

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 29 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę: **REMONDIS Opole sp. z o.o., Al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Nysa Urząd Miejski w Nysie**

**postanawia:**

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;**
- 2) koszty postępowania odwoławczego wzajemnie znosi i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: Remondis Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164) na postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Nysa Urząd Miejski w Nysie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Nysa”, Zn. sprawy: BZP.271.11.2016, dalej: Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 8 kwietnia 2016 r. w DU UE 2016/S 069-120643.

Odwołujący - Remondis Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w postępowaniu.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. art. 7 Pzp i art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania tj. wymagania posiadania przez wykonawcę na dzień składania ofert aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych wydane na podstawie przepisu art. 28 ust. 1 ustawy z 27.4.2001 o odpadach (tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243 ze zm.) lub odpowiednio na podstawie art. 41 ustawy z 14.12.2012 o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21, ze zm.), obowiązującego na terenie Gminy Nysa, odnoszącego się co najmniej do odpadów o następujących kodach: 200101, 200102, 200108, 200301, 200302, 200307, 200399 w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję [sekcja III.2.1) lit. c) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1. ppkt c oraz ppkt 1 lit c) części I SIWZ];
2. art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a ich żądanie od wykonawców na etapie składania ofert ogranicza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, tj. żądanie dokumentów potwierdzających, że wykonawca posiada tytuł prawny do nieruchomości, na której zamierza zlokalizować GPSZOK celem potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego [sekcja III.2.3) pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.3. ppkt 4 SIWZ];
3. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć

wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:

a) Zamawiający w części II SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) w pkt IV ppkt 5 (str. 6) wskazuje zarówno szacunkową wielkość strumienia odpadów komunalnych z nieruchomości jak i ilość odpadów odebranych od właścicieli w latach poprzednich (2013 - 2015), które to wartości są znacząco różne, a jednocześnie w pkt 11 lit. b SIWZ wskazuje, że cena ofertowa stanowi cenę ryczałtową wyliczoną przy założeniu, że roczna ilość wszystkich frakcji odpadów nie przekroczy 25 000 Mg. Przy czym, przy obliczeniu ceny ofertowej wykonawca powinien uwzględnić strukturę odpadów komunalnych obecnie zbieranych w Gminie Nysa oraz zmiany, jakie zaistnieją w tej strukturze w związku z wejściem w życie nowych regulacji prawnych, przy czym prognozując wzrost ilości odpadów komunalnych zbieranych w Gminie w sposób selektywny, Wykonawca powinien uwzględnić wskaźniki przyjęte w KPGO/WPGO. Takie ukształtowanie przywołanych postanowień powoduje, że nie jest możliwym należyte oszacowanie ceny oferty, a w przypadku przyjęcia przez wykonawców różnej wielkości strumienia odpadów do oszacowania ceny oferty, może doprowadzić do nieporównywalności ofert;

b) odmowa udostępnienia pojazdów lub bazy transportowo-magazynowej celem przeprowadzenia kontroli bądź wykazanie w toku wizji, że pojazdy lub baza nie spełniają wymogów określonych w SIWZ względnie stanowią inny potencjał niż wskazany w ofercie Wykonawcy będzie równoznaczne z tym, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (pkt V ppkt 3 OPZ);

c) wykonanie pierwszego punktu GPSZOK oraz posiadanie na dzień jego uruchomienia uprawnień winno nastąpić do dnia 3 czerwca 2016 r., a dla drugiego GPSZOK do dnia 10 czerwca 2016 r. (pkt 2 i pkt 3 załącznika nr 8 do SIWZ oraz § 7 ust. 1 część III SIWZ wzór umowy).

4. art. 353.1 kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) Zamawiający może jednostronnie rozwiązać umowę bez zachowania okresu wypowiedzenia z ważnego powodu w każdym czasie, w tym w zakresie, w jakim przez ważny powód należy rozumieć w szczególności przyznanie Zamawiającemu prawa do powierzenia czynności składających się na przedmiot zamówienia własnym jednostkom organizacyjnym lub spółce komunalnej w drodze bezprzetargowej (§ 12 ust. 2 część III SIWZ wzór umowy);

b) we wzorze umowy przewidziano następujące kary umowne:

- za przekazanie odpadów komunalnych do innej instalacji niż wskazana w SIWZ i w ofercie w wysokości 10 000 zł każdy stwierdzony przypadek (§ 16 ust. 1 pkt 5 część III SIWZ wzór umowy);
- za niedopełnienie obowiązków związanych ze sprzątnięciem terenu zanieczyszczonego odpadami wysypanymi z pojemników, worków, pojazdów w trakcie realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych oraz za niedopełnienie obowiązków każdorazowego porządkowania terenu zanieczyszczonego odpadami w promieniu 3 m od pojemników na odpady komunalne zmieszane i zbierane selektywnie, w wysokości 100 zł za każdy stwierdzony przypadek (§16 ust. 1 pkt 10 część III SIWZ wzór umowy);
- za odmowę udostępnienia pojazdów, bazy magazynowo- transportowej, 2 GPSZOK celem przeprowadzenia kontroli przez Zamawiającego, w wysokości 10 000 zł za każdy przypadek odmowy (§16 ust. 1 pkt 13 część III SIWZ wzór umowy);
- c) nie przewidziano procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zakwestionowanie zasadności nałożenia kary umownej;
- d) dla Zamawiającego zostało zastrzeżone prawo do odstąpienia od umowy, w trybie natychmiastowym, w przypadku gdy wykonawca - pomimo wezwania Zamawiającego do natychmiastowej poprawy jakości świadczonych usług, wykonuje swoje zobowiązania nienależycie (§ 17 ust. 1 pkt 5 część III SIWZ wzór umowy);
- e) we wzorze umowy przewidziano możliwość zmiany łączącej strony umowy w razie zaistnienia niezależnych od Zamawiającego, niemożliwych do przewidzenia w chwili zawierania umowy okoliczności o obiektywnym charakterze, Zamawiający ma prawo do zmniejszania zakresu realizacji przedmiotu umowy do aktualnie niezbędnych swoich potrzeb i w związku z tym, zmniejszenia wynagrodzenia (§ 18 ust. 1 pkt 2 część III SIWZ wzór umowy).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu stosownie do postawionych zarzutów i żądań.

Zamawiający złożył na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. z udziałem stron odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że cofa zarzuty, które nie zostały przez zamawiającego uwzględnione i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Jednocześnie, na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp wniósł o zwrot całości uiszczzonego wpisu na nr rachunku bankowego, z którego został uiszczony wpis od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron z uwzględnieniem wniosków - przedstawionych w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie i odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zamawiający uwzględnił przeważającą część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wskazując w odpowiedzi na odwołanie zmianę postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy.

Odwołujący cofnął pozostałe zarzuty, nieuwzględnione przez zamawiającego.

Zatem, w wyniku oświadczenia odwołującego o cofnięciu zarzutów odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego, w sytuacji gdy pozostałe zarzuty zostały uwzględnione, spór wywołany wniesieniem odwołania przestał istnieć.

Uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu i cofnięcie przez odwołującego pozostałych zarzutów, powoduje stan faktyczny odpowiadający przypadkowi, o którym stanowi przepis art. 186 ust. 2 Pzp, wobec faktu, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Wystąpiły więc przesłanki odpowiedniego zastosowania przepisu art. 186 ust. 2 Pzp, tj. umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym.

Rozpoznając wniosek odwołującego o zwrot uiszczzonego wpisu w całości na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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, Izba miała na uwadze, że skoro wnioski stron zostały złożone przed otwarciem posiedzenia niejawnego Izby z udziałem stron to stan rzeczy zaistniały przed otwarciem posiedzenia, uzasadniał zastosowanie wskazanego przepisu.

Uwzględniając powyższe, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym, na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła przepisy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238) i nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący: .....**