

POSTANOWIENIE
z dnia 6 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 6 czerwca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2022 r. przez: **wykonawcę Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 4** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19**

przy udziale **wykonawcy Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1421/22 po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie .**
- 2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 4** tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na ręczne oczyszczanie na terenie m.st. Warszawy zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 maja 2022 r. za numerem 2022/S 094-259890.

W dniu 26 maja 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Polsuper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 4. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 maja 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 26 maja 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 134 ust. 1 pkt 4 i 17 ust. 1 ustawy w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy, przez wprowadzenie mechanizmu rozliczania ceny jednostkowej „CWZ” za wywiezienie 1 m³ zanieczyszczeń, zamiast rozliczania tej ceny jednostkowej za 1 Mg wywiezionych zanieczyszczeń, co powoduje opisanie sposobu obliczenia ceny w sposób narzucający wykonawcom sztuczną i arbitralnie ustaloną przez zamawiającego metodologię kalkulacji ceny oferty, nieuwzględniającą wszystkich wymagań i okoliczności opisu przedmiotu zamówienia mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przez to niekorzystnie wpływającą na konkurencyjność, równe traktowanie wykonawców i przejrzystość prowadzonego postępowania;

(2) art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy w zw. z art. 204 ust. 1 ustawy i 240 ustawy, przez dokonanie opisu kryterium ceny w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji oraz uniemożliwiający rzeczywistą porównywalność ofert, ponieważ cena jednostkowa CWZ, która odnosi się do 1 m³ zamiast do 1 Mg, stanowi jeden z istotnych elementów jedyne kryterium oceny ofert jakim jest cena brutto oferty;

(3) art. 353(1) k.c., art 5 k.c., art. 487 § 2 k.c. oraz art. 240 ustawy w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy oraz art. 8 ustawy, przez nadużycie uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wobec wykonawcy i ukształtowanie zasad rozliczania usługi wywiezienia zanieczyszczeń CWZ w sposób naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, a także w sposób uniemożliwiający wykonawcy prawidłową ocenę ryzyk kontraktowych, a w efekcie prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SWZ w następujący sposób:

1. zmianę formularza „Ceny Jednostkowe” – załącznik nr 1a do SWZ w zakresie ceny jednostkowej CWZ, przez zmianę w wierszu 7., kolumny „ceny jednostkowe poszczególnych zadań:”, w następujący sposób: Cena jednostkowa za wywiezienie 1 Mg zanieczyszczeń
2. zmianę formularzy „Kosztorysy szczegółowe” – załączniki nr 1/I–1/XIII w zakresie pozycji przewidujących ceny jednostkowe za wywiezienie 1 m³ zanieczyszczeń CWZ, w następujący sposób: Cena jednostkowa za wywiezienie 1 Mg zanieczyszczeń
3. zmianę pkt. 5. Części VIII załącznika nr 2 do Wzoru Umowy (Standardy jakościowe wykonywanych prac oraz warunki techniczne realizacji umowy) w następujący sposób: Wywóz zanieczyszczeń wraz z ich unieszkodliwieniem, rozliczany będzie według ceny jednostkowej wykazanej w załączniku nr 3 za 1 Mg wywiezionych zanieczyszczeń z powierzchni wskazanych przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanego przez zamawiającego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, uchybienia w dokumentach zamówienia w zakresie w jakim odnoszą się do sposobu kształtowania ceny oferty. W ocenie odwołującego opisanie sposobu obliczenia ceny tak, jak uczynił to zamawiający, utrudnia uczciwą konkurencję i przeczy zasadzie proporcjonalności. Tym samym może to uniemożliwić albo przynajmniej znacząco utrudnić odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Tym samym, skoro postanowienia dokumentów postępowania są określone w sposób utrudniający złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, to godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Prowadzi to do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci utraty korzyści z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powołał wyrok z 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 161/17.

W dniu 27 maja 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 30 maja 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla odwołującego, gdyż popiera argumentację odwołującego, a zamawiający naruszył powołane przez odwołującego przepisy, co utrudnia przystępującemu złożenie ważnej oferty i uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 maja 2022 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania stronom kopii zgłoszenia.

W dniu 6 czerwca 2022 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania ze względu na ich faktyczne uwzględnienie przez zamawiającego. Zamawiający dokonał zmia-

ny postanowień SWZ zgodnie z żądaniem odwołania (zmiana sposobu rozliczania wywozu zanieczyszczeń z 1 m3 na 1 Mg).

Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 9 czerwca 2022 r. godz. 9:30.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania;

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:.....