

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 10 lipca 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska  
**Członkowie:** Agnieszka Trojanowska  
Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 10 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2018 roku przez wykonawcę **Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- 1) **AG- COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**
- 2) **Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## UZASADNIENIE

Dnia lipca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 - dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący” lub „Wykonawca”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na **„Ręczne oczyszczanie na terenie m.st Warszawy”**, prowadzi Zamawiający: **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie**.

Odwołanie wniesiono wobec zapisów ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w tym wzoru umowy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie poprzez ustalenie:

1. § 2 ust. 3 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ); Część II ust. 1.2 załącznika nr 2 do Wzoru umowy oraz Część III ust. 1.2 załącznika nr 2 do Wzoru umowy - w zakresie uprawniającym Zamawiającego do zmiany terminów rozpoczęcia i zakończenia realizacji prac zimowego i letniego oczyszczania w zależności od warunków atmosferycznych, o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę z 48 godzinnym wyprzedzeniem, co narusza **art. 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 36 ust. 1 pkt 4 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp**, poprzez brak jednoznacznego i konkretnego określenia terminu realizacji zamówienia oraz udzielenie Zamawiającemu niczym nieograniczonego uprawnienia do dowolnego skrócenia lub przedłużenia terminu świadczenia usługi, co uniemożliwia wykonawcy starannie i racjonalnie przygotować oraz wycenić ofertę,

a także naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 144 ust. 1 pzp i art. 140 ust. 1 pzp**, poprzez udzielenie Zamawiającemu uprawnienia do jednostronnej zmiany istotnego elementu przedmiotu umowy, tj. terminu wykonania zamówienia, a przez to również wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co stanowi naruszenie przepisów zakazujących zmian postanowień zawartej umowy oraz nakazujących aby zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie;

2. § 2 ust. 2 zd. pierwsze Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) - w zakresie uprawniającym Zamawiającego do zlecenia wykonawcy określonych prac wymienionych we Wzorze umowy na **„dodatkowych terenach”**, co narusza **art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust.**

**1 pzp**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na niesprecyzowanie i niedookreślenie pojęcia „*dodatkowych terenów*” np. poprzez podanie położenia i dokładnej lub chociażby maksymalnej powierzchni tych terenów, co uniemożliwia wykonawcy starannie i racjonalnie przygotować oraz wycenić ofertę;

3. § 6 ust. 18 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) - w zakresie w jakim Zamawiającym naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 5 000 zł lub 2 000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w terminowym rozpoczęciu prac, co narusza **art. 29 ust. 2 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 14 pzp i art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc i art. 484 § 2 kc**, poprzez obciążanie wykonawcy dwukrotną karą umowną za tą samą okoliczność polegającą na opóźnieniu wykonania prac zimowego oczyszczania, jak również wprowadzenie do wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych, które są nieadekwatne do ewentualnej szkody, i które nie przystają do charakteru naruszeń, za jakie je zastrzeżono, co prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i zasady uczciwej konkurencji,

a także naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 14 pzp i art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc**, poprzez niejednoznaczne opisanie okoliczności, za które może zostać naliczona kara umowna, co wprowadza niepewność po stronie wykonawcy co do okoliczności, w których Zamawiający może naliczyć karę umowną, a tym samym nie pozwala wykonawcy na skalkulowanie w cenie ofertowej związanego z tym ryzyka,

4. Część II ust. 3.1 ppkt 3.1.1. lit b) zd. drugie załącznika nr 2 do Wzoru umowy - w zakresie zobowiązującym wykonawcę do odśnieżenia drogi umożliwiającej swobodne dojście z chodnika na przystanek przy oczyszczaniu nawierzchni przystanków, co narusza **art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na niesprecyzowanie i niedookreślenie powierzchni dróg umożliwiających swobodne dojście z chodnika na przystanek, co uniemożliwia wykonawcy starannie i racjonalnie przygotować oraz wycenić ofertę;

5. Część IV ust. 1 i ust. 4 załącznika nr 2 do Wzoru umowy - w zakresie odnoszącym się do „*wskazanych powierzchni*”, z których wykonawca zobowiązany jest usunąć śnieg oraz gołoledź, szadź lub marznącą mżawkę, co narusza **art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na niesprecyzowanie i niedookreślenie pojęcia „*wskazanych powierzchni*”, poprzez podanie położenia i dokładnej lub chociażby maksymalnej powierzchni tych terenów, co uniemożliwia wykonawcy starannie i racjonalnie przygotować oraz wycenić ofertę,

6. Część I ust. 2.1 załącznika nr 2 do Wzoru umowy: „*Zamawiający lub Przedstawiciel Zamawiającego ma prawo do pobierania próbek ze skrzyń ustawionych na trasach wyszczególnionych w załączniku nr 1 do umowy.*” oraz § 6 ust. 21 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ): „*W przypadku stwierdzenia, iż próbki środka do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej pobrane ze skrzyń nie spełniają warunków określonych w części I ust 2 pkt c załącznika nr 2 do umowy Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek, co narusza art. 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 14 pzp i art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc*, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy nieprecyzyjnych zapisów określających zasady pobierania próbek ze skrzyń ustawionych na trasach, nieuwzględniających obiektywnych kryteriów weryfikacji tych próbek oraz uniemożliwiających wykonawcy weryfikację pobranych próbek i w rezultacie pozwalających Zamawiającemu na arbitralne naliczenie kar umownych w przypadku niespełnienia wymogów przez próbki, co wprowadza niepewność po stronie wykonawcy co do okoliczności, w których Zamawiający może naliczyć karę umowną, a tym samym prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i zasady uczciwej konkurencji oraz nie pozwala wykonawcy na skalkulowanie w cenie ofertowej związanego z tym ryzyka,

7. Część I ust. 2.6 zd. trzecie załącznika nr 2 do Wzoru umowy: „*Ponadto Zamawiający wymaga, aby całość infrastruktury dostępowej oraz serwerowej związanej z systemem była zlokalizowana w Data Center Wykonawcy.*”, co narusza **art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp**, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i wprowadzenie do wzoru umowy nadmiernych, nieproporcjonalnych i zbędnych z punktu widzenia realizacji zamówienia wymogów, faworyzujących bardzo dużych wykonawców oraz zmuszających małych i średnich przedsiębiorców do ponoszenia dodatkowych, nieuzasadnionych kosztów i obciążeń,

8. Część I ust. 6 załącznika nr 2 do Wzoru umowy - w zakresie w jaki zobowiązuje wykonawcę do powiadomienia Zamawiającego o prowadzonych pracach budowlanych, drogowych i innych, które mają wpływ na czasowe lub trwałe zmniejszenie oczyszczanej powierzchni, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 14 pzp i art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc**, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy nieprecyzyjnych i nadmiernych wymogów, na podstawie których wykonawca musi informować Zamawiającego o prowadzonych pracach budowlanych, drogowych i innych, niezależnie od tego, czy wykonawca ma wiedzę o tych pracach, czy nie, co wprowadza niepewność po stronie wykonawcy co do okoliczności, w których Zamawiający może naliczyć karę umowną, a tym samym prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i zasady uczciwej konkurencji oraz nie pozwala wykonawcy na skalkulowanie w cenie ofertowej związanego z tym ryzyka;

9. Część II ust. 3.1. ppkt 3.1.6 załącznika nr 2 do Wzoru umowy: „Proce zimowego oczyszczania w wariacie AZ rozliczane będą zgodnie ze zryczałtowaną stawką /określoną w załączniku nr 3 do umowy/ za 100 m<sup>2</sup> oczyszczonej powierzchni w ciągu doby, niezależnie od ilości podejmowanych przez Wykonawcę w tym czasie działań”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, utrudniający uczciwą konkurencję, a także nieproporcjonalny i nadmierny dla wykonawcy, z uwagi na określenie jednej stawki wynagrodzenia niezależnie od ilości działań podjętych przez wykonawcę, co uniemożliwia wykonawcy starannie i racjonalnie przygotować oraz wycenić ofertę oraz prowadzi do nieuzasadnionego przerwania na wykonawcę znacznego ryzyka kontraktowego;

I. Część II ust. 3.4. ppkt 3.4.5 załącznika nr 2 do Wzoru umowy: „Zależnie od potrzeb, na polecenie Zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek nieodpłatnie usunąć na określony czas wskazane skrzynie bądź przygotować skrzynie do plombowania /w przypadku delegacji państwowych, imprez masowych, itp./”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na wprowadzenie obowiązku nieodpłatnego usunięcia lub przygotowania do plombowania nieokreślonej i niemożliwej do przewidzenia liczby skrzyń, co uniemożliwia wykonawcy starannie i racjonalnie przygotować oraz wycenić ofertę.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. usunięcie § 2 ust. 3 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ); Część II ust. 1.2 załącznika nr 2 do Wzoru umowy oraz Część III ust. 1.2 załącznika nr 2 do Wzoru umowy i ewentualnie dokonanie precyzyjnego i definitywnego określenia (wydłużenia) terminów realizacji prac w Ogłoszeniu o zamówieniu, pkt IV SIWZ i § 2 ust. 2 Wzoru umowy;

2. modyfikacje § 2 ust. 2 zd. pierwsze Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) poprzez sprecyzowanie pojęcia „*dodatkowych terenów*” i wprowadzenie wykazu tych terenów obejmującego ich dokładne położenie oraz ich dokładną, ewentualnie maksymalną powierzchnię;

3. usunięcie § 6 ust. 18 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), ewentualnie modyfikacje poprzez zmianę postanowienia § 6 ust. 18 Wzoru umowy: „*W przypadku niezastosowania się przez Wykonawcę do zapisów zawartych w części II ust 3 pkt*

3.1 ppkt 3.1.3 załącznika nr 2 do umowy/niezwłoczne przystąpienie do prac/Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w terminowym rozpoczęciu prac w wysokości:

- 5 000 zł w przypadku terenów określonych w załączniku nr 1 do umowy kategorią A,
  - 2 000 zł w przypadku terenów określonych w załączniku nr 1 do umowy kategorią B."
- w następujący sposób:

„ W przypadku niezastosowania się przez Wykonawcę do zapisów zawartych w części U ust 3 pkt

3.1 ppkt 3.1.3 załącznika nr 2 do umowy /niezwłoczne przystąpienie do prac/Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w terminowym rozpoczęciu prac w wysokości:

- 1 000 zł w przypadku terenów określonych w załączniku nr 1 do umowy kategorią A,
- 400 zł w przypadku terenów określonych w załączniku nr 1 do umowy kategorią B.

**Powyższe kary umowne będą naliczane w odniesieniu do wszystkich wskazanych wyżej terenów łącznie, a nie w odniesieniu do każdej trasy lub pozycji, której nieprawidłowości dotyczą."**

4. modyfikację Części II ust. 3.1 ppkt 3.1.1. lit b) zd. drugie załącznika nr 2 do Wzoru umowy poprzez precyzyjne określenie powierzchni poszczególnych dróg umożliwiających swobodne dojście z chodnika na przystanek, które należy odsnieżyć;

5. modyfikację Części IV ust. 1 i ust. 4 załącznika nr 2 do Wzoru umowy poprzez sprecyzowanie pojęcia „wskazanych powierzchni" i wprowadzenie wykazu tych powierzchni obejmującego ich dokładne położenie oraz ich dokładną powierzchnię, ewentualnie poprzez uzupełnienie pustych miejsc w ust. 4 Części IV załącznika nr 2 do Wzoru umowy i wprowadzenie konkretnych, maksymalnych powierzchni terenów, które Zamawiający będzie zlecał wykonawcy na dobę dla każdego rejonu;

6. modyfikacje Części I ust. 2.1 załącznika nr 2 do Wzoru umowy poprzez dodanie kolejnego zdania o treści: „**Zamawiający lub Przedstawiciel Zamawiającego będą pobierać po dwie próbki z każdej kontrolowanej skrzyni, z czego jedna próbka zostanie skierowana do zbadania przez atestowane laboratorium, a druga próbka zostanie przekazana wykonawcy w celu ewentualnej weryfikacji wyniku badania."**, oraz modyfikację § 6 ust. 21 Wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) w następujący sposób:

„W przypadku stwierdzenia, iż próbki środka do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej pobrane ze skrzyń **oraz przekazane do badań zgodnie z zasadami określonymi w części I ust 2.1. załącznika nr 2 do umowy, nie spełniają warunków określonych w części I ust 2 pkt c załącznika nr 2 do umowy** Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek.

7. modyfikację Części I ust. 2.6 załącznika nr 2 do Wzoru umowy poprzez usunięcie zdania trzeciego: „*Ponadto Zamawiający wymaga, aby całość infrastruktury dostępowej oraz serwerowej związanej z systemem była zlokalizowana w Data Center Wykonawcy.*”,

ewentualnie poprzez zmianę Części I ust. 2.6 zdanie trzecie załącznika nr 2 do Wzoru umowy w następujący sposób: „*Ponadto Zamawiający wymaga, aby całość infrastruktury dostępowej oraz serwerowej związanej z systemem była zlokalizowana w Data Center Wykonawcy **lub Data Center innej firmy świadczącej usługi centrum danych dla Wykonawcy.***”;

8. modyfikację Części I ust. 6 załącznika nr 2 do Wzoru umowy poprzez zmianę postanowienia: „*Wykonawca przy wykonywaniu prac zobowiązany jest do niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego o:*” w następujący sposób:

**„Wykonawca w przypadku spostrzeżenia poniższych okoliczności w trakcie wykonywania prac**

**zobowiązany jest do niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego o:”;**

9. modyfikację Części II ust. 3.1. ppkt 3.1.6 załącznika nr 2 do Wzoru umowy poprzez zmianę postanowienia: „*Prace zimowego oczyszczania w wariancie AZ rozliczane będą zgodnie ze zryczałtowaną stawką /określoną w załączniku nr 3 do umowy/ za 100 m2 oczyszczonej powierzchni w ciągu doby, niezależnie od ilości podejmowanych przez Wykonawcę w tym czasie działań*”,

w następujący sposób: „**Prace zimowego oczyszczania w wariancie AZ rozliczane będą zgodnie ze zryczałtowaną stawką /określoną w załączniku nr 3 do umowy/ za 100 m2 oczyszczonej powierzchni w ciągu doby, niezależnie od ilości podejmowanych przez Wykonawcę-w tym czasie działań. W przypadku dwukrotnego lub kilkukrotnego wystąpienia warunków zimowych w ciągu doby prace będą każdorazowo rozliczane zgodnie ze stawką /określoną w załączniku nr 3 do umowy/ za 100 m2 jednokrotnie oczyszczonej powierzchni w ciągu doby (za każde podjęte przez Wykonawcę działanie).**”;

10. modyfikację Części II ust. 3.4 ppkt 3.4.5 załącznika nr 2 do Wzoru umowy poprzez usunięcie z postanowienia słowa „*nieodpłatnie*” i wprowadzenie do kosztorysów stanowiących załączniki do SIWZ [dodatkowej] pozycji rozliczeniowej, tj. ceny za usunięcie jednej skrzyni na polecenie Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, a kwestionowane przez Odwołującego niejednoznaczne postanowienia SIWZ uniemożliwiają, a co najmniej istotnie



utrudniają Odwołującemu sporządzenie oraz wycenę oferty, a także nakładają na Odwołującego nadmierne, niczym nieuzasadnione i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia wymogi. W rezultacie Odwołujący może ponieść szkodę związaną z uniemożliwieniem lub utrudnieniem mu złożenia oferty, a w konsekwencji uzyskania dostępu do zamówienia.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany zgodnie z ustawą Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania pocztą elektroniczną zgodnie z treścią art. 180 ust 5 Pzp. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego złożono następujące przystąpienia:

- 1) AG- COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- 2) Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień.

W dniu 10 lipca 2018 roku Odwołujący przed otwarciem posiedzenia i rozprawy wyznaczonych na dzień 12 lipca 2018 roku, złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego

na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 13 500,00 złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a 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. z 2018r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....