

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2021 r. przez wykonawcę **Remondis sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Legionowo z siedzibą w Legionowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF sp. z o.o. w Ostrołęce** oraz **MPK Pure Home sp. z o.o. w Ostrołęce**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

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 **Remondis sp. z o.o. w Warszawie**, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Gmina Miejska Legionowo z siedzibą w Legionowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „odbieranie i zagospodarowanie odpadów kom. od właścicieli nieruchomości na których zam. mieszkańcy, położonych na terenie gminy miejskiej Legionowo, z PSZOK oraz przeterminowanych leków z aptek”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 maja 2021 r., nr 2021/S 086-222749.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 14 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Remondis sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i uniemożliwiający realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w zakresie, w jakim w pkt 1.3) Załącznika nr 10 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) Zamawiający zobowiązuje Wykonawców do odbioru z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) odpadów o kodzie 20 01 04 i posiadania zgodnie z pkt 3.8) OPZ aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej obejmującego wszystkie kody opadów objętych zamówieniem, w sytuacji, gdy taki kod odpadów nie występuje w katalogu odpadów, określonym w rozporządzeniu Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (zarzut III.1);
2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 436 pkt 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez określenie, iż Wykonawca zrealizuje usługę w terminie od dnia 1.07.2021 r., co w sposób nieuzasadniony narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i stanowi wymaganie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie pozostawiając wykonawcom czasu na przygotowanie do świadczenia usługi i uniemożliwiając terminowe wykonanie wszystkich obowiązków nałożonych zgodnie z warunkami zamówienia (zarzut III.2);
3. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 433 oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu umowy w sposób niepełny i niewystarczający dla należytego przygotowania i wyceny oferty, jak również w sposób naruszający równowagę kontraktową stron i zasady współzycia społecznego, w zakresie, w jakim Zamawiający:
 - a. zastrzegł w §3 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ możliwość zmniejszenia podanych szacunkowych ilości poszczególnych rodzajów odpadów bez zastrzeżenia

minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy, a tym samym, bez zapewnienia minimalnego gwarantowanego zakresu zamówienia (zarzut III.3.a);

b. zastrzegając w §3 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ możliwość zwiększenia podanych szacunkowych ilości poszczególnych rodzajów odpadów oraz brak możliwości wzrostu całkowitej wartości umowy, jednocześnie nie określił, że wyczerpanie kwoty całkowitej wartości umowy/łącznego wynagrodzenia za wykonanie całości umowy (określona w §3 ust. 2 wzoru umowy) stanowi przesłankę rozwiązania umowy, również w sytuacji, w której nie upłynął termin wykonania zamówienia określony w §6 SWZ oraz Formularzu oferty, tj. przed datą 31.12.2022 r. (zarzut III.3.b.)

4. art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 Pzp poprzez ustalenie kryterium i sposobu oceny ofert w ramach kryterium „czynnik społeczny” w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, jak również w sposób niezwiązany i nieadekwatny do oceny jakości oferty oraz prowadzący do nieporównywalności ofert, a zarazem w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dotyczący właściwości wykonawcy (zarzut III.4);

5. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim:

a. w §9 ust. 2 pkt a) Załącznika nr 9 do SWZ przewidziano możliwość odstąpienia od umowy, w sytuacji gdy Wykonawca nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie, co stanowi zbyt szeroką i niedookreślona przesłankę zamówienia pozostawiającą Zamawiającemu zbyt dużą dowolność w decydowaniu o trwałości stosunku umownego (zarzut III.5.a);

b. w §9 ust. 5 lit. a) Załącznika nr 9 do SWZ przewidziano możliwość jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy w przypadku, gdy zmiana umowy została dokonana z naruszeniem §13 umowy, a więc w przypadku, który zależy również od działań samego Zamawiającego, gdyż dokonanie zmian umowy wymaga zgody obu stron umowy (zarzut III.5.b);

c. w §2 ust. 1-3 Załącznika nr 9 do SWZ Zamawiający przewidział prawo przeprowadzenia kontroli sposobu w prawidłowości wykonania przedmiotu umowy, w tym bez uzgodnienia terminu i miejsca kontroli z Wykonawcą oraz nawet pod nieobecność jego przedstawiciela (zarzut III.5.c);

d. w §12 ust. 1 pkt 1, §12 ust. 2-4 oraz §12 ust. 6 Załącznika nr 9 do SIWZ Zamawiający przewidział wysokość kar umownych oraz zasady ich zapłaty

(możliwość potrącenia) w sposób rażąco naruszający swobodę umów i równowagę stron (zarzut III.5.d).

6. art. 16 w zw. z art. 452 ust. 2 i 3 Pzp poprzez określenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny, mimo że nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia (zarzut III.6).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SWZ i Załączników przez:

1. Wykreślenie kodu odpadów „20 01 04” z katalogu kodów odpadów objętych zamówieniem (pkt 1.3) OPZ);
2. Zmianę terminu rozpoczęcia realizacji usługi (pkt II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu; §6 SWZ oraz wzór Formularza oferty) i określenie, iż rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi nie wcześniej niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy;
3. Określenie minimalnego gwarantowanego zakresu zamówienia, w szczególności poprzez określenie minimalnych ilości odpadów do odbioru i zagospodarowania w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów;
4. Dookreślenie skutku osiągnięcia przez wynagrodzenie należne Wykonawcy kwoty całkowitej wartości umowy określonej w §3 ust. 2 wzoru umowy przed dniem 31.12.2022 r. wskazanym jako data zakończenia realizacji usługi.
5. Zmianę kryterium oceny ofert „czynnik społeczny” poprzez usunięcie §20 pkt 6 ppkt 2) lit. b i ppkt 3) lit. b) oraz §24 pkt 3 SWZ (z uwzględnieniem konsekwencji tych zmian w pozostałych dokumentach zamówienia) i określenie sposobu oceny kryterium w zależności od zatrudnienia minimum 1 osoby niepełnosprawnej w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych;
6. Zmianę Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy poprzez:
 - a. Wykreślenie w §9 ust. 2 pkt a) sformułowania „w pełnym zakresie”;
 - b. Wykreślenie §9 ust. 5 lit. a);
 - c. Usunięcie w §2 ust. 1-3 uprawnienia do dokonania kontroli doraźnej (bez uprzedniego poinformowania Wykonawcy o terminie i miejscu kontroli) oraz usunięcie uprawnienia Zamawiającego do przeprowadzenia kontroli pod nieobecność przedstawiciela Wykonawcy oraz
 - d. Określenie w §2 wzoru umowy w sposób jednoznaczny i proporcjonalny zasad przeprowadzania kontroli przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie:
 - zobowiązania osób przeprowadzających kontrolę po stronie Zamawiającego do zachowania poufności uzyskanych informacji, w szczególności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy lub podwykonawców;

- zobowiązania do przestrzegania przez te osoby zasad bezpieczeństwa i regulaminów wewnętrznych obowiązujących w miejscu przeprowadzania kontroli;
 - wprowadzenia możliwości zgłaszania zastrzeżeń do ustaleń przeprowadzonej kontroli, uwag, spostrzeżeń i zaleceń Zamawiającego;
- e. Zmianę 512 Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy w następujący sposób:
- zmniejszenie kary umownej w §12 ust. 1 pkt 1 do poziomu nie wyższego niż 10% wartości umowy brutto;
 - zwiększenie kary umownej w §12 ust. 7 do poziomu 5% wartości umowy brutto;
 - wykreślenie §12 ust. 2
 - Zmniejszenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych określonej w §12 ust 6 do poziomu 20% wartości umowy brutto.
7. Zmianę §23 pkt 1 oraz §4 ust. 1 Załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy poprzez zmniejszenie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 10% do poziomu 5% wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego pochodzące od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RDF sp. z o. o. w Ostrołęce oraz MPK Pure Home sp. z o.o. w Ostrołęce.

Ustalono także, że 29 czerwca 2021 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie z dnia 28 czerwca 2021 r., w której w której uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutów III.1., III.2, III.4, III.5 a oraz III 5 c odwołania w części, w jakiej odwołujący żąda określenia w § 2 wzoru umowy postanowień w sposób jednoznaczny i proporcjonalny do zasad przeprowadzenia kontroli przez zamawiającego w zakresie:

- zobowiązania osób przeprowadzających kontrolę po stronie zamawiającego do zachowania poufności uzyskanych informacji, w szczególności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy lub podwykonawców;
- zobowiązania do przestrzegania przez te osoby zasad bezpieczeństwa i regulaminów wewnętrznych obowiązujących w miejscu przeprowadzenia kontroli;
- wprowadzenia możliwości zgłaszania zastrzeżeń do ustaleń przeprowadzonej kontroli, uwag, spostrzeżeń i zaleceń zamawiającego.

W dalszej kolejności ustalono, że przed otwarciem rozprawy, odwołujący przesłał Prezesowi Izby oświadczenie z 8 lipca 2021 r., że cofa odwołanie w zakresie zarzutów nieuznanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), który stanowi, że *W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu,*
- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: