

Sygn. akt: KIO 1980/19

POSTANOWIENIE
z dnia 15 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 15 października 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2019 r. przez wykonawcę J. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Galeria Czystości J. Ż. w Pile w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy J. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Galeria Czystości J. Ż. w Pile kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego 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) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 września 2019 r. pod numerem 2019/S 184-448267. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 października 2019 r. wykonawca J. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Galeria Czystości J. Ż. w Pile (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 29 ust. 1 i 2, art. 139 ustawy Pzp oraz art. 353¹ i art. 354 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego, a skutkuje jedynie naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz uregulowanie zasad świadczenia przez wykonawcę usług w sposób sprzeczny za naturą stosunku zobowiązaniowego (przede wszystkim w sposób naruszający równowagę praw stron) oraz zasadę współdziałania przez wierzyciela z dłużnikiem przy wykonywaniu zobowiązania, tj.

- a) zawarcie w treści wzoru umowy (§ 7 ust. 1) wymogu: „Wykonawca w celu zapewnienia prawidłowej realizacji Przedmiotu zamówienia ma obowiązek wystawienia co najmniej 8 brygad roboczych, ze stanem osobowym przynajmniej 3 osoby na każdą brygadę oraz jedną osobę na stanowisko kierownika kontraktu, zatrudnionych na umowę o pracę.” podczas gdy Zamawiający nie jest w stanie zapewnić, że zlecony przez niego na etapie realizacji zamówienia zakres prac będzie uzasadniał konieczność zatrudnienia tak wysokiej ilości pracowników (łącznie 25 osób), co grozi ponoszeniem przez Wykonawcę nieuzasadnionych, niesprawiedliwionych nakładem pracy, kosztów zatrudnienia pracowników, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek gwarancji ze strony Zamawiającego co do gwarantowanego, minimalnego zakresu usługi;
- b) dopuszczenie zlecenia mycia ekranów akustycznych oraz usuwania graffiti także w okresie zimowym, co - ze względu na brak możliwości poboru w tym okresie przez Wykonawcę wody z hydrantów miejskich - prowadzi do zamarzania wody transportowanej pojazdami, prowadząc do uszkodzenia wykorzystywanych przez Wykonawcę urządzeń oraz do braku

możliwości usuwania graffiti ze względu na nieskuteczność dostępnych na rynku środków chemicznych przy temperaturze poniżej 5 stopni Celsjusza;

- c) zawarcie w treści wzoru umowy (§ 4 ust. 1 i 2) wymogu, by ustanowione przez Wykonawcę zabezpieczenie należytego wykonania umowy obowiązywało w trakcie trwającej rękojmi w zakresie 30 % jego wartości, podczas gdy ze względu na to, że potrzeba skorzystania przez Zamawiającego z zabezpieczenia może dotyczyć tylko prac o charakterze trwałym, tj. związanych z nakładaniem powłok antygraffiti, nie ma potrzeby, by Wykonawca ustanawiał w trakcie rękojmi tak wysokie zabezpieczenie;
- d) zobowiązanie Wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej zgodnie z ustalonym przez Zamawiającego wzorem, który daje Zamawiającemu podstawę do skorzystania z zabezpieczenia w każdym przypadku, wyłącznie według jego własnego uznania;
- e) brak zawarcia w treści wzoru umowy oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Prac (dalej jako „STWiOP”) postanowień, które zobowiązywałyby Zamawiającego do przystępowania i dokonywania odbioru wykonanych (zgłoszonych) przez Wykonawcę prac w określonym terminie, co powoduje, że w trakcie realizacji umowy Zamawiający ma możliwość dowolnego przedłużania terminu odbioru - ze szkodą dla Wykonawcy, który jest uprawniony do wystawienia faktury VAT wyłącznie na podstawie podpisanego przez strony protokołu odbioru;
- f) zawarcie w treści STWiOP (pkt 3.2.1) wymogu: „Usuwanie graffiti, w tym wszelkiego rodzaju malunków naniesionych różnymi technikami i farbami, markerami etc. należy wykonywać w sposób zapewniający dokładne i efektywne ich usunięcie, nie pozostawiając cieni, nie uszkadzając czyszczonej powierzchni i istniejących trwałych powłok antygraffiti/antyplakat, zgodnie z instrukcją producenta użytego środka chemicznego oraz zgodnie z instrukcją eksploatacji poszczególnych obiektów zabezpieczonych powłoką antygraffiti.”, podczas gdy w większości przypadków usunięcie graffiti bez jednoczesnego uszkodzenia (naruszenia) farby znajdującej się pod spodem jest niemożliwe;
- g) zawarcie w treści STWiOP (pkt 3.1.1, 3.5.1, 3.6.1) bezwzględnego wymogu stosowania w trakcie mycia ciepłej wody, podczas gdy w wielu przypadkach używanie ciepłej wody nie jest konieczne oraz możliwe (np. ze względu na wskazania producenta określonego środka czyszczącego), a tym samym dobór odpowiedniej, pozwalającej na prawidłowe wykonanie prac, temperatury wody powinien być zależny od Wykonawcy, jako podmiotu profesjonalnego;
- h) zawarcie w treści STWiOP (pkt 4.24) wymogu: „Wszystkie materiały, środki użyte do czyszczenia oraz zabezpieczania przed umieszczaniem graffiti i plakatów muszą posiadać atest PZH” podczas gdy jest on nadmierny - nie wynika z przepisów prawa, ogranicza możliwość wykorzystania przez Wykonawcę środków, które spełniają pozostałe

wymagania Zamawiającego, a jedynie nie zostały atestowane przez ich producenta w Państwowym Zakładzie Higieny;

- i) brak przedstawienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia obmiaru gzymsów i balustrad, na podstawie których strony będą dokonywać obmiaru wykonanych prac;
- j) zawarcie w treści wzoru umowy (§ 6 ust. 14) oraz STWiOP (pkt 4.17) wymogu: „Wykonawca rozpocznie usuwanie graffiti i plakatów w trybie awaryjnym w czasie do 2 godzin, liczonym od momentu otrzymania zlecenia od Zamawiającego. Usługa musi zostać wykonana i przedstawiona do odbioru Zamawiającemu w czasie godzin, zgodnym z Ofertą Wykonawcy, liczonym od momentu otrzymania zlecenia od Zamawiającego.” i zastrzeżenie na wypadek naruszenia tego obowiązku kary umownej w wysokości 100,00 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, podczas gdy dochowanie przez Wykonawcę tak krótkiego czasu rozpoczęcia usuwania graffiti i plakatów jest w większości przypadków niemożliwe, zwłaszcza w sytuacji gdy zlecenie jest udzielane przez Zamawiającego w tzw. godzinach szczytu (06:00-10:00 i 15:00- 19:00);
- k) zawarcie w treści STWiOP (pkt 4.29) wymogu, by szczegółowy obmiar wykonywanych prac był dokonywany przez Wykonawcę, podczas gdy wszelkie czynności odbiorowe – w tym obmiar powierzchni - powinny być wykonywane przez Zamawiającego i nie powinny być przerzucane na Wykonawcę;
- l) przyznanie w treści STWiOP (pkt 4.21) Zamawiającemu prawa do kwestionowania jakości wykonanych prac tylko na podstawie przekazywanej przez Wykonawcę dokumentacji fotograficznej, bez konieczności wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu na usunięcie stwierdzonych wad lub usterek, co w konsekwencji daje Zamawiającemu prawo do obciążenia Wykonawcy karą umowną na podstawie okoliczności subiektywnych, bez konieczności rzetelnego sprawdzenia jakości prac;
- m) zawarcie w treści wzoru umowy (§ 10) wymogu: „Wykonawca, zawrze i będzie kontynuował do czasu zakończenia realizacji ciężących na nim zobowiązań umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia o wartości sumy ubezpieczenia nie niższej niż 1 200 000,00 zł (słownie: jeden milion dwieście tysięcy złotych).”, podczas gdy suma tego ubezpieczenia - kwota 1.200.000 zł - jest nadmierna i nie jest uzasadniona potrzebami Zamawiającego, co prowadzi jedynie do ograniczenia konkurencji.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) wykreślenia z treści wzoru umowy postanowienia § 7 ust. 1 zobowiązującego Wykonawcę do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w trakcie realizacji zamówienia co najmniej 8 brygad roboczych składających się z 3 osób każda i wprowadzenie w to miejsce

postanowienia: „Wykonawca w celu zapewnienia prawidłowej realizacji Przedmiotu zamówienia ma obowiązek zatrudnić odpowiednią ilość brygad roboczych składających się z odpowiedniej liczby pracowników oraz jedną osobę na stanowisku kierownika kontraktu, zatrudnionych na umowę o pracę. Określenie odpowiedniej liczby brygad roboczych i liczby pracowników należy do Wykonawcy” lub zagwarantowania Wykonawcy miesięcznego, minimalnego i ryczałtowego wynagrodzenia za gotowość świadczenia usług na poziomie co najmniej 100.000 zł netto/miesięcznie;

- b) wprowadzenia do treści STWiOP postanowień wykluczających możliwość wykonywania prac polegających na myciu ekranów akustycznych oraz usuwaniu graffiti w temperaturze poniżej 5 stopni Celsjusza;
- c) zmniejszenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie rękojmi do wysokości 10 % jego pierwotnej wartości, zamiast wymaganych 30 %;
- d) wprowadzenia do treści wzoru gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej postanowień uzależniających możliwość skorzystania z zabezpieczenia wyłącznie po uprzednim, pisemnym wezwaniu Wykonawcy do usunięcia wad i usterek i wyznaczeniu w tym zakresie terminu do ich usunięcia (nie krótszego niż 7 dni);
- e) wprowadzenia do treści wzoru umowy i STWiOP postanowień zobowiązujących Zamawiającego do przystąpienia do odbioru zrealizowanych przez Wykonawcę prac niezwłocznie, nie później niż w ciągu 3 dni od dnia otrzymania zgłoszenia, oraz do zakończenia tych czynności nie później niż w ciągu 7 dni od dnia otrzymania zgłoszenia - pod rygorem możliwości wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT na podstawie protokołu jednostronnego;
- f) zmiany pkt. 3.2.1. STWiOP poprzez nadaniu mu brzmienia: „Usuwanie graffiti, w tym wszelkiego rodzaju malunków naniesionych różnymi technikami i farbami, markerami etc. należy wykonywać w sposób zapewniający dokładne i efektywne ich usunięcie, zgodnie z instrukcją producenta użytego środka chemicznego oraz zgodnie z instrukcją eksploatacji poszczególnych obiektów zabezpieczonych powłoką antygraffiti.”
- g) wykreślenia zawartego w pkt. 3.1.1, 3.5.1. i 3.6.1. bezwzględnego wymogu stosowania w trakcie mycia ciepłej wody i wprowadzenie w to miejsce postanowienia zgodnie z którym dobór odpowiedniej temperatury wody leży po stronie Wykonawcy;
- h) wykreślenia zawartego w pkt. 4.24 wymogu „Wszystkie materiały, środki użyte do czyszczenia oraz zabezpieczania przed umieszczaniem graffiti i plakatów muszą posiadać atest PZH”;
- i) dołączenia do treści opisu przedmiotu zamówienia zestawienia wielkości gzymsów i balustrad, na podstawie którego strony będą dokonywać obmiaru wykonanych prac;
- j) zmiany zawartego w § 6 ust. 14 wzoru umowy oraz pkt 4.17 STWiOP obowiązku rozpoczęcia usuwania graffiti i plakatów w trybie awaryjnym w czasie do 2 godzin poprzez

jego zwiększenie do 24 godzin oraz wykreślenia zawartego w § 9 ust. 2 pkt 4 prawa Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy karą umowną w wysokości 100,00 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w rozpoczęciu wykonywania tych prac;

- k) wykreślenia zawartego w pkt. 4.29 STWiOP wymogu, by szczegółowy obmiar wykonywanych prac był dokonywany przez Wykonawcę i wprowadzenie w to miejsce postanowienia, by obmiar powierzchni był wykonywany przez Zamawiającego w ramach prowadzonych czynności odbiorowych;
- l) wprowadzenia do treści STWiOP postanowień zobowiązujących Zamawiającego weryfikowanie jakości wykonanych prac poprzez ich bezpośrednie oględziny w miejscu wykonania oraz wykreślenia w tym zakresie postanowień pkt. 4.21 w części uprawniającej Zamawiającego do decydowania o należyтым/nienależyтым wykonaniu usługi wyłącznie na podstawie dokumentacji zdjęciowej;
- m) obniżenia wysokości wymaganej sumy ubezpieczenia do kwoty 600.000 zł.

Izba ustaliła, iż w dniu 7 października 2019 r. Zamawiający opublikował informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią na stronie internetowej. W terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Na posiedzeniu w dniu 15 października 2019 r. odwołujący oświadczył, iż cofa odwołanie w całości.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zasadne jest umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania. Zgodnie z treścią tego przepisu Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Skuteczne skorzystanie przez Odwołującego z przysługującej mu czynności dyspozytywnej, jaką jest wycofanie odwołania powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania stanowi nieograniczone uprawnienie Odwołującego, które znosi wszelkie skutki prawne związane z wniesieniem odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba, na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp zdanie drugie oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Mając na względzie fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: