

POSTANOWIENIE
z dnia 6 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 6 maja 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wieluń

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Sieradzu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wieluń – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wieluń.”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 073-127830 w dniu 14 kwietnia 2016 roku.

W dniu 25 kwietnia 2016 roku wykonawca Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2167 ze zm.; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) tj.:

1. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:
 - a) transport wszystkich odebranych odpadów ma następować do Regionalnej instalacji zastępczej przetwarzania odpadów komunalnych w Rudzie [pkt 3.4 *Opis przedmiotu zamówienia* ppkt 2) SIWZ], a wykonawca przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do udokumentowania, że posiada umowę z Regionalną instalacją zastępczą do przetwarzania odpadów komunalnych w Rudzie (pkt 14.10 ppkt 3 SIWZ oraz rozdział I, pkt 8 ppkt 3 i 4 OPZ);
 - b) w SIWZ wskazano wymagania, jakie powinna spełniać umowa o podwykonawstwo zawierana pomiędzy wykonawcą, a podmiotem któremu wykonawca powierzy realizację części przedmiotu zamówienia oraz przyznano Zamawiającemu uprawnienie do zgłoszenia zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo (pkt 3.9 ppkt 4 SIWZ);
 - c) cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z SIWZ, jak również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia (12.5 SIWZ);

- d) Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia na żądanie Zamawiającego wszelkich dokumentów potwierdzających wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami i przepisami prawa (rozdział I, pkt 3 ppkt 6 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ, dalej: „SOPZ”);
2. art. 91 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uczynienie jednym z kryteriów oceny ofert - kryterium odległości bazy magazynowo-transportowej od granic Gminy Wieluń o wadze 10%, które to kryterium ma charakter podmiotowy, dotyczy właściwości wykonawcy, a ponadto prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawcę posiadającego bazę magazynowo-transportową na terenie Gminy Wieluń (pkt 13.1 SIWZ);
3. art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:
- a) w § 3 ust. 4 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ (dalej: „wzór umowy”) wskazano, że wykonawca, na każde żądanie Zamawiającego udostępni niezwłocznie (nie później niż w ciągu 3 dni roboczych od otrzymania żądania) wszelkie dane związane z realizacją umowy bez dookreślenia, o jakie dane konkretnie chodzi;
 - b) w § 7 wzoru umowy przewidziano następujące kary umowne:
 - za nieterminowe dostarczenie harmonogramów odbierania odpadów w wysokości 0,1 % wynagrodzenia miesięcznego brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, przy czym nie określono jednocześnie, jaka ilość nieruchomości, do których nie dostarczono w terminie harmonogramu będzie prowadziła do uznania przez Zamawiającego, że doszło do nieterminowego dostarczenia harmonogramów (§ 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy);
 - za naruszenie harmonogramu odbierania odpadów, za wyjątkiem sytuacji, gdy zmiana harmonogramu była uzgodniona z Zamawiającym, w wysokości 100 zł za każdy przypadek naruszenia harmonogramu, przy czym Zamawiający nie określił, co będzie uznawał za naruszenie harmonogramu (§ 7 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy);

- za przestanie Zamawiającemu sprawozdania miesięcznego niekompletnego - nierzetelnego w wysokości 100 zł za każdy stwierdzony przypadek, przy czym nie określono, jakie braki lub błędy występujące w sprawozdaniu będą prowadziły do uznania, że jest ono niekompletne lub nierzetelne (§ 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy);
 - za nieterminowe dostarczenie pojemników do obsługi systemu w wysokości 0,2 % wynagrodzenia miesięcznego brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, przy czym nie wskazano jednocześnie czy za nieterminowe dostarczenie pojemników zostanie uznane niedostarczenie ich już do jednej nieruchomości czy też niedostarczenie ich do większej liczby nieruchomości (§ 7 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy);
 - w przypadku właścicieli nieruchomości zabudowy jednorodzinnej i zagrodowej oraz zabudowy wielorodzinnej w przypadku braku wspólnej altany - zastawy śmietnikowej - (dla każdego Lokalu mieszkalnego) - za niedostarczenie worków do obsługi systemu w wysokości 100 zł za każdy stwierdzony przypadek, która jest karą nadmiernie wygórowaną (§7 ust. 11 lit. a) wzoru umowy);
- c) nie przewidziano procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy (§ 7 ust. 5);
- d) przyznano Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy:
- zostanie ogłoszona upadłość lub rozwiązanie firmy wykonawcy - odstąpienie od umowy w tym przypadku może nastąpić w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach (§9 ust. 1 pkt 1 lit b) wzoru umowy);
 - zostanie wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy - odstąpienie od umowy w tym przypadku może nastąpić w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach (§9 ust. 1 pkt 1 lit c) wzoru umowy);
 - wykonawca wstrzymał świadczenie usług na okres dłuższy niż 3 dni - odstąpienie od umowy w tym przypadku może nastąpić w terminie 7 dni po upływie wyznaczonego terminu bez dodatkowych wezwań (§9 ust. 1 pkt 1 lit e) wzoru umowy);
 - wykonawca przy realizacji umowy narusza obowiązujące przepisy - odstąpienie od umowy w tym przypadku może nastąpić w terminie 7

dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach (§9 ust. 1 pkt 1 lit f) wzoru umowy);

- e) W przypadku upływu terminu ważności polisy w trakcie realizacji umowy, wykonawca zobowiązuje się bez wezwania Zamawiającego do przedłożenia Zamawiającemu, najpóźniej w dniu ustania ważności poprzedniej polisy, aktualnej polisy ubezpieczeniowej na dalszy okres trwania umowy. W przypadku braku polisy Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w terminie natychmiastowym i naliczania kar umownych określonych w § 7 ust. 1 pkt 1 (§ 12 ust. 2 wzoru umowy);
- f) we wzorze umowy wskazano, że umowa wykonawcy z podwykonawcą będzie zgodna, co do treści, z umową zawartą pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, a odmienne postanowienia umowy są nieważne (§ 13 ust. 7 wzoru umowy);
- g) Wykonawca do wystawianej przez siebie dla Zamawiającego faktury VAT dostarczy wraz z fakturą dowód dokonania płatności dla Podwykonawcy wraz z oświadczeniem Podwykonawcy, zgłoszonego i zaakceptowanego przez Zamawiającego, o uiszczeniu przez Wykonawcę wszelkich wymagalnych wierzytelności przysługujących Podwykonawcy, powstałych w związku z realizacją prac, będących przedmiotem zawartej umowy (§ 13 ust. 9 wzoru umowy). W razie odmowy zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy, Wykonawca winien podać Zamawiającemu przyczyny odmowy oraz szczegółowo umotywić Zamawiającemu, iż nie narusza to prawa ani też warunków umowy. Zamawiającemu przysługuje w takiej sytuacji prawo szczegółowego zbadania wywiązywania się Wykonawcy z warunków umowy z Podwykonawcą, oględzin przedmiotu umowy, a także domagania się od Podwykonawcy złożenia stosownych oświadczeń oraz udostępnienia dokumentów umowy (§ 13 ust. 10 wzoru umowy).

Izba wskazuje, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 4 maja 2016 roku Zamawiający dokonał zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie ww. pkt 1 lit. a, b, c, d, pkt 3 lit. a, d tiret 1 i 2, lit. f i lit. g odwołania. Na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający złożył do akt sprawy pismo z dnia 4 maja 2016 roku i oświadczył, że dokonana zmiana postanowień Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia stanowiła uwzględnienie zarzutów odwołania w wyżej określonym zakresie.

W dniu 5 maja 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z dnia 5 maja 2016 roku *Pismo Odwołującego – wniosek o umorzenie*. Odwołujący w tym piśmie wskazał, że w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w dniu 4 maja 2016 roku części zarzutów odwołania z dnia 25 kwietnia 2016 roku cofa zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego wskazane w: pkt 2, pkt 3 lit. b, c, d tiret 3 i 4, lit e oraz wnioś o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy w związku z art. 192 ust. 1 ustawy jak również na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy 2 zw. z § 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) zwrot Odwołującemu całej kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie zarzuty odwołania zostały częściowo uwzględnione przez Zamawiającego oraz częściowo wycofane przez Odwołującego, tym samym nie można stwierdzić, że doszło do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, na zasadzie przepisu art. 186 ust. 2 ustawy, albo do cofnięcia odwołania, o którym mowa w przepisie art. 187 ust. 8 ustawy. Izba podziela stanowisko wrazone w postanowieniu z 10 września 2015 roku sygn. akt 1906/15, że obie te czynności rozpatrywane odrębnie i niezależnie od siebie nie pozwalają na stwierdzenie zaistnienia podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego przewidzianej w którymkolwiek z przywołanych powyżej przepisów. Jednakże ponieważ częściowe uwzględnienie zarzutów i częściowe wycofanie zarzutów dotyczą tego samego postępowania odwoławczego, gdzie Zamawiający przed rozpoczęciem posiedzenia uznał część zarzutów odwołania za zasadne dokonując modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, natomiast w reakcji na to Odwołujący cofnął zarzuty, które nie zostały uwzględnione tym samym, w rezultacie zaistniała sytuacja, o której mowa art. 186 ust. 2 ustawy – uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. W zakresie argumentacji prawnej prowadzącej do konkluzji umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Izba przyjmuje za własną argumentację przedstawioną w ww. postanowieniu tutejszej Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy oraz Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 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) zgodnie z którym *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, (...).*

Przewodniczący: