

Sygn. akt: KIO 854/22

POSTANOWIENIE
z dnia 15 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2022 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dąbrowa Górnicza**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *utrzymanie czystości i porządku oraz infrastruktury komunalnej na terenie Dąbrowy Górniczej* (znak postępowania: ZP.WIF.271.4.12.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2022 r. pod numerem 2022/S 052- 135642.

W dniu 25 marca 2022 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadniony i ograniczający konkurencję brak dokonania podziału zamówienia na części, podczas gdy przedmiot zamówienia ma charakter podzielny, nie istnieją obiektywne przyczyny dla udzielenia tak szerokiego zakresu zamówienia tylko w jednej części, a dokonanie podziału zamówienia jest w pełni uzasadnione ze względu na otwarcie Postępowania na innych wykonawców niż tylko ten, który obecnie realizuje umowę dla Zamawiającego;

2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób, który tak istotnie ogranicza konkurencję Postępowania, że umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu wyłącznie przez wykonawcę, który obecnie realizuje umowę dla Zamawiającego, podczas gdy warunki udziału w Postępowaniu, o ile są oparte na prawidłowo przeprowadzonej analizie co do możliwości podziału zamówienia na części, powinny umożliwiać złożenie oferty

w Postępowaniu wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia, a nie stanowić nieuzasadnionej bariery w dostępie do zamówienia;

3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia polegającego na konieczności dysponowania minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane o specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, podczas gdy tak postawiony warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ponieważ dotyczy bardzo niewielkiej części przedmiotu zamówienia (cykliczne kontrole techniczne placów zabaw) a w dodatku eliminuje on z udziału w Postępowaniu wykonawców dających rękojmię prawidłowej realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia;

4. art. 240 ust. 2 w zw. z art. 241 ust. 1, 2 oraz 3 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert dotyczącego zadeklarowanej przez wykonawcę wysokości kar umownych, podczas gdy tak ustalone kryterium oceny ofert w żaden sposób nie przekłada się na jakość wykonania zamówienia, ma charakter podmiotowy i w istocie dotyczy właściwości wykonawcy (w zakresie finansowym

i ekonomicznym) a w dodatku będzie pośrednio prowadziło do dwukrotnej punktacji zaoferowanej przez wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, a przy tym kryterium to nie spełnia swego celu, tj. nie umożliwia Zamawiającemu rzeczywistej weryfikacji i porównania oferowanego poziomu wykonania usługi oraz nie odnosi się do żadnego aspektu mającego jakikolwiek wpływ na jakość wykonania zamówienia, a w konsekwencji należy uznać, że Zamawiający zapewnił sobie swobodę wyboru oferty wykonawcy ze względu na dowolnie wybraną przez siebie cechę, naruszając tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5. art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 241 ust. 1, 2 oraz 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie literalnie kryterium oceny ofert dotyczącego poziomu emisji spalin, a w rzeczywistości kryterium lokalizacji bazy magazynowo-transportowej wykonawcy, podczas gdy tak ustalone kryterium oceny ofert ma charakter podmiotowy, nie ma żadnego związku

z jakimikolwiek aspektami dotyczącymi ochrony środowiska i tym samym nie może być uznane za opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a dodatkowo premiuje w sposób nieuzasadniony wykonawców posiadających swoje bazy magazynowo-transportowe na terenie Gminy Dąbrowa Górnicza, a ponadto kryterium to w istocie nie spełnia swego celu, gdyż ani nie zapewnia rzeczywistej weryfikacji i porównania oferowanego poziomu wykonania usługi, ani nie preferuje rozwiązań proekologicznych, skoro w ramach przedmiotowego kryterium ocenie podlega wyłącznie odległość bazy magazynowo – transportowej do granicy gminy Dąbrowa Górnicza, a nie rzeczywista ilość emitowanych spalin, która zależna jest przede wszystkim od rodzaju pojazdów wykorzystywanych przez wykonawcę, zaś Zamawiający w tym zakresie nie określa kryterium oceny ofert i wymaga jedynie (w ramach warunków udziału w Postępowaniu), aby co najmniej 50% pojazdów wykorzystywanych przy realizacji zamówienia spełniało normę emisji spalin EURO 6, natomiast wszystkie pozostałe winny spełniać normę min. EURO 5, w konsekwencji czego należy uznać, że Zamawiający zapewnił sobie swobodę wyboru oferty wykonawcy ze względu na dowolnie wybraną przez siebie cechę, naruszając tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

6. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 387 § 1 KC poprzez brak precyzyjnego określenia szacowanej ilości materiałów, jakie każdorazowo będą wymagane do realizacji zadań objętych przedmiotem zamówienia, co nie będzie pozwalało wykonawcy na dostateczne przygotowanie się do realizacji usług na rzecz Zamawiającego a dodatkowo brak wskazania jakiegokolwiek ograniczenia w zakresie ilości robót do wykonania w danym miesiącu, podczas gdy wykonawca otrzymujący zlecenie realizacji usług musi być w stanie odpowiednio przygotować się do realizacji zamówienia i zapewnić zawczasu niezbędne dla tego materiały, zasoby osobowe i sprzętowe;

7. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 387 § 1 KC poprzez ukształtowanie wymogu w zakresie maksymalnego czasu reakcji na poziomie 30 minut od chwili telefonicznego zgłoszenia przez Zamawiającego bez jakichkolwiek dodatkowych ograniczeń w tym zakresie, podczas gdy wykonawca powinien mieć zagwarantowaną możliwość dotrzymania tego terminu z uwzględnieniem posiadanych (i weryfikowanych w toku Postępowania) zasobów osobowych i sprzętowych, co może okazać się niemożliwe w przypadku większej liczby zleceń przekazanych przez Zamawiającego jednorazowo;

8. art. 95 ust. 1 i 2 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak precyzyjnego określenia wymagań Zamawiającego stawianych w zakresie dotyczącym zatrudniania przez wykonawcę osób na podstawie umowy o pracę w Biurze Obsługi Klienta („BOK”) oraz wymagań dotyczących samego utworzenia BOK i celu, jakiemu ma służyć (uwzględniając zakres usług składających się na zamówienie), w szczególności nieokreślenie rodzaju czynności związanych z realizacją zamówienia, które miałyby wykonywać osoby zatrudnione w BOK (poza wskazaniem tylko na obowiązek udostępniania w ramach BOK worków na psie odchody), podczas gdy wykonawca mający utworzyć BOK i zatrudnić minimum jedną osobę powinien móc określić niezbędne zaangażowanie osobowe do obsługi BOK, powierzchnię lokalu, w którym ma zostać utworzony BOK, wyposażenie lokalu, szczegółowe obowiązki osób tam zatrudnionych celem ich ujęcia w umowie o pracę, a przede wszystkim wykonawca musi mieć możliwość należytej wyceny oferty uwzględniającej wyżej wskazane czynniki, które wpływają chociażby na czynsz najmu lokalu o odpowiedniej powierzchni i wyposażeniu;

9. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do pozostawania w całodobowym kontakcie telefonicznym i całodobowej dyspozycyjności w odniesieniu do niektórych usług wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, podczas gdy zobowiązanie to nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w przypadku usług polegających na (i) usuwaniu odpadów komunalnych wzdłuż linii brzegowych zbiorników wodnych, (ii) utrzymaniu w czystości słupów i tablic ogłoszeniowych, (iii) utrzymaniu w czystości placów zabaw,

siłowni zewnętrznych i ich elementów, (iv) monitorowania i porządkowania promenady oraz terenów przyległych do Plaży Głównej i jako takie stanowi wymóg nadmiarowy, ograniczający konkurencję w Postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. w stosunku do zarzutu z punktu 1. – wprowadzenia zmiany do rozdziału I, punktu 8.2 SWZ poprzez podzielenie przedmiotu zamówienia na części odpowiadające poszczególnym rodzajom świadczonych usług oraz umożliwienie składania wykonawcom ofert częściowych;
2. w stosunku do zarzutu z punktu 2. – wprowadzenia zmiany do rozdziału III, punktu 4.1 SWZ poprzez takie ukształtowanie warunków udziału w Postępowaniu, które będzie odpowiadało podziałowi zamówienia na części i nie będzie w sposób nadmierny ograniczało konkurencji
w Postępowaniu;
3. w stosunku do zarzutu z punktu 3. – wykreślenia z rozdziału III, punkt 4.2 lit. a) SWZ warunku udziału polegającego na konieczności wykazania przez wykonawcę, że na potrzeby realizacji umowy z Zamawiającym będzie dysponował 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane
o specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń;
4. w stosunku do zarzutu z punktu 4. – wykreślenia z rozdziału XI, punkt 4.3 SWZ kryterium oceny ofert premiującego wysokość zadeklarowanych przez wykonawcę kar umownych należnych Zamawiającemu;
5. w stosunku do zarzutu z punktu 5. – wykreślenia z rozdziału XI, punkt 4.4 SWZ kryterium oceny ofert premiującego odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy Gminy Dąbrowa Górnicza;
6. w stosunku do zarzutu z punktu 6. – zmiany §3 punkt I ppkt 23 Projektu Umowy poprzez doprecyzowanie, że w ramach pisemnego zlecenia robót Zamawiający wskaże także szacowane ilości materiałów, jakie będą niezbędne do realizacji zadań objętych zleceniem a całkowita ilość robót do wykonania w danym miesiącu będzie wyznaczana przez Zamawiającego z uwzględnieniem zasobów osobowych i sprzętowych skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia określonych w rozdziale III SWZ;
7. w stosunku do zarzutu z punktu 7. – zmiany §3 punkt III ppkt 8 Projektu Umowy poprzez doprecyzowanie, że wskazany w nim czas reakcji może dotyczyć więcej niż jednego przypadku, pod warunkiem, że łączna odległość pomiędzy punktami, w których wymagana jest interwencja wykonawcy nie będzie większa niż 20 kilometrów;
8. w stosunku do zarzutu z punktu 8. – zmiany §2 ust. 2 Projektu Umowy poprzez doprecyzowanie obowiązków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, które mają

być wykonywane w BOK, a dokładnie rodzaju czynności związanych z realizacją zamówienia, które mają być wykonywane przez osoby zatrudnione w BOK;

9. w stosunku do zarzutu z punktu 9. – zmiany Projektu Umowy poprzez wykreślenie z jej postanowień zobowiązania wykonawcy do pozostawania w całodobowym kontakcie telefonicznym i całodobowej dyspozycyjności w odniesieniu do usług polegających na (i) usuwaniu odpadów komunalnych wzdłuż linii brzegowych zbiorników wodnych, (ii) utrzymaniu w czystości słupów i tablic ogłoszeniowych, (iii) utrzymaniu w czystości placów zabaw, siłowni zewnętrznych i ich elementów, (iv) monitorowania i porządkowania promenady oraz terenów przyległych do Plaży Głównej.

Izba stwierdziła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

W dniu 14 kwietnia 2022 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo w formie elektronicznej, w którym oświadczył, że cofa wniesione odwołanie. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei w myśl art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 15 000,00 zł.

Przewodniczący: