

Sygn. akt: KIO 2079/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 28 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**  
**Członkowie: Katarzyna Brzeska**  
**Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2019 r. przez wykonawcę **W. B., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą „Bys” W. B.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Gminę Stare Babice z siedzibą w Starych Babicach**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15.000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **W. B., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą „Bys” W. B.,** stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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:** .....

**Członkowie;** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Stare Babice z siedzibą w Starych Babicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Stare Babice”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 października 2019 r., nr 2019/S 190-462070.

Wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) opisanu warunków udziału w postępowaniu,
- 2) opisanu kryteriów oceny ofert,
- 3) opisanu przedmiotu zamówienia

wykonawca W. B., prowadzący w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą „Byś” W. B., zwany dalej „odwołującym”, wniósł 14 października 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp, tj. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających znaczenie dla sporządzenia oferty oraz jednocześnie w sposób naruszający zasadę uczciwej i równej konkurencji poprzez podział przedmiotowy zamówienia na trzy części odnoszące się zagospodarowywania odmiennych frakcji odpadów komunalnych (część 1. - 3.) i ustanowienie dla każdej z tych części oraz dla części 4. zamówienia odnoszącej się do odbioru odpadów komunalnych takich samych wymogów związanych z osiągnięciem poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w częściach 1.- 3. zamówienia w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby wykonawca realizujący części 1. - 3. posiadał wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami BDO w zakresie zagospodarowania odpadów o kodach wskazanych w SIWZ - pkt. III. 1.1) cz. 1-3

zamówienia ppkt b. ogłoszenia o zamówieniu i pkt. 6.1.2. cz. 1-3 zamówienia lit. a) ppkt b. SIWZ;

- 3) art. 29 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 7 ustawy Pzp przez narzucenie wykonawcom obowiązku wskazania tylko jednej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla każdej części zamówienia odnoszącej się do zagospodarowania odpadów (część 1. - 3.), co świadczy o dokonaniu przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających znaczenie dla sporządzenia oferty, a nadto świadczy o naruszeniu przez zamawiającego art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem zamawiający ustanawiając kryterium oceny ofert odnoszące się do odległości instalacji od granic gminy ustanawia de facto kryterium nie odnoszące się do przedmiotu zamówienia i nie uwzględniające jego specyfiki;
- 4) art. 29 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie postępowania reklamacyjnego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co prowadzi jednocześnie do braku możliwości dokonania poprawnej oceny ofert w ustanowionym przez zamawiającego kryterium pozacenowym;
- 5) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w poszczególnych punktach uzasadnienia odwołania w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co jednocześnie prowadzi na naruszenia zasad uczciwej i równej konkurencji utrudniając, a w zasadzie uniemożliwiając wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie, poprawne skalkulowanie oferty i w ślad za tym złożenie ofert porównywalnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ przez nakazanie mu:

- 1) połączenia części 1-3 zamówienia w jedno zamówienie, ewentualnie, tj. na wypadek nieuwzględnienia powyższego żądania, wykreślenia z postanowień SIWZ obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy do składowania przez wykonawcę odbierającego odpady - wykonawcę części 4. zamówienia oraz odpowiednie zróżnicowanie wymaganych poziomów recyklingu dla zadań 1., 2. i 3. w zależności od specyfiki danej części zamówienia z uwzględnieniem, iż poziom recyklingu wymagany dla części 1. nie może być wyższy niż 8%,

- 2) wykreślenia warunku udziału w postępowaniu w części 1.-3. zamówienia w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (pkt. III. 1.1) cz. 1-3 zamówienia ppkt b. ogłoszenia o zamówieniu i pkt. 6.1.2. cz. 1-3 zamówienia lit. a) ppkt b. SIWZ) w zakresie, w jakim nakazuje posiadanie wpisu do BDO w zakresie zagospodarowania odpadów i w jego miejsce wskazanie, że wykonawca części 1.-3. winien posiadać pozwolenie na przetwarzanie odpadów lub odpowiednio pozwolenie zintegrowane na przetwarzanie odpowiednio:  
dla części 1. - odpadów o kodzie 20 03 01,  
dla części 2. - odpadów o kodach 15 01 01, 15 01 06, 15 01 07, 17 09 04, 20 02 01 oraz 20 03 07.  
dla części 3. - odpadów o kodach 20 01 08 i 20 02 01.
- 3) doprecyzowania lub odpowiednio zmodyfikowania postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, w sposób wskazany w pkt. 1-10 odwołania, tj.:
- a. umożliwienie wykonawcom wskazanie w ofercie - Formularzu oferty dla części 1.-3. większej ilości instalacji przewidzianych do przetwarzania odpadów, w tym w szczególności umożliwienie wskazywania instalacji dedykowanych od przetwarzania odpadów określonych rodzajów oraz dopuszczenie, by w przypadku małych ilości odpadów wykonawcy mogli wskazać w ofercie zbierającego odpady,
  - b. usunięcie w części 2. i 3. zamówienia kryterium oceny ofert K2 - najmniejsza odległość Instalacji Odpadów Komunalnych od granicy Gminy Stare Babice - 35 % i odpowiednie zwiększenie wagi pozostałych kryteriów w tych częściach kryteriów, alternatywnie odniesienie kryterium oceny ofert K2 - najmniejsza odległość Instalacji Odpadów Komunalnych od granicy Gminy Stare Babice - 35 % w częściach 2. i 3. zamówienia do instalacji przetwarzającej odpady stanowiące, czy to największą, czy to najbardziej istotną z innych względów frakcje odpadów objętych przedmiotem zamówienia dla danej części,
  - c. modyfikację postanowień wzoru umowy, która umożliwi przekazywania odpadów do instalacji innych niż wskazane w ofercie wykonawcy, bez każdorazowej konieczności zawierania aneksu do umowy, także w sytuacji, gdy instalacje wskazane w ofercie nie będą mogły przyjmować odpadów z innych przyczyn, np. z uwagi na wyczerpanie mocy przerobowych, odmowę operatora instalacji itp.;
  - d. doprecyzowanie - w zakresie części 1.-3. zamówienia - do jakich zdarzeń powinien odnosić się czas zgłaszania reklamacji oceniany w ramach kryterium oceny ofert; ewentualnie

- usunięcie kryterium K3 „czas reklamacji” z części 1.-3. zamówienia, jeżeli zamawiający nie jest w stanie doprecyzować sytuacji, dla których będzie zarezerwowana procedura reklamacyjna;
- e. usunięcie pkt. 8. Formularza oferty;
- f. modyfikację pkt. 11. Formularza oferty w następujący sposób:
- 11) Przewidujemy powierzenie podwykonawcy/podwykonawcom następujących wykonania części zamówienia .....*
- g. wprowadzenie do postanowień OPZ, w zakresie części 4. zamówienia, informacji nt. ilości worków, jaka jest przewidziana do dostarczenia przez wykonawcę w ramach umowy oraz przedstawienie danych o tym, jak kształtuje się strumień odpadów odbieranych bezpośrednio z nieruchomości oraz z PSZOK i innych punktów zbierania odpadów;
- h. wprowadzenie do SIWZ oraz wzorów umów (części zamówienia 1-3) minimalnych terminów, z zachowaniem których wykonawca części 4. będzie uzgadniał z wykonawcami części 1.-3. organizację wycieczki oraz przyznanie wykonawcom części 1.-3. prawa do odmowy wstępu na instalację wycieczek w razie niedochowania przez wykonawcę części 4. określonych minimalnych wymogów związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa uczestnikom wycieczki lub bez zachowania wymogu wcześniejszego uzgodnienia terminu organizacji wycieczki;
- i. doprecyzowanie § 1 ust. 7 pkt 13 (części 1-3 zamówienia) i 15 (część 4. zamówienia) Wzoru umowy w następujący sposób:
- w przypadku, gdy wykonawca bezzasadnie odmawia przyjęcia odpadów do przetworzenia i nie zapewnia ich przetworzenia w innej instalacji, po uprzednim bezskutecznym wezwaniu do wykonania obowiązku, zamawiający może zlecić wykonanie usługi podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy,*
- j. doprecyzowanie § 4 ust. 2 wzorów umów w następujący sposób:
- „Strony ustalają, że łączna i całkowita kwota wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy w okresie jej obowiązywania nie przekroczy kwoty .... zł brutto (słownie: .....). W przypadku, gdy kwota, o której mowa w zdaniu poprzednim zostanie wyczerpana, a nie upływie jeszcze termin wykonywania umowy wskazany w § 3 Umowy i strony nie dojdą do porozumienia w sprawie zwiększenia łącznej i całkowitej kwoty wynagrodzenia Wykonawcy (aneks), niniejsza Umowa ulega rozwiązaniu z dniem wyczerpania kwoty, o której mowa w zdaniu poprzednim”;*
- k. doprecyzowanie w § 1 ust. 9 wzorów umów dla części 1-3 zamówienia zakresu czynności, których wykonanie powinno podlegać obowiązkowi zatrudnienia na umowę o pracę;

- I. doprecyzowanie § 9 ust. 2 pkt 1 wzorów umów okoliczności, w których zamawiający będzie naliczał karę umowną za wykonywanie przedmiotu umowy niezgodnie z zasadami określonymi w umowie w taki sposób, by Wykonawca nie był dwukrotnie karany karą umowną za te same przewinienia, a wysokość przewidzianej kary umownej była dostosowana do rodzaju naruszenia obowiązków umownych, ewentualnie usunięcie wskazanego postanowienia umownego.

Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 16 października 2019 r. ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom 15 października 2019 r., zamieszczając je na swej stronie internetowej.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ustalono także, że 18 października 2019 r., przed otwarciem rozprawy, zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 i 3a, znosi się wzajemnie.*

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z powołanym przepisem, *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....