

Sygn. akt: KIO 644/20

POSTANOWIENIE
z dnia 5 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski
Bartosz Stankiewicz

wobec cofnięcia przed otwarciem rozprawy w dniu 29 kwietnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 roku przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław we Wrocławiu**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA Spółki Akcyjnej we Wrocławiu** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1, 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), na niniejsze postanowienie, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Wrocław we Wrocławiu, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu – prowadzi postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, którego przedmiotem jest odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 25 marca 2020 roku wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 i.7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 46c ustawy z dnia 5.grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1239) i art. 6 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. nr 374) i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć a postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie, niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i jednocześnie zamawiający prowadzi postępowanie przetargowe na niemalże tożsamy zakres usług dotyczący odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Na wypadek gdyby Izba nie uwzględniła odwołania w powyższym zakresie, odwołujący podniósł następujące zarzuty:

- 2) naruszenie przepisu art. 64 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wyznaczenie terminu składania ofert w sposób nieuwzględniający czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty;
- 3) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5, art. 353¹ k.c., art. 487 § 2 K.c. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego i stanowiący nadużycie uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i naturą łączącego je stosunku, wobec nieuwzględnienia przy sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia aktualnej sytuacji związanej z epidemią wirusa SARS-CoV-2;
- 4) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niewskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminu realizacji zamówienia, z uwagi na brak precyzyjnego wskazania zarówno terminu początku, jak i końca realizacji zamówienia;
- 5) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu oraz art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 387 i art. 487 § 2 K.c. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w sytuacji gdy osiągnięcie poziomów recyklingu wedle wzoru określonego przez zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Jednocześnie działanie takie narusza art. 7 ustawy P.z.p., gdyż utrudnia konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować, złożeniem nieporównywalnych ofert;
- 6) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 K.c. poprzez opisanie przedmiotu

zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron i obciążający nadmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, zakładający realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany wobec objęcia przedmiotem zamówienia obowiązku wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy należyłą wycenę usługi;

7) naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5a oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez określenie podstawy wykluczenia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

8) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron oraz przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę proporcjonalności i przejrzystości przy formułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

9) naruszenie przepisu art. 14 i art. 139 ust 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 483 § 1, art. 484 § 2, art. 487 § 2 K.c. oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nadużycie uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wobec wykonawcy i wprowadzenie do wzoru umowy zapisów dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, poprzez nałożenie na wykonawcę rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych, .co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą łączącego je stosunku. Jednocześnie działanie takie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. utrudniając konkurencję i tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;

10) naruszenie art. 353¹ i art. 5 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla

wykonawców poprzez brak zawarcia w projekcie umowy postanowienia zakładającego możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia;

11) naruszenie art. 29 ust. 1 i 4 i 30 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, gdyż nie określono wymagań środowiskowych ani nie wskazano norm emisji spalin pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi;

12) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego;

13) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a ustawy P.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jako że zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób niedostateczny w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań co do uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej;

14) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 K.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów określających wzajemne zobowiązania stron w sposób nieproporcjonalny;

15) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353¹ oraz art. 487 § 2 K.c. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego oraz w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń i równowagę stron umowy;

16) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego;

17) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i

wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a także dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję;

18) naruszenie przepisu art. 29 ust 1, 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego wobec zaniechania określenia aspektów gospodarczych, społecznych i środowiskowych;

19) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ustawy P.z.p. poprzez niejasny opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wysortu odpadów metali, opakowań wielomateriałowych i opakowań tworzyw sztucznych;

20) naruszenie przepisu art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 ustawy P.z.p. poprzez niejasny opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku kontrolowania zawartości pojemników i worków i uznania obowiązku selektywnej zbiórki za spełniony;

21) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 487 § 2 K.c. poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb zamawiającego, stanowiący nadużycie uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i naturą łączącego je stosunku, jako że zamawiający wymaga przekazywania skanów dowodów ważenia maksymalnie 30 minut od momentu zakończenia ważenia;

22) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 i art. 14 i art. 139 ust 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 487 § 2 K.c. poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb zamawiającego, stanowiący nadużycie uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i naturą łączącego je stosunku;

23) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust 1 w zw. art. 139 ust 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5, art. 353¹, 387 i art. 487 § 2 K.c. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy, zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców w związku z obowiązkiem wydzierżawienia pojemników, co utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;

24) naruszenie przepisu art. 36 ust 1 pkt. 17 ustawy P.z.p. poprzez niewskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pouczenia o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, względnie o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert poprzez wydłużenie go o czas niezbędny do ich przygotowania, i wyznaczenie terminu składania ofert na dzień nie wcześniejszy niż 3 kwietnia 2020 r.
- dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności zapisów projektu umowy i szczegółowych warunków umowy zgodnie z propozycją odwołującego przedstawioną w uzasadnieniu odwołania.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2020 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., tj. z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W dniu 29 kwietnia 2020 roku, przed otwarciem rozprawy, odwołujący cofnął odwołanie wniesione w dniu 25 marca 2020 roku.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba postanowiła zwrócić na rzecz odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

.....

.....

.....