

Sygn. akt: KIO 3241/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 22 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **22 grudnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 grudnia 2020 r.** przez wykonawcę **BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Tychach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Tychy,**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Tychach** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczony wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 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 **Katowicach.**

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Tychy (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakładanie i utrzymanie rabat sezonowych na terenie miasta Tychy w 2021 roku” („**Postępowanie**”).

W dniu 7 grudnia 2020 r. wykonawca BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Tychach (dalej: „**Odwołujący**”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 139 ust. 1 Pzp - poprzez sporządzenie WU, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, powodujące nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego - i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, godzące w naturę stosunku prawnego w jakim:
  - a. nie określono maksymalnej wysokości kar umownych w §8 WU, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca;
  - b. nałożono w §3 ust. 2 WU wyłącznie na wykonawcę nieproporcjonalne i bliżej nie określone ryzyko ponoszenia wszelkiej odpowiedzialności za szkody powstałe z prowadzeniem „prac”;
  - c. uprawniono w §4 ust. 2 WU w sposób uprzywilejowany Zamawiającego w zakresie możliwości składania wniosków oraz zastrzeżeń, które wykonawcy musi zrealizować bez możliwości odniesienia się do nich i zakwestionowania ich racjonalności lub zasadności;
  - d. nieprecyzyjne określenie tytułu §9 WU, który stanowi iż dotyczy on prawa odstąpienia oraz wypowiedzenia, natomiast z treści ww. paragrafu wynika jedynie prawo odstąpienia;
  - e. brak minimalnego terminu dodatkowego jaki Zamawiający może wyznaczyć zgodnie z §4 ust. 3 WU wykonawcy, zbyt krótki termin poinformowania o terminie kontroli przez Zamawiającego w §4 ust. 4 WU;

- f. brak określenia przesłanki dotyczącej siły wyższej i braku odpowiedzialności wykonawcy za skutki jej wystąpienia podczas gdy w przypadku przedmiotowego zamówienia powstanie okoliczności związanych z siłą wyższą (taką jak np. gradobicie) jest wysoce prawdopodobne.
2. art. 395 k.c. oraz Art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez brak ustalenia terminu w jakim przysługuje Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy;
  3. art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert wskazane w punkcie 13.3.6 jako Kryterium nr 6 w sposób nie przekładający się na jakość wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż ustalenie procentowe uzupełniania wypadów nie zwiększa nacisku wykonawców na dbałość o rabaty, tak by wypadów tych nie było. Jednocześnie kryterium to narusza zasadę przejrzystości ponieważ jest niejednoznaczne, nieprecyzyjne i nie pozwala na dokładne wyliczenie kosztów, tym samym i ceny przez wykonawców;
  4. art. 91 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny oferty wskazane w punkcie 13.3.5 jako Kryterium nr 5 w sposób nie przekładający się na jakość wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu oraz w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, gdyż kryterium wskazuje na dwie różne podstawy naliczania kary, które nie są ze sobą tożsame oraz sytuację którą WU w ogóle nie przewidują tj. terminu rozpoczęcia wykonania obsady rabat;
  5. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz 353(1) kc 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 niewyczerpujący, nieproporcjonalny, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, poprzez:
    - wskazanie w Dziale II pkt 3f, iż wykonawca ma samodzielnie, z własnej inicjatywy podejmować czynności pielęgnacyjne podczas gdy z punktu 7 w Dziale I OPZ wszystkie czynności mają odbywać się dopiero po uzgodnieniu, co powoduje rozbieżności co do sposobu realizacji umowy przez wykonawcę;
    - brak jednoznacznego wskazania sposobu zabezpieczenia roślin od mrozu w Dziale II pkt 2h - sposobu zabezpieczenia są niezwykle różnorodne a rozpiętość kosztów

bardzo duża, wykonawca na podstawie obecnie obowiązującego zapisu nie jest w stanie wycenić tych prac ani samego ryzyka z nimi związanego, co uniemożliwia sporządzenie wyceny w sposób prawidłowy;

- błędne określenie terminów sadzenia sadzonek i określenia „sezonów” w OPZ. Zamawiający wskazał na zbyt późne terminy ich realizacji obsadzania rabat, co może wpłynąć niekorzystnie na jakość realizowanych prac przez wykonawców,
- określenie w Dziale I punkt 1 ppkt 6, iż wykonawca ma dokonywać codziennego zgłaszania prac jakie będzie wykonywać w danym dniu podczas gdy z charakteru przedmiotu zamówienia, sposobu wynagradzania wykonawcy wynika, iż nie jest on zobowiązany do realizacji przedmiotu umowy codziennie, co powoduje niejednoznaczność zapisów OPZ oraz nakładania obowiązków na wykonawcę, które są nieproporcjonalne do przedmiotu umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i dokonanie zmian w SIWZ w sposób opisany w treści odwołania, przeprowadzenie postępowania odwoławczego tj. posiedzeń i rozpraw z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie w terminie 3 dni od wezwania Zamawiającego do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, oświadczając, iż uwzględni zarzuty podniesione przez Odwołującego, w wyłączeniu zarzutu naruszenia: art. 353(1) w związku z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie WU, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, powodujące nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego – i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, godzące w naturę stosunku prawnego w jakim: c) uprawniono w § 4 ust. 2 WU w sposób uprzywilejowany Zamawiającego w zakresie możliwości składania wniosków oraz zastrzeżeń, które wykonawca musi zrealizować bez możliwości odniesienia się do nich i zakwestionowania ich racjonalności i zasadności; e) brak minimalnego terminu dodatkowego jaki Zamawiający może wyznaczyć zgodnie z § 4 ust. 3 WU wykonawcy, f) zbyt krótki termin poinformowania o terminie kontroli przez Zamawiającego w § 4 ust. 4 WU; g) brak określenia przesłanki dotyczącej siły wyższej i braku odpowiedzialności wykonawcy za skutki jej wystąpienia podczas gdy w przypadku

przedmiotowego zamówienia powstanie okoliczności związanych z siłą wyższą (taką jak np. gradobicie) jest wysoce prawdopodobne oraz zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz 353 (1) kc 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, niewyczerpujący, nieproporcjonalny, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, poprzez: c) błędne określenie terminów sadzenia sadzonek i określenia „sezonów” w OPZ. Zamawiający wskazał na zbyt późne terminy ich realizacji obsadzania rabat, co może wpłynąć niekorzystnie na jakość realizowanych prac przez wykonawców

Odwołujący w piśmie z dnia 21 grudnia 2020 r. oświadczył, iż cofa odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i wnosi o zwrot opłaty od odwołania w wysokości 90% wpisu.

Wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania oraz wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp – należało umorzyć.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3a 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. z 2018 poz. 972 z późn. zm.) jednocześnie orzekając w tym zakresie o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....