) zmianę zapisów pkt 1.3.30.1 i 1.3.30.2. SIWZ, § 3 ust. 1 pkt 1 i 4 wzoru umowy i wskazanie, że wymagany wpis do rejestru działalności regulowanej zezwolenie na zbieranie, przetwarzanie odpadów (odzysk i unieszkodliwianie) lub zbieranie i przetwarzanie odpadów musi uprawniać wykonawcę do wykonywania czynności, co najmniej w zakresie rodzajów odpadów wskazanych w pkt 1.2.1. SIWZ, tj.: a) zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych 20 03 01, b) odpadów ulegających biodegradacji (bioodpadów) 20 01 08, c) papieru 20 01 01, 15 01 01, d) metalu 20 01 40, 15 01 04, ex 15 01 06, e) tworzyw sztucznych 20 01 39, 15 01 02, ex 15 01 06, f) szkła i opakowań szklanych 20 01 02, 15 01 07, g) opakowań wielomateriałowych 15 01 05, ex 15 01 06, h) odpadów zielonych 20 02 01, i) mebli i innych odpadów wielkogabarytowych 20 03 07, j) zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego 20 01 35*, 20 01 36, k) przeterminowanych leków 20 01 31 *, 20 01 32".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 20 sierpnia br podał, że uwzględni odwołanie i zmienia „treść Ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy”. W piśmie tym wskazał na żądanie według odwołania i na sposób zmiany kwestionowanych postanowień. Na posiedzenie wyznaczone na dzień 25 sierpnia br nie stawił się. Stawił się natomiast Odwołujący, którego pełnomocnik potwierdził, że otrzymał powyższe pismo, a w zakresie jego umocowania oświadczył, że zmiany, które zostały przedstawione w tym piśmie wyczerpują żądania wykonawcy zawarte w odwołaniu z dnia 14 sierpnia 2015 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił do dnia posiedzenia żaden wykonawca, a termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 18 sierpnia 2015 r.

Izba na podstawie okoliczności faktycznych sprawy, w tym oświadczenia Odwołującego, stwierdziła, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a zatem na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w tej sprawie. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że odpowiedź, wraz z aktami sprawy została zgodnie z art. 186 ust.1 Pzp złożona na piśmie, a ustawa Pzp nie wymaga, składania przez zamawiającego odrębnego oświadczenia woli o uwzględnieniu odwołania w całości w oparciu o art. 186 ust.2 Pzp.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) i orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

.....