

Sygn. akt: KIO 1288/17

POSTANOWIENIE

z dnia 3 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Emil Kuriata

Lubomira Matczuk-Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2017 r. przez **Izbę Przemysłowo-Handlową Inwestorów w Polsce, ul. Puławska 99, 02-595 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzygminny Związek Gospodarki Odpadami Komunalnymi „Odra-Nysa-Bóbr”, ul. Bohaterów Wojska Polskiego 3, 66-600 Krosno Odrzańskie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Izby Przemysłowo-Handlowej Inwestorów w Polsce, ul. Puławska 99, 02-595 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Przewodniczący :
.....
.....

Uzasadnienie

Międzygminny Związek Gospodarki Odpadami Komunalnymi „Odra-Nysa-Bóbr” w Krośnie Odrzańskim (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne położonych na terenie Międzygminnego Związku Gospodarki Odpadami Komunalnymi „Odra-Nysa-Bóbr”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 czerwca 2017 r. pod pozycją 2017/S 111-224405.

W postępowaniu tym Izba Przemysłowo-Handlowa Inwestorów w Polsce (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 czerwca 2017 r. złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487§2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 6 do SIWZ stanowiącego wzór umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:

1. w §5 ust. 1 lit a) wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za opóźnienie w wykonaniu usługi za każdy dzień opóźnienia następujący po dniu odbioru, bez jednoczesnego określenia co rozumie przez sformułowanie „opóźnienie w wykonaniu usługi”, a kara ta pokrywa się z karą uregulowaną w §5 ust. 1 lit. g) wzoru umowy, co może skutkować podwójnym karaniem wykonawcy za to samo naruszenie;

2. w §5 ust. 1 lit b) wzoru umowy zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną w przypadku nienależytego wykonania umowy w danym miesiącu, która została sformułowana w sposób bardzo ogólny co powoduje, że może być ona dowolnie interpretowana na etapie realizacji umowy oraz może stanowić podstawę do podwójnego karania wykonawcy za to samo naruszenie;

3. w §5 ust. 1 pkt d) wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną

karę za przekazanie nierzetelnego sprawozdania lub raportu, nie precyzując przy tym, o jakie konkretnie sprawozdania i raporty chodzi oraz jakie okoliczności spowodują, że przedstawione przez wykonawcę dokumenty zostaną one uznane za nierzetelne;

4. w §5 ust. 1 pkt e) wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umową za nieterminowe przekazanie sprawozdania lub raportu, nie określając przy tym czy przedstawienie przez wykonawcę raportu lub sprawozdania, które zostały uznane przez Zamawiającego za nierzetelne również zostanie uznane za nieterminowe przekazanie tych dokumentów oraz nie wprowadził żadnego ograniczenia co do wysokości kary ,jaka może zostać nałożona na wykonawcę z tego tytułu;

5. w § 1 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający przewidział, że zagospodarowanie odpadów ma zapewnić osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowanie ich do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z obowiązującymi przepisami w odniesieniu do całego strumienia odpadów powstających w gminie, w jakim w §5 ust. 1 pkt f) wzoru umowy Zamawiający przewidział karę umowną za niewykonanie obowiązków, o których mowa w art. 3b lub art. 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i przepisów wykonawczych wyliczaną w odniesieniu do wymaganego poziomu recyklingu dla całego strumienia odpadów powstających w gminie, a nie jedynie w odniesieniu do strumienia odpadów odbieranych przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia;

6. w §5 ust. 1 pkt g) wzoru umowy Zamawiający przewidział karę umowną za nieodebranie odpadów z poszczególnych nieruchomości zgodnie z harmonogramem za każdy dzień opóźnienia od każdej nieruchomości i za każdy pojemnik bez jednoczesnego wprowadzenia ograniczenia co do wysokości kary umownej jaka może zostać nałożona na wykonawcę za niezrealizowanie usługi odbioru odpadów w odniesieniu do konkretnej nieruchomości, co powoduje, że przedmiotowe postanowienie jest niejednoczone i może być różnie interpretowane na etapie realizacji zamówienia;

7. w §5 ust. 1 pkt h) wzoru umowy Zamawiający przewidział ograniczenie co do wysokości kary umownej jaka może zostać nałożona na wykonawcę z tytułu opóźnienia w dostarczeniu pojemnika lub kompletu pojemników do wskazanej przez zamawiającego nieruchomości nie dookreślając przy tym jakiego okresu realizacji zamówienia dotyczy to ograniczenie;

8. w §5 ust. 1 pkt i) wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umową za zanieczyszczenie i pozostawienie nieuporządkowanego miejsca gromadzenia odpadów jeżeli jest to wynikiem działania wykonawcy;

9. w §5 wzoru umowy Zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji zamówienia;

10. w §11 ust. 1, ust. 4 i ust. 6 wzoru umowy Zamawiający wprowadził szereg warunków dotyczących realizacji przedmiotu umowy przez Wykonawcę, przy udziale podwykonawców, które w nieuzasadniony sposób nadmiernie ingerują w stosunki łączące wykonawcę z podwykonawcą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ, w tym załącznika nr 6 do SIWZ stanowiącego wzór umowy poprzez:

1. usunięcie §5 ust. 1 lit a) wzoru umowy lub ewentualnie, poprzez doprecyzowanie, że kara dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie rozpoczął świadczenia usługi w terminie dla więcej niż 20% nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia;

2. usunięcie §5 ust. 1 lit b) wzoru umowy;

3. modyfikację §5 ust. 1 pkt d) wzoru umowy polegającą na: obniżeniu kary umownej z 5.000,00 zł do 2.000,00 zł, doprecyzowaniu o jakie konkretnie raporty lub sprawozdania chodzi Zamawiającemu oraz wprowadzeniu zastrzeżenia, że nałożenie kary przewidzianej w tym przepisie będzie możliwe po uprzednim wezwaniu wykonawcy do poprawienia raportu lub sprawozdania w odpowiednim terminie, nie krótszym niż 3 dni robocze, przy czym w wezwaniu Zamawiający przedstawi szczegółowe uzasadnienie dlaczego i które elementy przedstawionych przez wykonawcę dokumentów uznaje za nierzetelne;

4. usunięcie §5 ust. 1 pkt e) wzoru umowy lub ewentualnie wskazanie za jakie konkretnie raporty lub sprawozdania nie dostarczone w terminie zostanie na wykonawcę nałożona kara umowna z jednoczesnym wprowadzeniem ograniczenia jej łącznej wysokości do kwoty 1.000 zł miesięcznie;

5. modyfikację §1 ust. 5 wzoru umowy poprzez wskazanie, że obowiązek zapewnienia odpowiednich poziomów recyklingu odnosi się do strumienia odpadów odbieranych przez wykonawcę tj. że poziomy recyklingu osiągnane przez wykonawcę będą wyliczane w odniesieniu do strumienia odbieranych przez niego odpadów, a nie w stosunku do całego strumienia odpadów powstających na terenie gminy oraz modyfikację §5 ust. 1 pkt f) wzoru umowy poprzez wskazanie, że wyliczenie poziomów recyklingu będzie następowało w odniesieniu do strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, a wykonawca zapłaci karę umowną wyłącznie w sytuacji, gdy dojdzie do nieosiągnięcia poziomów recyklingu w ramach strumienia odpadów odbieranego

przez wykonawcę i w przypadku gdy kara została faktycznie zapłacona przez Zamawiającego;

6. wprowadzenie w §5 ust. 1 pkt g) wzoru umowy ograniczenia zgodnie z którym łączna kara przewidziana w tym postanowieniu może wynieść nie więcej niż 200 zł w odniesieniu do danej nieruchomości;

7. doprecyzowanie w §5 ust. 1 pkt h) wzoru umowy, że wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie co do wysokości kary umownej jaka może zostać nałożona na wykonawcę z tytułu opóźnienia w dostarczeniu pojemnika lub kompletu pojemników do nieruchomości stanowi maksymalną wysokość kary jaka może zostać nałożona na wykonawcę z tego tytułu w całym okresie obowiązywania umowy w odniesieniu do wszystkich nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia;

8. modyfikację §5 ust. 1 pkt i) wzoru umowy poprzez wskazanie, że za każde zanieczyszczenie i pozostawienie nieuporządkowanego miejsca gromadzenia odpadów, jeżeli jest to wynikiem działania wykonawcy, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 200 zł, a za każdy przypadek zanieczyszczenia przez wykonawcę trasy przejazdu w wysokości 2.000 zł jeżeli jest to wynikiem działania wykonawcy;

9. wprowadzenie w §5 wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym przewidziane przez Zamawiającego kary umowne z różnych tytułów nie podlegają kumulacji;

10. wprowadzenie w §5 wzoru umowy ograniczenia co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w całym okresie realizacji zamówienia na poziomie maksymalnie 30% łącznej kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy;

11. wykreślenie §11 ust. 1, ust. 4 i ust. 6 wzoru umowy.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego w dniu 2 lipca 2017 r., kopia odwołania została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2017 r. Do postępowania odwoławczego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 27 czerwca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający złożył oświadczenie, iż rozpoznał wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu i uwzględnił wszystkie żądania Odwołującego.

W dniu 30 czerwca 2017 r. Odwołujący, powołując się na art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, złożył wniosek o umorzenie postępowania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego pismem z dnia 27 czerwca 2017 r.

w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Odwołujący wniósł także o zwrot Odwołującemu całej kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący :

.....

.....