

Sygn. akt: KIO 866/19

POSTANOWIENIE
z dnia 29 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 maja 2019 r. w Warszawie odwołania z dnia 10 maja 2019 r., wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Świętego Jerzego 1a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Opole z siedzibą w Opolu, Rynek - Ratusz;**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Świętego Jerzego 1a** kwoty **15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych)**, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Opole z siedzibą w Opolu, Rynek - Ratusz (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwanej dalej „ustawą” lub „pzp” pn. „Odbiór odpadów komunalnych zbieranych selektywnie oraz odbiór odpadów komunalnych zmieszanych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, położonych w Opolu oraz zagospodarowanie odpadów selektywnie zebranych w zakresie frakcji: papier, tektura, tworzywa sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe, szkło i odpady wielkogabarytowe”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 kwietnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 84-200398.

W dniu 10 maja 2019 r. wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Świętego Jerzego 1a (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zarzucał Zamawiającemu sporządzenie ww. dokumentów z naruszeniem:

- (i) - 1 - art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) oraz art. 41 pkt 7) i art. 36 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, a także art. 9c ust. 1, art. 9d ust. 1 pkt 4) i art. 9e ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 ze zm.) wraz § 2 ust. 1 pkt 5 lit. c) i d) rozporządzenia ministra środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122) poprzez ustanowienie nieuzasadnionego ani charakterem, ani sposobem realizacji zamówienia, jak i nieproporcjonalnie sformułowanego, wymogu udziału w postępowaniu (w zakresie warunku „uprawnienia”) w postaci obowiązku dysponowania decyzją na zbieranie odpadów komunalnych selektywnie zebranych z terenu miasta Opola na terenie bazy magazynowej lub magazynowo - transportowej (pkt 2.1 tiret trzecie rozdziału „Warunki udziału w postępowaniu” SIWZ), co skutkuje niezasadnym ograniczeniem konkurencji (z jednej strony uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom, które mimo posiadanego wpisu do odpowiedniego rejestru działalności regulowanej nie prowadzą

zbierania/magazynowania rzeczonych odpadów na terenie bazy, z drugiej faworyzuje podmioty prowadzące już na terenie Opola zbieranie odpadów, w szczególności w ramach punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, przy czym prowadzenie PSZOK nie jest objęte niniejszym zamówieniem), w sytuacji gdy prawnie dopuszczalne jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości bez ich zbierania/magazynowania na terenie bazy (przepisy prawa nie statuuje obowiązku posiadania tej decyzji dla potrzeb prowadzenia działalności odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców), i to tym bardziej, gdy możliwe jest faktyczne wykonanie usługi odbioru odpadów komunalnych przy całkowitym pominięciu zbierania/magazynowania odpadów selektywnych (z uwagi na możliwość bezpośredniego przekazania odpadów właściwym instalacjom/podmiotom);

- 2 - art. 25 ust. 1 pkt 1) pzp i § 2 ust. 1 rozporządzenia ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.) poprzez wymaganie przedłożenia decyzji na zbieranie odpadów komunalnych selektywnie zebranych z terenu miasta Opola na terenie bazy magazynowej lub magazynowo - transportowej (pkt II.5.c) rozdziału „Warunki udziału w postępowaniu” SIWZ), w sytuacji gdy z uwagi na poprzedzający zarzut przedłożenie tego dokumentu nie jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a tym bardziej gdy przepisy prawa nie statuuje obowiązku posiadania tej decyzji dla potrzeb prowadzenia działalności odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców;

- 3 - art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) oraz art. 36 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, a także art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i art. 16 pkt 61 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne (t.j. z 2018 r., poz. 2268 ze zm.) poprzez wymaganie wskazania w tabeli „Wymagania dotyczące pojazdów przeznaczonych do obsługi zamówienia (str. 27 SIWZ), czy nieczystości ciekłe (a nie ścieki jak błędnie przyjmuje zamawiający) były poddane badaniom, gdy zgodnie z właściwymi przepisami badania przeprowadza się wyłącznie dla ścieków (a nie nieczystości ciekłych) wprowadzonych do wód lub do ziemi (a nie do zbiorników bezodpływowych);

(ii) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, ust. 2c i ust. 2d, art. 2 pkt 5) lit. a) oraz art. 36 ust. 1 pkt 13) pzp poprzez ustanowienie sposobu oceny ofert (punktacji) w zakresie II kryterium („samochody spełniające normy emisji spalin co najmniej EURO 6”), który zawiera nieproporcjonalną względem siebie skalę punktacji, oraz jednocześnie pozostaje nieadekwatny do zakładanego poziomu wykorzystania samochodów dla zamawianej usługi (w szczególności w odniesieniu do jej poszczególnych, osobnych części), a także nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia promując podmioty które złożą oferty

(zamierzają realizować usługę) na wszystkie części zamówienia, co narusza zachowanie uczciwej konkurencji i powoduje nierówne traktowanie potencjalnych wykonawców. Ponadto zamawiający nie określił kryteriów według właściwej gradacji (od najważniejszego do najmniej ważnego);

(iii) art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.) w zw. z art. 139 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 pzp poprzez zastrzeżenie w § 39 ust. 2 pkt 6) i § 40 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ) nieproporcjonalnych sankcji dla ochrony interesów zamawiającego w postaci klauzul uprawniających go do rozwiązania umowy (przez odstąpienie lub wypowiedzenie) z powodu nieznacznych naruszeń (pięciokrotnego wymierzenia wykonawcy kary umownej choćby w wysokości 20,00 zł dla każdej z tych kar), o nieadekwatnej istotności w świetle obowiązków umownych, co tym samym skutkuje obciążeniem wykonawcy zbyt dużym ryzykiem poniesienia straty, stanowiąc zarazem nadużycie przez zamawiającego jego pozycji jako strony konstruującej stosunek prawny (skonstruowania stosunku prawnego z przekroczeniem granicy swobody umów);

(iv) art. 29 ust. 1 pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie frakcji odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem z uwagi na to, że w różnych miejscach dokumentacji przetargowej zamawiający powołuje niespójnie (odmienne) względem siebie frakcje odpadów, a nadto gdy zamawiający nie podaje kodów odpadów objętych zamówieniem (zgodnie z rozporządzeniem ministra środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów; Dz. U. z 2014 r., poz. 1923).

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

(i) skreślenie postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które odnoszą się do decyzji na zbieranie odpadów, w szczególności w zakresie ustawionego warunku udziału w postępowaniu, tj. (odpowiednio): pkt 1.1) 2. tiret trzecie sekcji III ogłoszenia, pkt 1.3) lit. c) sekcja III ogłoszenia, w wyliczeniu pkt 2 w rozdziale „Opis przedmiotu zamówienia SIWZ, pkt 2.1 tiret trzecie rozdziału „Warunki udziału w postępowaniu” SIWZ, pkt II.5.c) rozdziału „Warunki udziału w postępowaniu” SIWZ, pozycji w tabeli „Wymagania dotyczące instalacji do zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych z gotowością przyjęcia odpadów w ilościach wynikających z opisu przedmiotu zamówienia z terenu miasta Opola (str. 27 SIWZ), a także skreślenie ostatniej pozycji (wiersza) w tabeli „Wymagania dotyczące pojazdów przeznaczonych do obsługi zamówienia (str. 27 SIWZ);

- (ii) ustalenie proporcjonalnej, konkurencyjnej (niepreferującej żadnych kategorii podmiotów) i adekwatnej do poszczególnych części zamówienia i samego przedmiotu zamówienia punktacji dla II kryterium oceny oferty, np. poprzez przyjęcie bardziej wyrównanych progów punktacji (1,4, 8 oraz 10 punktów), przy jednoczesnym zmniejszeniu poszczególnych pułapów wymaganych samochodów (1, 2, 4 oraz 5 i więcej samochodów) oraz uwzględnieniu w punktacji obok pojazdów spalinowych z normą EURO 6;
- (iii) skreślenie § 39 ust. 2 pkt 6) i § 40 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy, względnie doprecyzowanie ich poprzez odniesienie przewidzianych tam sankcji do poważanych uchybień, np. poprzez wskazanie progu kwotowego dla przyjęcia dla kar umownych (wymierzenie 5 kar umownych, których łączna wartość przekracza 500,000,00 zł);
- (iv) ujednoczenie wskazań frakcji odpadów, których odbiór objęty jest przedmiotowym zamówieniem wraz z podaniem kodów tych odpadów zgodnie z katalogiem odpadów (powołanym wcześniej rozporządzeniem).

W dniu 16 maja 2019 r. do Izby w formie elektronicznej ze strony wykonawcy Remondis Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy Al. Przyjaźni 9 wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 21 maja 2019 r. do Izby ze strony Zamawiającego w formie pisemnej wpłynęło pismo, w którym Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

W dniu 29 maja 2019 r. do Izby w formie elektronicznej wpłynęło pismo Przystępującego, w którym złożono oświadczenie o wycofaniu złożonego przystąpienia oraz o tym, że wykonawca nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Wobec powyższego – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp – należało postępowanie umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba wzięła pod uwagę fakt, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy. W tych okolicznościach – w świetle przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238) – Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i orzec o dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: