

Sygn. akt: KIO 1942/17

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 26 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 26 września 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017r. przez **wykonawcę Koma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ełku, ul. Sikorskiego 19C** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazurski Związek Międzygminny Gospodarka Odpadami z siedzibą w Giżycku, ul. Wodna 4**

postanawia :

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Koma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ełku, ul. Sikorskiego 19C** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych w 12 gminach – uczestników Mazurskiego Związku Międzygminnego – Gospodarka Odpadami zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 września 2017r. za numerem 2017/S 171-350552.

W dniu 18 września 2017r. Koma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Elku – odwołujący wniosła odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 września 2017r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej upoważnionego do samodzielnego reprezentowania komplementariusza. Komplementariusz był upoważniony do samodzielnego reprezentowania spółki komandytowej, co ustalono na podstawie złożonych odpisów z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 18 września 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

1.) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez:

a) ustanowienie w SIWZ (Rozdział VI pkt 2.3.1) i ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III pkt 1.3) warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych -doświadczenia, który:

- w części jest niemożliwy do spełnienia, bowiem zamawiający wymaga od wykonawcy doświadczenia w realizacji usługi z zakresu transportu i zbierania odpadów (koniunkcja - przyp. odwołującego) o kodach tam wymienionych w sytuacji gdy w praktyce gospodarki odpadowej nie dochodzi do zbierania odpadów o kodzie 20 03 01 (nie segregowane - zmieszane odpady komunalne), bowiem odpady te są odbierane od właścicieli nieruchomości w rozumieniu ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach a nie zbierane w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach,

- w części jest nieproporcjonalny do potrzeb zamawiającego i sformułowany w sposób nadmierny do oceny zdolności wykonawcy do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, a także niewykluczone, że niemożliwy do spełnienia przez żadnego z potencjalnych z wykonawców. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się m.in. doświadczeniem w zakresie zbierania odpadów o kodach: 150104, 150105, 200101, 200102, 200113\*, 200114\*, 200115\*, 200117\* 200119\*, 200139, 200140, 200128, 200129\*, 200130, 200133\*, 200134, 200136, 200121\*, 200123\*, 200127\*, 200180, 170102, 170103. Powyższe kody odpadów dotyczą

głównie chemikaliów, które bardzo rzadko są zbierane a tym samym i transportowane, a także niektórych odpadów budowlanych oraz niektórych odpadów opakowaniowych. W przypadku zaś zamawiającego przez ostatnie 3 lata, w ramach realizacji umowy na odbiór odpadów zawartej z odwołującym, nie doszło do zbierania odpadów o w/w kodach;

b) ustanowienie w SIWZ (Rozdział VI pkt 2.4.1) i w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III pkt 1.3) warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, który jest zbędny dla oceny zdolności wykonawcy do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem Zamawiający wymaga od wykonawcy dysponowania bazą magazynowo-transportową usytuowaną w odległości nie większej niż 60km od granicy Sektora I/Sektora II o powierzchni nie mniejszej niż 500 m<sup>2</sup>, w sytuacji gdy do realizacji zamówienia niezbędne będzie posiadanie bazy magazynowo-transportowej położonej w odległości nie większej niż 60 km od granicy każdej z gmin wchodzących w skład Mazurskiego Związku Międzygminnego - Gospodarka Odpadami (zgodnie z art. §2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości);

2) art. 24aa ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez nieprzejrzyste, niespójne i sprzeczne ze sobą określenie w SIWZ (Rozdział III pkt 17, Rozdział VII pkt 1, 12 i 31) oraz ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III pkt 1.1 ppkt 3.), czy wraz z ofertą poza formularzem JEDZ, należy również złożyć część dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i jeśli tak to które;

3) art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy przez ustanowienie w SIWZ (Rozdział VIII pkt 4) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III pkt 1.1 ppkt 4) obowiązku złożenia przez Wykonawcę dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu - kopii wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, pomimo nie postawienia w SIWZ (Rozdział VI) stosownego, odpowiedniego dla tego dokumentu, warunku udziału w postępowaniu;

4) art. 46 ust. 4a ustawy przez nieuwzględnienie w zapisach SIWZ (Rozdział XI pkt 5.6.4 oraz pkt 13) aktualnego brzmienia przepisów ustawy co do możliwości zatrzymania wadium przez zamawiającego (rozwiązania przewidziane w SIWZ aktualne były na stan prawny przed 2014 r.) i tym samym ustalenie niezgodnych z PZP wymagań co do zapisów gwarancji wadialnej (SIWZ Rozdział XI pkt 5.6.4);

5) art. 29 ust. 2 ustawy oraz art. 353(1) kodeksu cywilnego i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy przez zamieszczenie w projekcie umowy (SIWZ Tom IV Warunki umowy) w §6 ust. 3 uprawnienia zamawiającego do obciążenia wykonawcy kosztami dalszej realizacji zamówienia - w miejsce wykonawcy - przez zamawiającego lub inny podmiot, w okolicznościach, o których mowa w §6 ust. 1 i 2 projektu umowy. Zapis ten jest: -

niejednoznaczny, bowiem nie jest wiadomym, kiedy zaktualizuje się uprawnienie zamawiającego przewidziane w §6 ust. 3 projektu umowy, - sformułowany z nadużyciem prawa zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków umowy z rażącym pokrzywdzeniem sytuacji wykonawcy.

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu:

a) wykreślenia w Rozdziale VI pkt 2.3.1 SIWZ (i odpowiednio w Sekcji III pkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu) następujących kodów odpadów: - 150104, 150105, 200101, 200102, 200113\*, 200114\*, 200115\*, 200117\* 200119\*, 200139, 200140, 200128, 200129\*, 200130, 200133\*, 200134, 200136, 200121\*, 200123\*, 200127\*, 200180, 170102, 170103. oraz - 20 03 01 (nie segregowane - zmieszane odpady komunalne), względnie zastąpienia wymaganego doświadczenia w zbieraniu odpadów o tym kodzie, doświadczeniem w odbieraniu od właścicieli nieruchomości odpadów o tym kodzie,

b) zmodyfikowanie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VI pkt 2.4.1 SIWZ i Sekcji III pkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu, tak aby wymagana odległość położenia bazy magazynowo-transportowej nie była większa niż 60 km od granicy każdej z gmin wchodzących w skład Sektora I lub Sektora II w zależności od tego, na którą część zamówienia wykonawca składa swoją ofertę,

c) usunięcia sprzeczności w postanowieniach SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu poprzez jednoznaczne określenie, które z dokumentów potwierdzające okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy powinny zostać złożone wraz z ofertą, a które dopiero na wezwanie zamawiającego,

d) wykreślenia pkt 4 z Rozdziału VIII SIWZ oraz wykreślenie z Sekcji III pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu obowiązku wykonawcy złożenia kopii wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska względnie: ustanowienie odpowiedniego warunku udziału w postępowaniu, którego spełnienie miałyby potwierdzać dokument w postaci kopii wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska;

e) zmianę w Rozdziale XI pkt 5.6.4. oraz pkt 13, które odpowiednio powinny otrzymać brzmienie: - „5.6.4. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.5', - „13. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a,

z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”;

f) wykreślenia ust. 3 z §6 projektu umowy (SIWZ Tom IV Warunki umowy) lub nakazanie zmiany ust. 3 z §6 projektu umowy (SIWZ Tom IV Warunki umowy) przez szczegółowe określenie w jaki sposób zamawiający będzie obciążał wykonawcę kosztami świadczenia usługi przez podmiot trzeci lub przez siebie (przy czym koszty te nie powinny przekraczać realnej szkody poniesionej przez zamawiającego) – żądanie ewentualne

g) uwzględnienia konsekwencji powyższych zmian w dalszych postanowieniach SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu;

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego postawienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest odbiór od właścicieli nieruchomości odpadów, o których mowa w Rozdziale III pkt 4 SIWZ tj.: odpadów segregowanych, zmieszanych odpadów komunalnych, wielkogabarytowych, popiołów, zużytych urządzeń elektrycznych i elektronicznych, zużytych opon, przeterminowanych leków i ich transport do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów (dalej „RIPOK”). Zamówienie obejmuje także utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (dalej „PSZOK”), a w ramach niego zbierania odpadów, o kodach wskazanych w Tomie V Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „SOPZ”) w Rozdziale VI pkt 16 i ich transportowania do RIPOK. Analiza opis przedmiotu zamówienia oraz przepisów prawa dotyczących odpadów pozwala na rozróżnienie trzech sposobów „postępowania” z odpadami:

a) odbierania od właścicieli nieruchomości (np. art. 6c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach),

b) zbierania odpadów (w rozumieniu u art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach),

c) transportu odpadów (art. 24 ustawy o odpadach).

W/w pojęcia mają różne znaczenie zarówno na gruncie przepisów prawa jak i postanowień SIWZ. W pewnym uproszczeniu według odwołującego można stwierdzić, że odbieraniem odpadów w przedmiotowym zamówieniu jest opróżnianie pojemników z odpadami znajdujących się przy posesjach właścicieli nieruchomości, zaś zbieraniem odpadów jest gromadzenie w PSZOK odpadów dostarczonych tam przez właścicieli nieruchomości. Zarówno odpady odebrane od właścicieli nieruchomości jak i zebrane w PSZOK, następnie są transportowane przez wykonawcę do RIPOK. Zamawiający w SIWZ w Rozdziale VI w pkt

2.3.1. przewidział warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy. Zgodnie z w/w postanowieniem SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: „2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada: 2.3.1. Doświadczenie - warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże że, wykonywał lub jest w trakcie wykonywania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej jednej usługi z zakresu transportu i zbierania odpadów komunalnych o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 13\*, 20 01 14\*, 20 01 15\*, 20 01 17\*, 20 01 19\*, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 28, 20 01 29\*, 20 01 30, 20 01 33\*, 20 01 34, 20 01 35\*, 20 01 36, 20 01 21\*, 20 01 23\*, 20 01 27\*, 20 01 80, 20 01 99, 20 01 32, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 07, 16 01 03, 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 03 80, 17 06 04 o masie nie mniejszej niż Część/Sektor I - 10 000 Mg; Część/Sektor II -10 000 Mg do unieszkodliwienia." Odwołujący zauważył, że zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia w transporcie i zbieraniu odpadów o w/w kodach, pomimo że przedmiot zamówienia to przede wszystkim odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i ich transport (vide Rozdział III pkt 4 SIWZ) a tylko w nieznacznej części ich zbieranie w ramach prowadzenia PSZOK-u. Zarzut sprowadza się do zakwestionowania:

1) wymogu zamawiającego posiadania doświadczenia w zbieraniu odpadów o kodzie 20 03 01 (nie segregowane - zmieszane odpady komunalne), których to odpadów się nie zbiera a odbiera od właścicieli nieruchomości. Dodatkowo zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych poza ich miejscem wytworzenia jest zakazane zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 5 ustawy o odpadach

2) wymogu zamawiającego posiadania doświadczenia w zbieraniu i transportowaniu odpadów o kodach: 20 01 13\*, 20 01 14\*, 20 01 15\*, 20 01 17\*, 20 01 19\*, 20 01 28, 20 01 29\*, 20 01 30, 20 01 33\*, 20 0134, 20 01 34, 20 01 27\*, 20 01 80, 17 01 03, Odpady o tych kodach to głównie bardzo rzadko zbierane chemikalia oraz niektóre odpady budowlane i niektóre odpady opakowaniowe. Odwołujący przez ostatnie 3 lata realizując usługę odbioru i transportu odpadów z Mazurskiego Związku Międzygminnego oraz prowadzenia PSZOK w tym czasie nie zebrał nawet kilograma odpadów o w/w kodach. W tych okolicznościach wydaje się odwołującemu, że postawienie warunku udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia w zbieraniu w/w odpadów jest warunkiem nieadekwatnym do potrzeb zamawiającego i niesłusznie eliminującym z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawców, którzy do tej pory nie zbierali odpadów o w/w kodach, Powyższe warunki udziału w postępowaniu zostały w SIWZ sformułowane w sposób nieproporcjonalny do potrzeb zamawiającego, przez co została naruszona zasada proporcjonalności wyrażona w art. 7 ust.

1 ustawy oraz w 22 ust. 1 ustawy. Zapisy powyższe utrudniają także uczciwą konkurencję bowiem zamykają możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom zdolnym je należycie zrealizować.

Co do zarzutu dotyczącego nieprawidłowo sformułowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego - posiadania bazy magazynowo-transportowej, to odwołujący wskazał, że w SIWZ (Rozdział VI pkt 2.4.1) i w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III pkt 1.3) zamawiający wymaga od wykonawcy dysponowania bazą magazynowo-transportową usytuowaną w odległości nie większej niż 60km od granicy Sektora I/Sektora II o powierzchni nie mniejszej niż 500 m<sup>2</sup>. Jednocześnie zamawiający przewidział, że w dniu rozpoczęcia realizacji usługi odbioru i transportu odpadów na rzecz zamawiającego (tj.01.01.2018r.) baza magazynowo -transportowa musi spełniać wymogi Rozporządzenia Ministra środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z art. §2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości: „1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną: 1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy; 2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny.” Pozostałe postanowienia powyższego rozporządzenia nie przewidują możliwości liczenia w/w odległości 60 km od granicy sektora związku międzygminnego jak to czyni zamawiający. W konsekwencji w sformułowaniu w/w warunku udziału w postępowaniu zachodzi wewnętrzna sprzeczność, bowiem w przypadku, gdy wykonawca wykaże, że dysponuje bazą magazynowo-transportową oddaloną nie więcej niż 60 km od granicy Sektora I lub II, nie będzie się mógł nią posłużyć w realizacji zamówienia, jeśli będzie ona oddalona o więcej niż 60 km od granicy poszczególnych gmin wschodzący w skład Sektora, na którym dany wykonawca ma realizować zamówienie. W konsekwencji postawiony warunek udziału w postępowaniu jest zbędny do oceny możliwości wykonawcy należytej realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym niezgodny z art. 22 ust. 1a ustawy, który przewiduje, iż warunek udziału w postępowaniu powinien być tak postawiony, aby na jego podstawie możliwe było dokonanie oceny zdolności wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia. Na marginesie zauważyć należy, że w SOPZ w Rozdziale VII w pkt 1 na wykonawcę nałożony jest obowiązek posiadania bazy magazynowo-transportowej od granicy Związku, nie zaś Sektora I/II jak to zostało sformułowane w warunku udziału w postępowaniu. W zakresie zarzutu dotyczącego niejednoznacznych sformułowań w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu jakie dokumenty należy złożyć wraz z ofertą odwołujący zauważył, że w Rozdziale III pkt 17, zamawiający zapowiedział, że przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, uregulowanej w art. 24aa ust, 1 ustawy, zgodnie z którą najpierw dokona oceny ofert a

następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Następnie w SIWZ w rozdziale VIII oświadczenia i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający w pkt 1 przewiduje, że wraz z ofertą należy złożyć: - JEDZ, - zobowiązanie podmiotu trzeciego, jeśli wykonawca polega na jego zasobach. W punktach 2-9 tego samego rozdziału zamawiający wymienia dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie wyjaśniając w SIWZ czy mają zostać złożone z ofertą czy też na wezwanie zamawiającego. W punkcie 12 zamawiający określa dokumenty jakie należy złożyć na jego wezwanie i tu wymienia dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia (12.1-12.7), Z powyższych postanowień SIWZ wynika, że dokumenty z pkt 1 należy złożyć z ofertą a dokumenty z pkt 12 na wezwanie zamawiającego, nie jest wiadomym natomiast, na jakim etapie złożyć dokumenty z pkt 2-9. Dodatkowo wątpliwości w tym zakresie piętrzą postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, tam bowiem w Sekcji III pkt 1.1) przewidziano, że wraz z ofertą należy złożyć: - JEDZ, - kopię aktualnego zezwolenia na transport odpadów - kopię aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości - kopię wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny.

W tym samym punkcie zamawiający wyjaśnił, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń lub dokumentów określonych w Rozdziale VIII pkt 3-5 (tu ponownie część dokumentów jak wyżej tj. kopia aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, kopię wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny oraz wykaz usług). Powyższe niespójności w zapisach SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu nie pozwalają wykonawcy należycie przygotować oferty, powstaje bowiem niepewność jakie dokumenty należy dołączyć do oferty a jakie dopiero na wezwanie zamawiającego.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego obowiązku złożenia dokumentu, który nie potwierdza spełnienia żadnego z warunków udziału w postępowaniu, odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Skoro zamawiający nie postawił żadnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny to obowiązek złożenia dokumentu w postaci kopii wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny jest zbędny dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

Odnosnie zarzutu wobec zapisów SIWZ dotyczących wadium, to zapisach SIWZ w Rozdziale XI pkt 5.6.4 oraz pkt 13 zamawiający nie uwzględnił aktualnie obowiązujących przepisów ustawy, co do okoliczności pozwalających zatrzymać wadium, a tym samym ustalił wymagania co do zapisów gwarancji wadialnej (SIWZ Rozdział XI pkt 5.6.4) niezgodnie z ustawą.



W zakresie zarzutu dotyczącego postanowień §6 ust. 3 projektu umowy, to wskazał, że w § 6 projekt umowy zamawiający przewidział w ust. 1 (1.1.-1.3) i 2 (2.1.-2.3.) sytuacje, w których uprawniony będzie do odstąpienia od umowy:

1. Zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli poweźmie wiadomość o tym, że:

1.1. Wszczęte zostało postępowanie upadłościowe wykonawcy.

1.2. Rozpoczęto likwidację firmy wykonawcy.

1.3. Wykonawca utracił uprawnienia do wykonywania przedmiotu umowy wynikające z przepisów szczególnych.

2. Odstąpienie od umowy przez zamawiającego może nastąpić również, jeżeli wykonawca:

2.1. Nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową z dniem 01.01.2018r.

2.2. Zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez kolejnych 7 dni kalendarzowych.

2.3. Pomimo uprzednich, pisemnych, co najmniej dwukrotnych zastrzeżeń ze strony zamawiającego, iż wykonawca nie realizuje zobowiązanie zgodnie z zapisami umowy oraz SIWZ lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowne.

W ust. 3 zamawiający przyznał sobie następujące uprawnienie:

3. W przypadkach wymienionych w ustępie 1 i 2 zamawiający może w terminie 7 dni po pisemnym uprzedzeniu, przejąć sam prowadzenie usług określonych niniejszą umową lub powierzyć je innemu podmiotowi, a kosztami tych usług obciąży wykonawcę.

Wątpliwości odwołującego budzi w pierwszej kolejności niejednoznaczność brzmienia ust. 3, nie jest bowiem jasne jak należy go rozumieć:

1) czy postanowienia ust. 3 pozwalają zamawiającemu odstąpić od umowy w sytuacjach, o których mowa w ust. 1 i 2 a następnie skorzystać z uprawnienia do obciążenia wykonawcy kosztami świadczenia usługi przez podmiot trzeci. Jeśli tak to pomimo, iż zamawiający odstąpił od umowy i nie wypłaca już wynagrodzenia wykonawcy, może obciążać go kosztami dalszego świadczenia usługi przez inny podmiot lub przez siebie. W tej sytuacji dojdzie do nieuzasadnione wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy, bowiem zamawiający zachowa dla siebie wynagrodzenie, które w przypadku dalszego trwania umowy wypłacałby wykonawcy a dodatkowo obciąży go kosztami świadczenia usługi przez inny podmiot.

2) czy natomiast zamierzeniem zamawiającego jest, aby z uprawnienia określonego w ust. 3 mógł skorzystać po stwierdzeniu okoliczności, o których mowa w pkt 1.1-1.3. oraz 2.1.-2.3. przy jednoczesnym zaniechaniu odstąpienia od umowy. Wówczas przy takim rozumieniu tego przepisu umowa wykonawcy z zamawiającym trwałaby nadal, przy czym w miejsce wykonawcy zamówienie miałby realizować podmiot trzeci lub sam zamawiający.

W przypadku przyjęcia wykładni ust. 3, o której mowa wyżej w pkt 1) odwołujący stwierdził, że zamawiający nadużywa swojego prawa podmiotowego do jednostronnego ustalenia

warunków umowy. Działanie zamawiającego narusza zasadę swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i brzmienie jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie zamawiającego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W przypadku przyjęcia wykładni ust. 3, o której mowa wyżej w pkt 2) powstają istotne wątpliwości: - jak długo zamawiający miałby możliwość korzystania z uprawnienia do obciążania wykonawcy kosztami wykonywania zamówienia przez inny podmiot? - w jaki sposób odbywałoby się naliczanie wynagrodzenia wykonawcy, skoro ten nie świadczy usługi (wysokość wynagrodzenia uzależniona od ilości odpadów odebranych przez wykonawcę)? Jednocześnie byłaby to karkołomna prawnie konstrukcja, pozwalająca na trwanie umowy zamawiającego z wykonawcą przy jednoczesnym odsunięciu go od wykonywania usługi. Odwołując się do funkcjonujących w obrocie prawnym postanowień umownych, odwołujący zauważył, że zdarzają się postanowienia, w których zamawiający zastrzega sobie uprawnienie, że w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy obciąży go dodatkowymi kosztami wynikającym z konieczności dokończenia realizacji zamówienia przez podmiot trzeci z wolnej ręki, jeśli zaoferuje on wynagrodzenie wyższe niż to, za które realizował zamówienie dotychczasowy wykonawca. Wówczas powstaje realna szkoda po stronie zamawiającego, a odszkodowaniem może obciążyć dotychczasowego wykonawcę z których rozwiązał umowę przez odstąpienie od niej. Być może takie zamierzenia miał zamawiający konstruując §6 ust. 3 projektu umowy, jednakże nie znalazło to odzwierciedlenia w brzmieniu tego zapisu umowy.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu uprawnienie do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem ma interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Przewidziane przez zamawiającego w SIWZ nieprawidłowe i dyskryminujące postanowienia utrudniają odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 18 września 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy nikt nie przystąpił.

W dniu 21 września 2017r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości. Oświadczenie zostało podpisane przez osoby umocowane do reprezentacji zamawiającego, zgodnie z załączonymi uchwałami i statutem.

W dniu 25 września 2017r. odwołujący potwierdził, że dokonane zmiany treści siwz i sprostowanie ogłoszenia wyczerpują w całości jego żądania zawarte w odwołaniu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, a zatem umorzenie postępowania było możliwe i konieczne.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm. z 2017 poz. 47).

**Przewodniczący:** .....