

Sygn. akt: KIO 1311/17

Sygn. akt: KIO 1312/17

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 6 lipca 2017 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2017 roku przez:

1. **Suez Polska sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa,**
2. **W. B., prowadzącego działalność gospodarczą po firmą „Byś” W. B., ul. Wólczyńska 249, 01-919 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stare Babice, ul. Rynek 32, 05-082 Stare Babice**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym na rzecz:
 - 2.1. **Suez Polska sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa,** kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis.
 - 2.2. **W. B., prowadzącego działalność gospodarczą po firmą „Byś” W. B., ul. Wólczyńska 249, 01-919 Warszawa,** kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1311/17

Sygn. akt: KIO 1312/17

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Stare Babice - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwianie) odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Stare Babice. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 czerwca 2017 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 229775-2017-PL. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 14 czerwca 2017r.

W dniu 26 czerwca 2017 roku Odwołujący: Suez Sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 1311/17) oraz W. B., prowadzący działalność gospodarczą po firmą „Byś” W. B. (Sygn. akt KIO 1312/17) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący Suez sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 1311/17) wniósł odwołanie wobec treści punktu 8 ust. 7 ppkt 2 SIWZ, w których Zamawiający wśród wykazu dokumentów niezbędnych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o Zamówienie w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wymaga przedłożenia cyt. *„Aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych o kodach wymienionych powyżej lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. W drugim przypadku wykonawca musi dostarczyć zobowiązanie innego podmiotu, do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, na zasadach określonych w art. 22a ustawy PZP oraz aktualne zezwolenie dla podmiotu udostępniającego zasób na prowadzenie działalności w zakresie odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych o kodach wymienionych powyżej”*.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a Pzp poprzez:

- a. ustalenie i narzucenie wykonawcom, w sposób nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i sprzeczny z PZP oraz Rozporządzeniem, wykazu środków

dowodowych i dokumentów, które wykonawcy zobowiązani są złożyć dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i umożliwienia dokonania oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia tj. poprzez narzucenie wykonawcom, którzy nie dysponują zezwoleniem w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów obowiązku skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego na warunkach przewidzianych w art. 22a PZP tj. poprzez narzucenie ww. wykonawców obowiązku zdobycia potencjału podmiotu trzeciego i bezprawnym oraz bezzasadnym wyeliminowaniu innych dostępnych środków dowodowych, stosowanych powszechnie w praktyce, dla wykazania, iż wykonawca gwarantuje należyte wykonanie Zamówienia, w tym w zakresie zapewnienia odzysku i unieszkodliwiania odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Stare Babice.

- b. *de facto* ograniczenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w postępowaniu do wykonawców dysponujących zezwoleniem na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów wskazanych w pkt 8 ust. 7 ppkt 1 SIWZ i wyeliminowanie szeregu wykonawców, którzy na co dzień realizują zadania w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zbieranych z nieruchomości zamieszkałych i nie zamieszkałych na terenie całego kraju tj. na wyeliminowaniu wykonawców, którzy posiadają niezbędną wiedzę, doświadczenie, zasób ekonomiczny, techniczny i ludzki do należytego wykonania zamówienia, którzy posiadają podpisane umowy gwarantujące odbiór od nich i zapewnienie zgodnego z prawem odzysku lub unieszkodliwiania odpadów o, o których mowa w pkt 8 ust. 7 ppkt 1 SIWZ. W konsekwencji wyłącza możliwość ubiegania się o Zamówienie wykonawcom, którzy dysponują umowami gwarantującymi odzysk lub unieszkodliwienie odpadów tj. Zamawiający ogranicza w sposób niedozwolony zakres środków dowodowych na wykazanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania Zamówienia.
2. art. 22 a Pzp poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych kompetencji będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego w sytuacji, w której PZP dopuszcza możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie w zakresie możliwości korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznych, zawodowych, sytuacji finansowej lub ekonomicznej.
3. art. 7 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców - tj. poprzez ograniczenie kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości i proporcjonalności postępowania z uwagi na ograniczenie środków dowodowych i narzucenie nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia

środków dowodowych, jakich może użyć wykonawca dla wykazania swej zdolności do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o zmianę punktu 8 ust 7 ppkt 2 SIWZ i nadanie mu brzmienia *„Aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych o kodach wymienionych powyżej lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. W drugim przypadku wykonawca dostarczy dokument (np. umowa, oświadczenie) wskazujący na gotowość odbioru od wykonawcy przez podmiot posiadający zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów komunalnych o kodach wymienionych powyżej”*.

Odwołujący – W. B., prowadzący działalność gospodarczą po firmą „Byś” W. B. (Sygn. akt KIO 1312/17) - wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, nieprawidłowym ukształtowaniu postanowień wzoru umowy oraz postanowienia kryteriów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 i ust. 2 Pzp i art. 29 ust. 1 i ust. 2 i art 7 Pzp w zw. z art 353 (1) kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu zawarcia przez wykonawcę zamówienia umowy z mieszkańcem gminy na odbiór dodatkowych ilości odpadów komunalnych ulegających biodegradacji za cenę określoną w ofercie wykonawcy złożonej w niniejszym postępowaniu i przyjęcie, że cena ta stanowić będzie dodatkowe kryterium oceny ofert w sytuacji, gdy kryterium to nie odnosi się do przedmiotu tego zamówienia, sam zaś wymóg zawarcia umów z mieszkańcami gminy na z góry określonych warunkach pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów. Takie kryterium oceny ofert nie prowadzi nadto do wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. art. 91 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez wprowadzenie kryteriów, które jedynie pozornie weryfikują inne elementy oferty wykonawcy niż cena.
3. art. 353(1) k.c., art. 487 § 2 kc i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 Pzp poprzez wprowadzenie nieprecyzyjnych i niejednoznacznych zapisów wzoru umowy dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, w szczególności zaś wprowadzenie różnych kar umownych ził naruszenie tych samych obowiązków umownych, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego oraz poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar

umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, co prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z naturą łączącego ich stosunku oraz zasadami współżycia społecznego. Takie zapisy SIWZ utrudniają nadto konkurencją, tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. usunięcie kryterium oceny ofert: „C7- *Najniższa cena wywozu dodatkowego worka z odpadami ulegającymi biodegradacji (nadwyżka ponad 5 worków określonych w umowie)*” oraz wykreślenie ze wzoru umowy (§ 1 ust. 3 ppkt 1 lit. c) wzoru umowy oraz odpowiednio z zapisów zał. 11 do SIWZ - OPZ zapisu: „W przypadku zgłoszenia przez właściciela posesji potrzeby wywozu większej ilości worków z odpadami ulegającymi biodegradacji niż określona powyżej (nadwyżka ponad 5 worków) wówczas Wykonawca będzie miał obowiązek zawrzeć z. właścicielem zamieszkałej nieruchomości odrębną umowę na wywóz zwiększanej ilości odpadów (nadwyżkę ponad 5 worków) po cenie określonej w ofercie Wykonawcy. Koszty odbioru zwiększonej ilości odpadów ulegających biodegradacji (nadwyżka ponad 5 worków) ponosić będą właściciele nieruchomości, a rozliczenia z tego tytułu nie będą związane z realizacją niniejszej umowy. Właściciele posesji prócz możliwości zawarcia odrębnej umowy z Wykonawcą w zakresie odbierania zwiększonej ilości odpadów ulegających biodegradacji (nadwyżka ponad 5 worków) będą mogli w ramach realizacji mniejszej umowy dostarczyć te odpady samodzielnie i w dowolnej ilości do GPSZOK

i pozostawienie zapisu, że:

„Właściciele posesji będą mogli w ramach realizacji niniejszej umowy dostarczyć odpady zwiększone ilości odpadów ulegających biodegradacji (ponad 5 worków) samodzielnie i w dowolnej ilości do GPSZOKP.

4. usunięcie kryterium oceny ofert: K1 - Najkrótszy: czas reakcji na zgłoszenie reklamacji i wprowadzenie dodatkowego kryterium oceny ofert odnoszącego się w szczególności do aspektów środowiskowych wykonywania zamówienia, względnie zmniejszenie wagi wskazanego kryterium i wprowadzenie dodatkowego kryterium odnoszącego się w szczególności do aspektów środowiskowych wykonywania zamówienia;

2. wykreślenie z § 9 ust. 2 wzoru umowy ppkt 1 lub 2 wskazanie, w jakich dokładnie przypadkach będzie naliczana kara umowna pozostawiona we wzorze umowy (za naruszenie, których postanowień § 1 wzoru umowy) i doprecyzowanie, że kara będzie naliczana za zawinione przez wykonawcę przypadki naruszenia obowiązków umownych;

3. wprowadzenie do § 10 ust 1 wzoru umowy następującego zapisu:

„Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmian do treści zawartej umowy dotyczące zmiany przedmiotu umowy, wynagrodzenia wykonawcy lub zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy w następujących przypadkach” oraz wprowadzenie analogicznych zmian (dopisanie sformułowań „wynagrodzenia wykonawcy w poszczególnych podpunktach wskazanego postanowienia umownego).

Do postępowań odwoławczych, na wezwanie zamawiającego z dnia 27 czerwca 2017 roku, nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 29 czerwca 2017 roku (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 3 lipca) Zamawiający oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym przez Suez sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 1311/17).

Pismem z dnia 28 czerwca 2017 roku (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 4 lipca) Zamawiający oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym przez W. B., prowadzącego działalność gospodarczą po firmą „Byś” W. B. (Sygn. akt KIO 1312/17).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba z urzędu na posiedzeniu bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniach przy jednoczesnym braku zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego, postępowania odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 in fine ustawy 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.

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 ze zm.), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....