

Sygn. akt: KIO 394/20

POSTANOWIENIE
z dnia 6 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 6 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołującego: **Alba Dolny Śląsk sp. z o. o. z siedzibą w Wałbrzychu** (ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Jedlina-Zdrój** (ul. Poznańska 2, 58-330 Jedlina-Zdrój),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Alba Dolny Śląsk sp. z o. o. z siedzibą w Wałbrzychu** (ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych) kwoty **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Świdnicy**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez Zamawiającego: Gmina Jedlina-Zdrój, którego przedmiotem jest: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Jedlina-Zdrój”. Numer referencyjny: OEL.271.1.2.2020 Powyższe odwołanie zostało wniesione w dniu 24 lutego 2020 r. wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2020 r. (Polska-Jedlina Zdrój: Usługi związane z odpadami 2020/S 032-075350). Podobnie w tej dacie została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołujący - Alba Dolny Śląsk sp. z o. o. z siedzibą w Wałbrzychu wskazał na naruszenie następujących przepisów: (1) art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy z uwagi na 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; (2) art. 29. ust. 2 Pzp z uwagi na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję; (3) art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 353 (1) KC i art. 487 § 2 KC – z uwagi na wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym; (4) art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 353 (1) KC i art. 487 § 2 KC z uwagi na 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, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z naturą łączącego ich stosunku. Jednocześnie działanie takie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp utrudniając konkurencję i tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem

nieporównywalnych ofert; (5) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na 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;

Odwołujący przede wszystkim wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z propozycją Odwołującego przedstawioną w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- zaprzestanie narzucania potencjalnemu wykonawcy korzystania z usług podmiotu trzeciego, niezwiązanego z prowadzonym postępowaniem i ponoszenia z tego tytułu dodatkowych kosztów, nie wynikających z potrzeby Zamawiającego,
- opublikowanie ujednoliconej specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu;
- dokonania modyfikacji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności zapisów projektu umowy i szczegółowych warunków umowy w sposób, który pozwoli na oszacowanie ryzyka związanego ze zmianą zasad realizacji przedmiotu zamówienia w związku z wejściem w życie nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jedlina Zdrój i należyte skalkulowanie oferty, w szczególności wskazanie czy planowane jest wprowadzenie odrębnej zbiórki odpadów zielonych i odpadów kuchennych w ramach frakcji bioodpadów, względnie nakazanie - zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jedlina Zdrój, względnie wprowadzenie w postanowieniach umowy w części dotyczących możliwości dokonywania zmian umowy, warunków tych zmian, w oparciu o nowy Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jedlina Zdrój, przy uwzględnieniu równości stron i zachowania proporcjonalności w ich interesach.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów: (1) dokumentacji przetargu Zamawiającego prowadzonego przez Gminę Jedlina Zdrój w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Jedlina Zdrój” znak postępowania OEL.271.1.2.2020; (2) uchwały nr XXXI/182/17 Rady Miejskiej Jedlina Zdrój z dnia 30 sierpnia 2017 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jedliny Zdrój; (3) dokumentów Zamawiającego przedstawiających ilości odpadów komunalnych wytworzonych w Jedlinie Zdroju w latach 2017-2019.

Zawiadomienie wykonawców o wniesieniu odwołania nastąpiło (jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 26 lutego br) poprzez opublikowanie informacji o odwołaniu „Alba Dolny Śląsk” wraz z kompletem dokumentacji dotyczącym odwołania na stronie Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 26.02.2020 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców .

Odwołujący w piśmie z dnia 5 marca 2020 r. - wskazując na art. 187 ust.8 ustawy Pzp - oświadczył, że cofa wniesione odwołanie w całości (wobec modyfikacji przez Zamawiającego SIWZ, Opisu przedmiotu zamówienia i Wzoru umowy) oraz wniósł o rozliczenie i zwrot wpisu na konto wykonawcy.

Izba stwierdza co następuje:

Postępowanie odwoławcze w tej sprawie z uwagi na złożone przez wykonawcę oświadczenie o cofnięciu odwołania podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust.8 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Izba ponadto, zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), orzekła również o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 15.000 zł.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....