

POSTANOWIENIE

z dnia 9 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Bio-Ekos Sp. z o.o. Sp. k., ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasta Tychy Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Bio-Ekos Sp. z o.o. Sp. k., ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie rabat stałych na terenie miasta Tychy w 2021 roku” przez Zakład Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy (dalej „zamawiający”) wykonawca BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k., ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w szczególności Wzoru Umowy (dalej: „WU”).

Odwołujący zarzucił zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 91 ust. 2, poprzez ustalenie kryterium nr 4 oceny ofert wskazane w punkcie 13.3.4 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, a jednocześnie naruszający zasadę przejrzystości, ponieważ jest niejednoznaczne, nieprecyzyjne i nie pozwala na dokładne wyliczenie kosztów, tym samym i ceny przez wykonawców; ponadto w zamawiający wskazał błędny wzór zgodnie, z którym istnieje możliwość, aby żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie uzyskał maksymalnej liczby punktów w tym kryterium pomimo zadeklarowania najwyższej możliwej procentowej wartości wypadów,
2. art. 353¹ 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 ustawy 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) nie wprowadzono w § 8 WU procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych oraz ich wysokości, a także usunięcia naruszeń przed ich nałożeniem,

- c) nałożono w § 3 ust. 2 WU wyłącznie na wykonawcę nieproporcjonalne i bliżej nie określone ryzyko ponoszenia wszelkiej odpowiedzialności za szkody powstałe z prowadzeniem „prac”,
 - d) 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,
 - e) nieprecyzyjne określenie tytułu § 9 WU, który stanowi iż dotyczy on prawa odstąpienia oraz wypowiedzenia, natomiast z treści ww. paragrafu wynika jedynie prawo odstąpienia,
 - f) niejednoznacznie i nieprecyzyjnie wskazano przesłankę do odstąpienia w § 9 ust. 1 pkt 4 c WU,
 - g) brak określenia procedury wymiany osoby zatrudnionej w ramach kryterium numer 3 w przypadku konieczności np. jej zwolnienia (np. art. 52 KP) lub rezygnacji tej osoby z pracy,
 - h) brak minimalnego terminu dodatkowego jaki zamawiający może wyznaczyć zgodnie z § 4 ust. 3 WU wykonawcy,
 - i) zbyt krótki termin poinformowania o terminie kontroli przez zamawiającego w § 4 ust. 4 WU.
3. art. 395 k.c. oraz art. 353¹ 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 ustawy Pzp, poprzez brak ustalenia terminu w jakim przysługuje zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy,
4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1, 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 nakłada obowiązek codziennego przedstawiania raportów w Dziale 1 punkt 6 OPZ podczas gdy z charakteru umowy nie wynika konieczność wykonywania pracy przez wykonawcę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. usunięcie kryterium 4, a z ostrożności procesowej, w przypadku nie uznania za zasadne usunięcia ww. kryterium, gdyby Izba uznała, iż nie narusza ono art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, zmianę wagi ww. kryterium na 10 %; ponadto zobowiązanie

- zamawiającego do zmiany wzoru matematycznego w kryterium numer 4, tak by wykonawcy mieli możliwość uzyskania maksymalnej ilości punktów w tym kryterium przy zadeklarowaniu najwyższej możliwej ilości procentowej wypadów,
2. wprowadzenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości 20% wynagrodzenia netto wykonawcy w § 8 WU,
 3. wprowadzenia procedury reklamacyjnej w § 8 WU postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłocznie usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz odniesienie się przez wykonawcę do podanych przez zamawiającego podstaw naliczenia kar umownych,
 4. zmianę treści § 3 ust. 2 WU w następujący sposób: *„Strony uzgadniają, iż Wykonawca od dnia podpisania umowy odpowiada na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego za szkody spowodowane zawiniony działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy na terenie prowadzonych prac w trakcie ich realizacji.”*,
 5. zmianę treści § 4 ust. 2 WU w następujący sposób: *„Zamawiający uprawniony jest do kierowania do Wykonawcy wniosków i zastrzeżeń w sprawach związanych z realizacją przedmiotu umowy, które Wykonawca musi uwzględniać pod warunkiem, iż są one niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy zgodnie z jej treścią. Wykonawca ma prawo do pisemnego ustosunkowania się do złożonych wniosków i zastrzeżeń przez Zamawiającego.”*,
 6. wprowadzenie okresu w jakim zamawiający będzie mógł skorzystać z umownego prawa odstąpienia w § 9 WU oraz wprowadzenie definicji „istotności naruszenia”, a także wprowadzenia obowiązku wezwania w § 9 ust. 1 pkt 4c WU przez zamawiającego do zaprzestania istotnego naruszania obowiązków przez wykonawcę przed dokonaniem odstąpienia od umowy przez zamawiającego; ponadto określenia jednoznacznie w § 9 czego dotyczy ten paragraf – wypowiedzenia czy odstąpienia,
 7. wprowadzenie do WU procedury wymiany osoby zadeklarowanej w kryterium numer 3 z przyczyn niezależnych od wykonawcy,
 8. zwiększenie terminu określonego w § 4 ust. 4 WU z 1 godziny do 24 godzin,
 9. wprowadzenie minimalnego terminu dodatkowego w § 4 ust. 3 w wysokości 3 dni,
 10. zmianę treści Działu I punkt 6 OPZ w następujący sposób: *„Wykonawca każdego roboczego dnia, w którym zamierza realizować przedmiot umowy, najpóźniej do godziny 9:00 ma obowiązek wysłać do Zamawiającego drogą elektroniczną na adres mailowy wykaz prac planowanych na dany dzień, oraz informację na jakim etapie są prace wykonywane w dniu poprzednim, o ile takowe były.”*

Pismem z dnia 7 grudnia 2020 r. – Odpowiedź na odwołanie – zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów:

1. art. 91 ust. 2, poprzez ustalenie kryterium nr 4 oceny ofert wskazane w punkcie 13.3.4 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, a jednocześnie naruszający zasadę przejrzystości, ponieważ jest niejednoznaczne, nieprecyzyjne i nie pozwala na dokładne wyliczenie kosztów, tym samym i ceny przez wykonawców; ponadto w zamawiający wskazał błędny wzór zgodnie, z którym istnieje możliwość, aby żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie uzyskał maksymalnej liczby punktów w tym kryterium pomimo zadeklarowania najwyższej możliwej procentowej wartości wypadów,
2. art. 353¹ 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 ustawy 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:
 - nie określono maksymalnej wysokości kar umownych w § 8 WU, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca,
 - nałożono w § 3 ust. 2 WU wyłącznie na wykonawcę nieproporcjonalne i bliżej nie określone ryzyko ponoszenia wszelkiej odpowiedzialności za szkody powstałe z prowadzeniem „prac”,
 - nieprecyzyjne określenie tytułu § 9 WU, który stanowi iż dotyczy on prawa odstąpienia oraz wypowiedzenia, natomiast z treści ww. paragrafu wynika jedynie prawo odstąpienia,
 - brak określenia procedury wymiany osoby zatrudnionej w ramach kryterium numer 3 w przypadku konieczności np. jej zwolnienia (np. art. 52 KP) lub rezygnacji tej osoby z pracy,
3. art. 395 k.c. oraz art. 353¹ 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 ustawy Pzp, poprzez brak ustalenia terminu w jakim przysługuje zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy,
5. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1, 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 nakłada obowiązek codziennego przedstawiania raportów w Dziale 1 punkt 6 OPZ podczas gdy z charakteru umowy nie wynika konieczność wykonywania pracy przez wykonawcę.

Po otwarciu rozprawy odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, tj. w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 353¹ 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 ustawy 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:

- nie wprowadzono w § 8 WU procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych oraz ich wysokości, a także usunięcia naruszeń przed ich nałożeniem,
- 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,
- niejednoznacznie i nieprecyzyjnie wskazano przesłankę do odstąpienia w § 9 ust. 1 pkt 4 c WU,
- 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.

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zamawiający złożył skuteczne oświadczenie o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o cofnięciu odwołanie w pozostałym zakresie, tj. zakresie, który nie został przez zamawiającego uwzględniony.

Skład orzekający Izby ustalił, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Stosownie do wskazanego art. 186 ust. 3a ustawy pzp *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”*

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i art. 186 ust. 3a w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, orzekając jednocześnie o konieczności zwrotu odwołującemu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący