Sygn. akt: KIO 3033/20

WYROK
z dnia 7 grudnia 2020 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2020 r. przez wykonawcę **BIO – EKOS sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Nowe Chechło** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach** przy udziale wykonawcy **Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych Z. F. z siedzibą w Tychach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerami: 1, 2 w zakresie dotyczącym pkt 5.1.2.2.1 SIWZ oraz 5.1.2.2.7 SIWZ, 3 w aspekcie sformułowania użytego w pkt 13.3.3.1 i nadania mu brzmienia „za każdy dzień przekroczenia czasu jednokrotnego pierwszego koszenia", 5, 6 i 7;

uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 w zakresie pkt 5.1.2.2.3 SIWZ i nakazuje Zamawiającemu doprecyzowane warunku udziału poprzez wprowadzenie parametrów technicznych wymaganego sprzętu;

oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Miasto Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach** w części 1/4 oraz odwołującego **BIO – EKOS sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Nowe Chechło** w części 3/4 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na rozprawie oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na rozprawie,

4.2. zasądza od zamawiającego **Gminę Miasto Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach** na rzecz Odwołującego **BIO – EKOS sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Nowe Chechło**kwotę **5 550 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

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

……...

Sygn. akt: KIO 3033/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „utrzymanie zieleni niskiej w parkach i skwerach oraz na terenach administrowanych przez TZUK w Tychach".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 218-535610.

W dniu 19 listopada 2020 roku wykonawca BIO – EKOS sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Nowe Chechło (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w stosunku do treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w szczególności wzoru umowy.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - 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 Zamawiający określił ilości i rodzaj wymaganych sprzętów do koszenia oraz pojazdów przewidzianych do poruszania się po parkach i skwerach. Ponadto poprzez dokonanie w punkcie Działu II ust. 1 pkt 1b OPZ umożliwienia Zamawiającemu zlecenia wykonawcom terminu pierwszego pokosu bez wskazania terminu, w którym najpóźniej może on zostać wykonany, co powoduje brak możliwości poprawnej kalkulacji ceny ze względu na nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiot zamówienia.

2.art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp - poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w punkcie:

- 5.1.2.2.1 SIWZ - poprzez brak jednoznacznego, precyzyjnego wskazania jakiego rodzaju pojazdu żąda Zamawiający, w związku z powyższym wykonawcy mają możliwość wykazania pojazdów, które są nie odpowiednie do przedmiotu zamówienia.
- 5.1.2.2.3. SIWZ - poprzez ustalenie warunku dotyczącego posiadania kosiarek spalinowych bez wskazania ich parametrów technicznych podczas gdy w obecnym brzmieniu wymóg ten dopuszcza kosiarki „ręczne, ogrodowe", które nie mogą służyć do realizacji przedmiotu zamówienia ze względu na brak odpowiednich - warunków technicznych.
- 5.1,2.2.7. SIWZ - poprzez ustalenie warunku dotyczącego posiadania dmuchaw akumulatorowych, które są nieodpowiednie (w szczególności poprzez ich małą wydajność) do wykonania przedmiotu zamówienia, podczas gdy w innych punktach Zamawiający żądał 39 sztuk sprzętu z silnikiem spalinowym

3.art. 91 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez ustalenie kryterium oceny ofert wskazane w pkt 13.3.2 jako, Kryterium nr 2 oraz w punkcie 13.3.3 jako Kryterium nr 3 w sposób nie przekładający się na jakość wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż zarówno czas pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach jak również wysokość kary umownej nie mają realnego wpływu na jakość wykonania zamówienia;

4.art. 91 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez ustalenie kryteriów jakościowych nie przekładających się na jakość zamówienia, jednocześnie powodując, iż oferty znacznie droższe, a nawet przewyższające budżet Zamawiającego zostaną najwyżej ocenione, w związku z powyższym postępowanie może zostać unieważnione z powodu złożenia zbyt wysokich ofert przez Wykonawców.

5.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 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 §10 WU, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca,
   b)nie wprowadzono w §10 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)ustalono w §3 WU w sposób rażąco wysoki możliwość ograniczenia przedmiotu zamówienia,
   d)nałożono w §4 ust. 2 WU wyłącznie, na wykonawcę nieproporcjonalne i bliżej nie określone ryzyko ponoszenia wszelkiej odpowiedzialnością szkody powstałe z prowadzeniem „prac”,
   e)uprawniono w §5 ust. 1 WU w sposób uprzywilejowany Zamawiającego w zakresie, możliwości dokonywania kontroli bez udziału Wykonawcy, wyłącznie pa podstawie pisemnego oświadczenia Zamawiającego oraz nie wprowadzono w WU procedury odbiorowej,
   f)rozbieżności pomiędzy kryterium oceny ofert w zakresie wysokości kary umownej a wysokością kary umownej wskazanej w §10 ust. 1 pkt 4 WU,
   g)nieprecyzyjne określenie tytułu §11 WU, który stanowi, iż dotyczy on prawa odstąpienia oraz wypowiedzenia; natomiast z treści ww. paragrafu wynika jedynie prawo odstąpienia,
   h)niejednoznacznie i nieprecyzyjnie wskazano przesłankę, do odstąpienia w § 11 ust. 1 pkt 4 c WU.

6.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 ustawy Pzp - poprzez brak ustalenia terminu w jakim przysługuje Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy.

7.art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 3a Pzp i art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp - poprzez ustalenie przez Zamawiającego w punkcie 3.6 SIWZ w sposób nieproporcjonalny, do przedmiotu zamówienia i w sprzeczny, z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wymogu zatrudniania osób na umowę o pracę. Przedmiotowy zarzut dotyczy także § 4 ust. 3, WU, które w konsekwencji wprowadzenia w SIWZ wymogu, o którym mowa w art. 29 ust. 3austawy Pzp nakłada na Wykonawcę obowiązek przedstawienia, wykazu osób zatrudnionych na umowę o pracę realizujących całość przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie 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, oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.Usunięcie obu kryteriów nr 2 i 3. Z ostrożności procesowej w przypadku nie uznania za zasadne usunięcia ww. kryteriów, gdyby Izba uznała, iż mają one wpływ na jakość przedmiot zamówienia, zmianę wagi ww. kryteriów na 10 % każde z nich. Ponadto w przypadku pozostawienia przez Izbę Kryterium nr 3 wprowadzenia w punkcie 13.3.3.1 doprecyzowania, iż kara umowna będzie obowiązywała za każdy dzień przekroczenia czasu jednorazowego pierwszego koszenia.

2.Wprowadzenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości 20% wynagrodzenia netto Wykonawcy w §10 WU.

3.Wprowadzenia procedury reklamacyjnej w §10 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.Ograniczenia możliwości zmniejszenia przedmiotu zamówienia określonego w §3 WU do 10% wartości każdej pozycji wskazanej w załączniku nr 1 do WU.

5.Zmianę treści §4 ust. 2 WU w następujący sposób: *Strony uzgadniają, iż Wykonawca od dnia podpisania umowy odpowiada na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego za szkody spowodowane zawinionym działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy na terenie prowadzonych prac w trakcie ich realizacji.*

6.Wprowadzenie w §5 WU obowiązku każdorazowego uczestnictwa wykonawcy w trakcie dokonywanych kontroli prac przez Zamawiającego, a w przypadku jego nieobecności zobowiązanie Zamawiającego do sporządzenia pisemnego protokołu wraz z dokumentacją fotograficzną. Ponadto wprowadzenie w §5 WU procedury odbiorowej.

7.Wprowadzenie okresu w jakim Zamawiający będzie mógł skorzystać z umownego prawa odstąpienia w §11 WU oraz wprowadzenie definicji „istotności naruszenia”, a także wprowadzenia obowiązku wezwania w §11 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 § 11 WU czego dotyczy ten paragraf - wypowiedzenia czy odstąpienia.

8.Wprowadzenia w punkcie 3.6 SIWZ iż wymóg zatrudniania na podstawie umowy o pracę dotyczy jedynie osób wykonujących pracę administracyjną i biurową

9.Wykreślenie wymogu Zamawiającego określonego w Dziale III ust. 1 pkt 6 OPZ aby ciągniki w parkach i skwerach posiadały bezbieżnikowe - balonowe opony.

10.Wykreślenie wymogu dotyczącego dmuchaw akumulatorowych w punkcie 5.1.2.2.7 SIWZ;

11.Określenie w sposób jednoznaczny i adekwatny do przedmiotu zamówienia parametrów technicznych kosiarek mechanicznych spalinowych z koszem na trawę w punkcie 5.1.2.2.4 SIWZ oraz dookreślenie parametrów technicznych pojazdu o którym mowa w punkcie 5.1.2.2. SIWZ oraz zwiększenie dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu do 2500 kg.

12.Określenie przez Zamawiającego w Dziale II ust. I pkt 1 b, iż termin wykonania pierwszego pokosu przez wykonawcę zostanie zlecony przez Zamawiającego nie później niż w terminie do dnia 31 maja 2021 r.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący wpierw przedstawił okoliczności faktyczne sprawy i wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Utrzymanie zieleni niskiej w parkach i skwerach oraz na terenach administrowanych przez TZUK w Tychach”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 listopada 2020 r.

Odwołujący w trakcie zapoznawania się z treścią SIWZ stwierdził, iż jej treść nie opowiada wymogom przepisów Pzp oraz innych aktów prawnych. W związku z powyższym Odwołujący powziął decyzję o złożeniu przedmiotowego odwołania.

I.Ad. warunki udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w sposób niejednoznaczny, nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia określił warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z doktryną określenie warunków udziału w postępowaniu winno umożliwiać ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W tym miejscu przytacza stanowisko doktryny i orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1500/19 oraz z dnia 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 18/18).

Odwołujący poniósł, że w punkcie 5.1.2.2.1, SIWZ Zamawiający żąda aby Wykonawca posiadał, pojazd masie nie przekraczającej 500 kg i masie całkowitej 1300 kg - co najmniej 2 szt. Jednakże nie zostało w warunku udziału w postępowaniu określone jaki rodzaju pojazdu to ma być. W związku z powyższym –wykonawcy mogą wykazywać posiadanie pojazdów, które w ogóle nie muszą służyć do realizacji przedmiotu zamówienia i nie muszą w żaden sposób być przez danego wykonawcę wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym określenie warunku przez Zamawiającego w sposób obecnie obowiązujący nie wypełnia, zdaniem Odwołującego, przesłanek określonych w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Następnie, Odwołujący wskazał, iż żądanie posiadania pojazdów które mają możliwość załadunku jedynie 800 kg jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia przez fakt, iż takie pojazdy są bardzo mało wydajne. Wielokrotne kursy po parkach i skwerach pojazdów powodują większe zagrożenie dla pieszych, większy koszt wykonywania prac ze względu na koszty paliwa oraz koszty wydłużonych godzin pracy zarówno sprzętu jak i pracowników. Ponadto częstsze kursy tych samochodów mogą powodować zwiększenie ewentualnych zniszczeń tych parków i skwerów. Pozostawienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w sposób nie zmieniony powoduje, iż Zamawiający po pierwsze nie ma możliwości realnej oceny czy wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia, gdyż warunek ten jest nieprecyzyjny, po drugie w sposób nieuprawniony i niepotrzebny zwiększa koszty wykonawców powodując tym samym niegospodarność Zamawiającego w dysponowaniu środkami publicznymi.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że w punkcie 5.1.2.2.3 SIWZ Zamawiający wskazał, iż żąda kosiarki mechanicznej spalinowej z koszem na trawę. Jednakże Zamawiający nie wskazał żadnych parametrów technicznych jakie winny te kosiarki posiadać. Brak określenia tych parametrów, powoduje iż wykonawcy będą mogli wykazywać posiadanie np. kosiarek spalinowych tzw. ogrodowych, które nie służą do wykonywania koszenia tak dużych terenów, są nieefektywne, awaryjne oraz wymagają o wiele większej czasochłonności. W związku z powyższym warunek ten nie pozwala Zamawiającemu na ocenę faktycznej zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że w punkcie 5.1.2.2.7 SIWZ iż Zamawiający żąda od wykonawców aby posiadali dwie dmuchawy akumulatorowe. W ocenie Odwołującego, przedmiotowy warunek jest nieproporcjonalny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie widział jakichkolwiek racjonalnych podstaw do żądania ww. dmuchaw. Dmuchawy akumulatorowe mogą działać po ich naładowaniu przez ok. 30 minut. W takim czasie pracy nie ma żadnych możliwości aby zrealizować, prace, których wymaga od wykonawców Zamawiający. Odwołujący podkreślił, że nie sposób również uznać, iż dmuchawy tę mają wpłynąć na poprawę ochrony środowiska ze względu na ich niską, emisyjność zanieczyszczeń, gdyż Zamawiający w pozostałych swoich wymaganiach wskazuje na 39 sztuk sprzętu spalinowego, więc wprowadzenie dwóch dmuchaw akumulatorowych pozostaje bez znaczenia na ślad węglowy pozostawiony przez wykonawcę w trakcie realizacji prac.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że żaden z postawionych warunków przez Zamawiającego, a zaskarżonych przez niego nie, może służyć do realnej oceny zdolności wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia.

Il. Ad. Kryteria oceny ofert

Na wstępie Odwołujący wskazał, iż pojęcie „kryterium" nie posiada definicji, ustawowej. Zgodnie ze stanowiskami przedstawianymi w doktrynie oraz judykaturze, kryteria oceny ofert stanową mierniki służące za podstawę oceny ofert złożonych w postępowaniu, które gwarantują wybór oferty realnie najkorzystniejszej. Kryteria oceny, ofert mają zagwarantować wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego już na etapie przygotowywania oferty możliwość jednoznacznego przewidzenia, które aspekty oferty są najważniejsze dla zamawiającego i jak będą one oceniane. W tym miejscu Odwołujący przywołał stanowisko doktryny i orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 18 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1233/19).

W świetle powyższej konstatacji Odwołujący wskazał, iż ustanowione przez Zamawiającego kryterium pn.: „Czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach" - nie ma żadnego wpływu na jakość ani rzetelność Wykonawcy zainteresowanego przedmiotowym postępowaniem, a w konsekwencji nie jest niczym uzasadnione.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wskazał w pkt. 13.3.2.1, iż: „Przez ,,czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach" - rozumie się czas (dni robocze) liczone od dnia przystąpienia do prac lub według wskazań Zamawiającego do momentu, gdy Wykonawca poinformuje Zamawiającego o zakończeniu prac." I dalej w pkt 13.3.2.2. SIWZ: „Ilość dni roboczych, w trakcie których zostanie zrealizowane jednorazowe koszenie trawników należy podać liczbowo (np. 25 dni roboczych, 30 dni roboczych itp.). Możliwe jest zaoferowanie ilości dni roboczych w przedziale od 18 do 35 dni roboczych."

Dalej Odwołujący wskazał, że w Dziale II pkt 1 lit. r) OPZ wskazane zostało, iż: „Maksymalny czas wykonywania jednego zabiegu koszenia wynosi (z wyłączeniem ppkt s):

- 20 dni roboczych - łącznie na wszystkich terenach wskazanych w Dziale I w pkt 2 ppkt a,
- 25 dni roboczych - łącznie na wszystkich terenach wskazanych w Dziale I pkt 2 ppkt b."

Odwołujący podkreślił również, iż w niniejszym kryterium można uzyskać maksymalnie 30,00 pkt - czyli 30% łącznej punktacji.

Dalej Odwołujący ponownie wskazał, iż tak określone kryterium w żaden sposób nie przekłada się na możliwość wyboru wykonawcy, który zapewni rękojmie należytej realizacji przedmiotowego zamówienia. Skoro bowiem sam Zamawiający przewiduje, iż każde kolejne koszenie będzie trwało odpowiednio - 20 lub 25 dni roboczych w zależności od lokalizacji - to jednoznacznie, zdaniem Odwołującego wynika, iż Wykonawca, który zaproponuje, np. 35 dni roboczych w niniejszym kryterium, nie jest w stanie zagwarantować odpowiedniej realizacji zamówienia. Ponadto, na ewentualną jakość świadczonej usługi przez wykonawcę ma termin, w którym zostanie zlecone pierwsze koszenie. Jeśli Zamącający pragnie aby parki i skwery zostały skoszone, i uporządkowane jak najszybciej po okresie zimowym to winien on zlecić wykonanie tego koszenia w terminie wcześniejszym. Na termin pierwszego koszenia zgodnie z obowiązującą treścią SIWZ wykonawca nie ma wpływu. Wobec, czego deklarowany termin wykonania pierwszego koszenia jest pozbawiony

jakiegokolwiek wpływu na jakość przedmiotu zamówienia.
Odwołujący podniósł ponadto, że skoro termin pierwszego pokosu nie ma wpływu na jakość realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, to ustalenie kary umownej za zwłokę w jego wykonaniu również nie może mieć wpływu na jakość wykonania przedmiotu zamówienia przez danego wykonawcę. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego oba te kryteria winny zostać usunięte przez Zamawiającego, gdyż nie zostały spełnione ustawowe przesłanki do ich wprowadzenia. Odwołujący przywołał wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1282/20.
III.Ad. SIWZ
Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ określił wymóg zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę;
„3.6. Wymagania, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.
III.6.1.Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, Zamawiający wymaga od Wykonawcy (lub Podwykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 9b ustawy Pzp) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, w ramach przedmiotu zamówienia wskazane w załączniku nr 1 do SIWZ,
III.6.1.1.Osoby wykonujące w ramach przedmiotu zamówienia czynności kierownicze nie muszą być zatrudnione przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.
III.6.2.Sposób dokumentowania zatrudnienia ww. osób, uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę powyższych wymagań oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań; określa wzór umowy stanowiący załączniku nr 3 do SIWZ."
Ponadto Odwołujący wskazał, że odpowiednie zapisy dotyczące powyższego wymagania Zamawiającego znajdują się w § 4 ust. 3 -7 Wzoru Umowy. W tym miejscu Odwołujący przywołał stanowisko doktryny oraz Prezesa UZP oraz wraz z Generalnym Inspektorem Danych Osobowych dot. art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.
Odwołujący wskazał na dwie istotne okoliczności. Po pierwsze wprowadzenie przedmiotowej regulacji dotyczącej: zatrudniania na umowę o pracę nie może być oderwane i pozbawione związku z charakterem danego zamówienia publicznego. Zamawiający mają obowiązek ocenić w jakim zakresie przepis, art. 29 Pzp może, zostać przez nich zastosowany. Po drugie, art. 36 Pzp nakłada, na zamawiających obowiązek wskazania w sposób jednoznaczny i precyzyjny jakie czynności niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia winny być wykonywane przez osoby zatrudnione na umowie, o pracę — czego Zamawiający zaniechał.
Odwołujący wskazał, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest utrzymanie zieleni niskiej w parkach i skwerach oraz na terenach administrowanych przez TZUK. Zgodnie z zapisami OPZ, wszystkie prące mogą być wykonywane wyłącznie w okresie od wiosny do jesieni - z racji na swoją charakterystykę. Wymaganie Zamawiającego zatrudnienia osób zaangażowanych w realizację zamówienia z wyłączeniem osób wykonujących czynności kierownicze - jest niezgodne z charakterem przedmiotem zamówienia. Zdaniem Odwołującego taki wymóg jest bezcelowy, ponieważ jak zostało wskazane powyżej, czynności które mogą być wykonywane: w okresie wiosenno-jesiennym mają charakter pracy sezonowej. Tym samym nieuprawnione, jest żądanie Zamawiającego, aby osoby te były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Istota umowy o, pracę dotyczy stabilności zatrudnienia danych osób. Jednakże wykonawcy, którzy będą brali udział w niniejszym postępowaniu są pracodawcami, którzy zatrudniają w zdecydowanej większości pracowników sezonowych i tylko w krótkich okresach czasu mogą oni wykonywać swoje obowiązki.
Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający, wymaga, aby wykonawca posiadał 46 szt. sprzętu, manualnego obsługiwanego, przez pracowników taki wymóg przekłada się na zatrudnienie na podstawię umowy o pracę 46 osób do obsługi, wszystkich sprzętów - zatem wykonawca ponosił będzie niewspółmiernie wielki, koszt zatrudnienia wymaganego personelu. Wysokość samego wynagrodzenia pracowników można w sposób prosty obliczyć: 46 etatów x najniższa krajowa 33,73 zł po 1 stycznia z kosztami pracodawcy x 11 miesięcy = 1.706.738 zł. Jest to kwota wyłącznie dotycząca kosztów zatrudnienia pracowników, których żąda Zamawiający. Przy budżecie Zamawiającego, który w ocenie Odwołującego wynosi ok. 1,5 mln -1,8 mln zł jest to kwota nieproporcjonalnie wysoka i powoduje, iż wykonawcy przedstawią ceny znacznie przekraczające budżet Zamawiającego, na skutek błędnie przygotowanego SIWZ.
Ponadto Odwołujący wskazał, że tak dużą ilość personelu bezie potrzebował wyłącznie do dokonania jednorazowego koszenia, które wykonuje się na wszystkich terenach jednocześnie.
Odwołujący podkreślił, iż przedmiotowe zamówienia dotyczy wyłącznie utrzymania zieleni niskiej, nie jest zamówienia kompleksowym, w którym Odwołujący mógłby rozdzielać pracę pomiędzy cały 46 osobowy personel. Wobec powyższego, Odwołujący wniósł, aby wymóg zatrudniania na umowę o pracę dotyczył jedynie pracowników biurowych i administracyjnych.
IV.Ad. Warunki Umowy
W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się również szeregu naruszeń przepisów prawa w Warunkach Umowy w przedmiotowym postępowaniu.
Kary umowne
Na wstępie Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający w §10 WU „Kary umowne i inne zastrzeżenia umowne" ustalił szeroki katalog kar umownych, naliczanych zarówno kwotowo jak również procentowo, liczonych od wynagrodzenia umownego brutto. Niemniej jednak, nie wskazał maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłacenia zobowiązany może być wykonawca na podstawie umowy - co stanowi nieuzasadnione przeniesienia całości ryzyk na wykonawcę i utrudnia kalkulację ceny wskazanej w ofercie.
Odwołujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przywołując wyrok z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1270/20 oraz z dnia 04 września 2018 r., sygn. akt KIO 1601/18.
Odwołujący zwrócił uwagę również na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który *wskazał, iż:* „(...)brak górnej granicy kar umownych, co może powodować - szczególnie w połączeniu z zastosowaniem odpowiedzialności oderwanej od winy wykonawcy - bardzo dotkliwe skutki dla wykonawców, np. w przypadku przedłużającej się niemożności dostawy wskutek awarii linii produkcyjnej. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody" (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13). Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).
W świetle powyższej konstatacji Odwołujący stwierdził, iż brak określenia górnego limitu kar umownych może prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, a w konsekwencji do rażącej nierówności stron umowy. Minimalnym zabezpieczeniem równości stron winno być wprowadzenie ograniczenia wysokości kar umownych. Odwołujący stoi na stanowisku, iż limit 20 % wartości wynagrodzenia netto wykonawcy jest odpowiedni i proporcjonalny w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt 13.3.3.1 SIWZ przez „Wysokość kary umownej" rozumie się kwotę wyrażoną w formie kary umownej za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, które rozpatrywane będzie na podstawie wysokości kary umownej za każdy dzień przekroczenia czasu jednorazowego koszenia w wysokości zaoferowanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym (załącznik nr 5 do SIWZ).
Niemniej jednak, Zamawiający w §10 ust. 1 pkt 4) Wzoru Umowy wskazał: „za każdy przypadek przekroczenia czasu jednorazowego pierwszego koszenia zadeklarowanego przez Wykonawcę w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ wysokości …. zł".
W związku z powyższym istnieje rozbieżność pomiędzy treścią kryterium a jego odpowiednikiem w treści umowy. Takie rozbieżności w dokumentacji uniemożliwiają wykonawcom zainteresowanym wzięciem udziału w przedmiotowym postępowaniu rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej. Odwołujący wskazał, że pierwsze koszenie różni się od każdego następnego pokosu. Przede wszystkim dotyczy ono czasu jaki jest potrzebny na wykonanie pierwszego pokosu, który jest bezpośrednio zależny od terminu w jakim wykonanie pierwszego pokosu zostanie zlecone przez Zamawiającego.
Ponadto W § 10 WU nie przewidziano procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej. Kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.
Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. akt II CR 419/67): „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umownej nie nalicza się."
W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, w pełni uzasadnione jest wprowadzenie do wzoru umowy procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy.
Ograniczenie przedmiotu zamówienia
Zamawiający określił w §3 WU, iż zakres zamówienia może zostać zmniejszony nawet o 30 %. Zdaniem Odwołującego przy takim charakterze zamówienia tj. sprowadzającym się do wykonania 4 pokosów w parkach i skwerach w ciągu roku jest to wykorzystywanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego w stosunku do wykonawców. Zamawiający wymaga od wykonawców zatrudnia na umowę o pracę min. 46 osób przez cały okres trwania umowy. Wobec czego Zamawiający z jednej strony żąda aby wykonawcy ponosili niczym nie uzasadnione wysokie koszty pracownicze, a z drugiej umożliwia sobie ograniczenie przedmiotu zamówienia aż o 30 % wartości zamówienia. Takie postępowanie Zamawiającego zdaniem Odwołującego powoduje nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.
Jednocześnie Zamawiający nie wskazał w jakim terminie i w jaki sposób poinformuje wykonawcę o ograniczeniu przedmiotu zamówienia. Brak jest w umowie jakichkolwiek informacji w tym zakresie. Wykonawca może wykonywać prace w braku świadomości, iż Zamawiający ograniczył dany przedmiot zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający, w ocenie Odwołującego, również w tym zakresie narusza zasady współżycia społecznego i narusza równowagę kontraktową stron.
Odpowiedzialność
W §4 ust. 2 Zamawiający wskazał, iż: „Strony uzgadniają, iż Wykonawca od dnia podpisania umowy odpowiada na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego za wszelkie szkody powstałe w ternie w związku z prowadzeniem prac."
W ocenie Odwołującego, Zamawiający ponownie formułuje treść WU w sposób sprzeczny z przepisami poprzez nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron.
Zgodnie z treścią tego przepisu wykonawca jest całkowicie, bez ograniczeń odpowiedzialny za wszelkie szkody powstałe w terenie w związku z prowadzeniem prac. Nie sposób zgodzić się z tak sformułowanym, nieprecyzyjnym rozszerzeniem odpowiedzialności przez Zamawiającego. Brak sprecyzowania w przedmiotowym przepisie jakich prac oraz przez kogo wykonywanych ma ono dotyczyć.
Z racji faktu, iż wykonawca będzie przebywał na terenach parków oraz skwerów jedynie przez krótkie okresy czasu w trakcie trwania całej umowy, zasady odpowiedzialności wykonawcy winny być precyzyjne i jednoznaczne, tak by nie przerzucać całości ryzyk Zamawiającego na wykonawcę.
Brak jest w ww. przepisie WU określenia jakiego „terenu" dotyczy to postanowienie. Dany wykonawca może nie ma pewności wobec tego czy Zamawiający nie będzie próbował rozszerzać odpowiedzialności wykonawcy również na inne tereny np. przyległe od terenów prowadzenia prac wykonawcy.
Zaproponowana zmiana treści przepisu §4 ust. 1 WU pozwoli na doprecyzowanie zakresu odpowiedzialności wykonawcy i pozwoli uniknąć wątpliwości przy sporządzaniu wyceny kosztów i ryzyk jakie wykonawca winien uwzględnić w swojej cenie.
Kontrole i odbiory.
Odwołujący wskazał również, iż w §5 ust. 1 WU Zamawiający wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję, ustalił, iż przysługuje Zamawiającemu prawo do samodzielnego przeprowadzania kontroli, nie informując o nich wykonawcy. Następnie po przeprowadzonej kontroli sporządza on jedynie pisemny dokument z przeprowadzonego odbioru.
Wykonawca winien mieć możliwość stawiennictwa w trakcie przeprowadzanej kontroli przez Zamawiającego. Brak jest w WU jakiejkolwiek procedury odbiorowej zgodnie, z którą Zamawiający przeprowadza odbiory wykonanych zadań wykonawcy. Nie określenie w sposób precyzyjny i jednoznaczny tej procedury z jednoczesnym pozbawieniem możliwości uczestnictwa w kontrolach Zamawiającego wykonawcę, pozbawia go możliwości kwestionowania ustaleń Zamawiającego i daje nieograniczone możliwości zapłaty lub odmowy zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego.
Odstąpienie
Zamawiający w § 11 ust. 1 WU Odstąpienie/Wypowiedzenie wskazał: „Zamawiający może odstąpić od umowy w każdym czasie w każdym z niżej wymienionych przypadków:(...)"
W ocenie Odwołującego, taki zapis jest sprzeczny z dyspozycją art. 395 §1 Kodeksu cywilnego, który stanowi: „§ 1. Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu_prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie."
Odwołujący przywołał stanowisko zawarte w komentarzu do ustawy Kodeks cywilny (tu przypis: Ciszewski Jerzy,

Nazaruk Piotr, Kodeks cywilny. Komentarz. WKP 2019*):* „Regulacja z art. 395 § 1 jest przepisem iuris cogentis. Zakazuje on zastrzegania bezterminowego prawa odstąpienia od umowy, gdyż takie prawo zupełnie unicestwiałoby stabilność sytuacji prawnej stron. Tym samym nieważne jest postanowienie, które daje jednej lub obu stronom nieograniczone terminem uprawnienie do odstąpienia od umowy (art. 58). Przy spełnieniu przesłanek wynikających z art. 58 § 3 nieważność takiego postanowienia może skutkować nieważnością całej umowy. Mając na względzie cel komentowanej instytucji, za niedopuszczalne, uznał Odwołujący, zastrzeganie terminów zbyt długich (np. do czasu śmierci strony). Klauzula zastrzegająca prawo odstąpienia od umowy podlega bowiem ocenie z punktu widzenia art. 3531 i 58 § 1 i 2 (co do skutków zastrzeżenia terminu - por. art. 94 i 116) (zob. W. Popiołek [w:] Kodeks cywilny, t. 1, red. K. Pietrzykowski, 2018, kom. do art. 395, nb 5)." Na potwierdzenie tej tezy Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 08 maja 2014 r. sygn. akt VIII Ga 213/13.
W ocenie Odwołującego, w związku z faktem, że wyżej wskazany zapis WU nie określa żadnego zdarzenia ani terminu w jakim zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, zastrzeżenie prawa odstąpienia jest w świetle treści art. 395 Kc nieważne, a co za tym idzie oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy będzie bezskuteczne.
Zgodnie z §11 ust. 1 pkt 4c WU Zamawiający wprowadził nieprezencyjne określenie dotyczące „istotności naruszenia", które może spowodować odstąpienie od umowy przez Zamawiającego. Brak w umowie jakichkolwiek wskazówek lub wyjaśnień na czym miałaby polegać „istotność naruszenia". Jest to o tyle znaczące w przedmiotowej sprawie, gdyż Zamawiający wskazał, że jeśli do niego dojdzie może on bez wezwania wykonawcy, odstąpić od umowy. Wobec czego aby wykonawca miał możliwość poprawnego określenia ryzyka, a tym samym ceny zapis winien zostać przez Zamawiającego doprecyzowany.
Ponadto Odwołujący wskazał, że w celu zachowania zasad stabilności prawnej stron, Zamawiający winien przed dokonaniem odstąpienia od umowy, pozwolić wykonawcy na poprawę jakości świadczonych usług oraz zaprzestanie naruszania przepisów umowy.
Jednocześnie w tytule §11 Zamawiający wskazał, że przepis tego paragrafu dotyczy zarówno odstąpienia oraz wypowiedzenie, jednakże z treści umowy nie wynika prawo do wypowiedzenia, co może wprowadzać w błąd wykonawców.
V.OPZ
Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający w sposób nieproporcjonalny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia wskazał w Opisie Przedmiotu Zamówienia w Dziale III ust. I pkt 6 wymóg poruszania się po parkach oraz skwerach ciągnikami wyłącznie wyposażonymi w specjalistyczne bezbieżnikowe - balonowe opony.
Wymóg poruszania się ww. pojazdami o takich oponach powoduje, iż wykonawcy dodatkowo muszą doliczyć koszty dowożenia tych pojazdów do miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia, z uwagi na fakt, iż pojazdy z oponami balonowymi nie mogą poruszać się po drogach publicznych. W związku z powyższym wykonawcy zobowiązani są dodatkowo doliczyć do ceny oferty koszty związane z przywożeniem oraz odwożeniem tych pojazdów do parków oraz skwerów. Powoduje to niczym nie uzasadnione podwyższenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.
W dniu 3 grudnia 2020 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż po zapoznaniu się z treścią odwołania oraz podniesionymi przez odwołującego zarzutami zamawiający uznaje ww. zarzuty w części wynikającej z uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w odwołaniu podniósł siedem rozbudowanych zarzutów, do których zamawiający, posługując się numeracją zarzutów poniżej się odniósł.

<u>Zarzut nr 1</u>

polegający na naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - 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 Zamawiający określił ilości i rodzaj wymaganych sprzętów do koszenia oraz pojazdów przewidzianych do poruszania się po parkach i skwerach. Ponadto poprzez dokonanie w punkcie Działu II ust. 1 pkt 1b OPZ umożliwienia Zamawiającemu zlecenia wykonawcom terminu pierwszego pokosu bez wskazania terminu, w którym najpóźniej może on zostać wykonany, co powoduje brak możliwości poprawnej kalkulacji ceny ze względu na nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiot zamówienia.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a) Wykreślenia wymogu Zamawiającego określonego w Dziale III ust. I pkt 6 OPZ aby ciągniki w parkach i skwerach posiadały bezbieżnikowe - balonowe opony.
b) Wykreślenia wymogu dotyczącego dmuchaw akumulatorowych w punkcie 5.1.2.2.7 SIWZ,
c) Określenia w sposób jednoznaczny i adekwatny do przedmiotu zamówienia parametrów technicznych kosiarek mechanicznych spalinowych z koszem na trawę w punkcie 5.1.2.2.3 SIWZ oraz dookreślenie parametrów technicznych pojazdu o którym mowa w punkcie 5.1.2.2.1 SIWZ oraz zwiększenie dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu do 2500 kg.
d) Określenia przez Zamawiającego w Dziale II ust. I pkt 1 ppkt b, iż termin wykonania pierwszego pokosu przez wykonawcę zostanie zlecony przez Zamawiającego nie później niż w terminie do dnia-31 maja 2021 r.
e) Wprowadzenia w §5 WU obowiązku każdorazowego uczestnictwa wykonawcy w trakcie dokonywanych kontroli prac przez Zamawiającego, a w przypadku jego nieobecności zobowiązanie Zamawiającego do sporządzenia pisemnego protokołu wraz z dokumentacją fotograficzną. Ponadto wprowadzenie w §5 WU procedury odbiorowej.

Ad a)
Zamawiający zadeklarował, że uwzględnia odwołanie w tym zakresie i wykreśla wymóg określony w Dziale III ust. I pkt 6 OPZ aby ciągniki w parkach i skwerach posiadały bezbieżnikowe - balonowe opony.
Ad b)
Zamawiający zadeklarował, że zmienia warunki udziału w postępowaniu wobec powyższego, zarzut odwołującego staje się bezprzedmiotowy. Wymóg dotyczący dysponowania dmuchawami akumulatorowymi określony w punkcie 5.1.2.2.7 SIWZ zostanie wykreślony.
Ad c)
Zamawiający w tym zakresie uwzględnił odwołanie.
Zamawiający zmienił warunki udziału w postępowaniu określone w punkcie 5.1.2.2.3. SIWZ tzn. zastępuje zapis:
„5.1.2.2.3. kosiarką mechaniczną spalinową z koszem na trawę - co najmniej 7 szt." zapisem:
„5.1.2.2.2. kosiarka z koszem na trawę o szerokości roboczej koszenia od 100 cm do 180 cm - 4 szt."
Ponadto Zamawiający wykreśla wymaganie zawarte w punkcie 5.1.2.2.1 SIWZ.

W związku z powyższym zamawiający zadeklarował, że wykreśli również zapis w Dziale III ust. I pkt 5 OPZ, tj. „Dopuszczalna masa pojazdów poruszających się po Parku Świętego Franciszka z Asyżu:

- •po alejkach - masa nie przekraczająca 500 kg (masa całkowita nie przekraczająca 1.300 kg),
- •po trawnikach - masa nie przekraczająca 700 kg."

Ad d)
Zamawiający uwzględnił odwołanie i wprowadza w Dziale II ust. I pkt 1 ppkt b OPZ zdanie „...Przy czym termin wykonania pierwszego pokosu przez wykonawcę zostanie zlecony przez Zamawiającego nie później niż w terminie do dnia 31 maja 2021 r."
Ad e)
Zamawiający przychylił się częściowo do twierdzeń odwołującego i zgodnie z żądaniem odwołującego wprowadzi dodatkowy wymóg w postaci dokumentacji fotograficznej, obrazującej stwierdzone nieprawidłowości lub nienależyte wykonanie przez wykonawcę prac. Zamawiający stwierdził, iż w pozostałym zakresie zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w każdym czasie i w każdych warunkach ma prawo skontrolować wykonawcę i stwierdzić nienależyte wykonanie umowy gdyż przedmiot zamówienia będzie wykonywany na terenach publicznych, które są „terenami otwartymi". Ograniczenie stwierdzenia nienależytego wykonania umowy do sytuacji, kiedy obecny jest wykonawca stanowiłoby niezrozumiałe i radykalne ograniczenie jego praw, w szczególności do tego aby wykonawca w sposób należyty wykonał umowę. To postanowienie nie ogranicza w żadnym wypadku praw wykonawcy, który może w każdym momencie zakwestionować zasadność ustaleń zamawiającego w zakresie nienależytego wykonania zobowiązania, np. jeśli jego udokumentowanie będzie budziło wątpliwości.
Zamawiający podniósł, iż zarzut nie jest również zasadny w kwestii określenia procedury odbiorowej. Z § 6 ust. 2 wynika, że podstawowymi dokumentami określającymi zakres wykonanych prac jest kosztorys powykonawczy zawierający obmiar i dziennik wykonanych prac, czyli dokumenty, które sporządza i dołącza do faktury wykonawca. Już sam ten fakt, gdzie to wykonawca samodzielnie określa zakres miesięcznych wykonanych prac a zamawiający jedynie zatwierdza powoduje, że to wykonawca a nie zamawiający pozostaje w uprzywilejowanej pozycji. Jasnym jest, przy tym że ze względu na art. 462 § 1 Kc zamawiający nie ma prawa nie zatwierdzić ww. dokumentów, kiedy umowa została wykonana należycie. W związku z tym, że kontrole określone w § 5 ust. 1 WU mają charakter „wyrywkowy", większość prac zatwierdzanych i rozliczanych jest przez zamawiającego na podstawie przedstawianych przez wykonawcę ww. dokumentów.
Z uwagi na powyższe, Zamawiający zadeklarował, że § 5 ust. 1 WU, przyjmie następujące brzmienie: „Zamawiający zastrzega sobie prawo kontroli na każdym etapie prac terminowości, jakości, prawidłowości i efektów wykonywania prac stanowiących przedmiot niniejszej umowy, przeprowadzanej samodzielnie lub przy udziale przedstawiciela Wykonawcy. W przypadku kontroli przeprowadzonej bez udziału Wykonawcy przez upoważnionego pracownika Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach, stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę prac, zostanie udokumentowane pisemnie wraz z dokumentacją fotograficzną obrazującą stwierdzone nieprawidłowości lub nienależyte wykonanie przez wykonawcę prac."
<u>Zarzut nr 2</u>
polegający na naruszeniu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a Pzp - poprzez ustalenia warunku udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w punkcie:

a) 5.1.2.2.1 SIWZ - poprzez brak jednoznacznego, precyzyjnego wskazania jakiego rodzaju pojazdu żąda Zamawiający, w związku z powyższym wykonawcy mają możliwość wykazania pojazdów, które są nieodpowiednie do przedmiotu zamówienia.
b) 5.1.2.2.3 SIWZ - poprzez ustalenie warunku dotyczącego posiadania kosiarek spalinowych bez wskazania ich parametrów technicznych podczas gdy w obecnym brzmieniu wymóg ten dopuszcza kosiarki „ręczne, ogrodowe", które nie mogą służyć do realizacji przedmiotu zamówienia ze względu na brak odpowiednich warunków technicznych.
c) 5.1.2.2.7 SIWZ - poprzez ustalenie warunku dotyczącego posiadania dmuchaw akumulatorowych, które są nieodpowiednie (w szczególności poprzez ich małą wydajność) do wykonania przedmiotu zamówienia, podczas gdy w innych punktach Zamawiający żądał 39 sztuk sprzętu z silnikiem spalinowym.

Ad a) - c)
Zamawiający wskazał, iż jego stanowisko w związku z zarzutem nr 2 jest wyrażone w treści odpowiedzi na zarzut nr 1 w pkt. a) - c).
Ponadto Zamawiający zadeklarował, że zmieni warunek określony w punkcie 5.1.2.2. SIWZ, wykreślając punkty:
„5.1.2.2.1, pojazdem o masie nie przekraczającej 500 kg i masie całkowitej do 1300 kg -co najmniej 2 szt.,
5.1.2;2.3. kosiarką mechaniczną spalinową z koszem na trawę - co najmniej 7 szt.,
5.1.2.2.4.kosą spalinową/ wykaszarką spalinową - co najmniej 22 szt.,
5.1.2.2.6.nożycami mechanicznymi do cięcia żywopłotów - co najmniej 4 szt.,
5.1.2.2.7.dmuchawą akumulatorową - co najmniej 2 szt."
W związku z powyższym warunek określony w punkcie 5.1.2.2. SIWZ po zmianie będzie brzmieć:
„5.1.2.2. Dysponował co najmniej:
5.1.2.2.1.kosiarką z koszem na trawę o szerokości roboczej koszenia od 100 cm do 180 cm -4 szt.,
5.1.2.2.2.kosiarką mechaniczną samojezdną typu miniciągnik z koszem na trawę
0szerokości roboczej koszenia od 85 cm do 137 cm - co najmniej 4 szt.,
5.1.2.2.3 samochodem transportowym - dostawczym o masie całkowitej do 3,5 t - co najmniej 4 szt."
<u>Zarzut nr 3 i 4</u>

a) polegający na naruszeniu art. 91 ust. 2 Pzp - poprzez ustalenie kryterium oceny ofert wskazane w punkcie 13.3.2 SIWZ jako Kryterium nr 2 oraz w punkcie 13.3.3 SIWZ jako Kryterium nr 3 w sposób nie przekładający się na jakość wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż zarówno czas pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach jak również wysokość kary umownej nie mają realnego wpływu na jakość wykonania zamówienia.
b) polegający na naruszeniu art. 91 ust. 2 Pzp - poprzez ustalenie kryteriów jakościowych nie przekładających się na jakość zamówienia, jednocześnie powodując, iż oferty znacznie droższe, a nawet przewyższające budżet Zamawiającego zostaną najwyżej ocenione, w związku z powyższym postępowanie może zostać unieważnione z powodu złożenia zbyt wysokich ofert przez Wykonawców.

Odwołujący wskazuje, iż ustanowione przez Zamawiającego kryterium pn.: „Czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach" nie ma żadnego wpływu na jakość ani rzetelność Wykonawcy zainteresowanego przedmiotowym postępowaniem, a w konsekwencji nie jest niczym uzasadnione.
Dalej odwołujący w uzasadnieniu wskazuje, iż tak określone kryterium w żaden sposób nie przekłada się na możliwość wyboru wykonawcy, który zapewni rękojmie należytej realizacji przedmiotowego zamówienia. Skoro bowiem sam Zamawiający przewiduje, iż każde kolejne koszenie będzie trwało odpowiednio - 20 lub 25 dni roboczych w zależności od lokalizacji - to jednoznacznie wynika, iż Wykonawca, który zaproponuje, np. 35 dni roboczych w niniejszym kryterium, nie jest w stanie zagwarantować odpowiedniej realizacji zamówienia. Ponadto na ewentualną jakość świadczonej usługi przez wykonawcę ma termin, w którym zostanie zlecone pierwsze koszenie. Jeśli Zamawiający pragnie aby parki i skwery zostały skoszone i uporządkowane jak najszybciej po okresie zimowym, to winien on zlecić wykonanie tego koszenia w terminie wcześniejszym. Na termin pierwszego koszenia zgodnie z obowiązującą treścią SIWZ wykonawca nie ma wpływu. Wobec czego deklarowany termin wykonania pierwszego koszenia jest pozbawiony jakiegokolwiek wpływu na jakość przedmiotu zamówienia.
Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu o:
Usunięciu obu kryterium nr 2 i 3. Z ostrożności procesowej w przypadku nie uznania za zasadne usunięcie ww. kryteriów, gdyby Izba uznała, iż mają one wpływ na jakość przedmiot zamówienia, zmianę wagi ww. kryteriów na 10% każde z nich.
Ponadto w przypadku pozostawienia przez Izbę Kryterium nr 3 wprowadzenia w punkcie 13.3.3.1 doprecyzowania, iż kara umowna będzie obowiązywała za każdy dzień przekroczenia czasu jednorazowego pierwszego koszenia.
Zamawiający uznał ww. zarzuty za bezzasadne.
Wykonanie pierwszego pokosu w parkach i skwerach stanowiący kryterium nr 2 w postępowaniu jest bardzo ważny. Z doświadczenia zamawiającego wynika, że jego jakość wykonania ma istotny wpływ na bieżące utrzymanie trawnika. Pierwszy pokos wymaga dużego doświadczenia pracowników i sprawnego sprzętu. Właściwe wykonanie wpływa na dalszy wzrost i krzewienie się trawy. Natomiast czas trwania pokosu na parkach i skwerach ma istotny wpływ na zminimalizowanie uciążliwości hałasu i zanieczyszczeń na które skarżą się mieszkańcy. Dodatkowo czas wykonania wpływa na szybki dostęp mieszkańców na swobodne korzystanie z pełnych zasobów tych terenów.
Dlatego też, w ocenie Zamawiającego, wartość kryterium nr 2 w postaci 30% jest jak najbardziej uzasadniona.
Przy kolejnym zabiegu koszenia będą wyznaczone strefy, które nie będą koszone do 20% na danym parku. Dlatego obszar kolejnych pokosów będzie zmniejszony a czasu wykonania pokosu na tych terenach nie można porównać z pierwszym koszeniem po okresie zimowym.
W trakcie trwania postępowania wprowadzono zmianę dotyczącą koszonej powierzchni parków i skwerów, która została zmniejszona.
Mając na uwadze powyższe kryterium nr 2 ulegnie zmianie.
Zamawiający dokona zmiany czasu jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach, gdzie możliwe będzie do zaoferowania ilość dni roboczych w przedziale od 16 do 25 dni roboczych.
Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do doprecyzowania punktu 13.3.3.1 SIWZ zamawiający uznaje ww. zarzut odwołującego za zasadny i dokona zmiany punktu poprzez wprowadzenie zwrotu „pierwszego".
W związku z powyższym zamawiający dokona zmiany punktu 13.3.3.1 SIWZ w brzmieniu „Przez „Wysokość kary umownej" rozumie się kwotę wyrażoną w formie kary, umownej za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, które rozpatrywane będzie na podstawie wysokości kary umownej za każdy dzień przekroczenia czasu pierwszego koszenia w wysokości zaoferowanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym (załącznik nr 5 do SIWZ)".
W ramach tych zarzutów zamawiający zmienia sposób obliczania punktacji w kryterium nr 2czas koszenia określony w pkt 13.3.2. SIWZ.
„13.3.2. Kryterium nr 2: sposób obliczania punktacji w kryterium czas koszenia - punktacja obliczana będzie według następującego wzoru:

$$\text{Ilość punktów} = \frac{\text{najkrótszy czas koszenia}}{\text{czas koszenia z badanej oferty}} \times \text{waga kryterium}$$

13.3.2.1Przez „czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach" - rozumie się czas (dni robocze) liczone od dnia przystąpienia do prac lub według wskazań Zamawiającego do momentu, gdy Wykonawca poinformuje Zamawiającego zakończeniu prac.
13.3.2.2Ilość dni roboczych, w trakcie których zostanie zrealizowane jednokrotne pierwsze koszenie trawników należy podać liczbowo (np. 20 dni roboczych, 25 dni roboczych itp.). Możliwe jest zaoferowanie ilości dni roboczych w przedziale od 16 do 25 dni roboczych.
13.3.2.3Oferty z czasem jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach dłuższym niż 25 dni roboczych oraz oferty z podaniem przedziału czasowego (np. 19-21 dni roboczych) będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PZP.
13.3.2.4Wskazanie czasu koszenia nastąpi w pkt nr 1.1. formularza oferty (załącznik nr 5 do SIWZ).
13.3.2.5W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę w treści oferty czasu koszenia, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca zaoferował maksymalny czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach, tj. 25 dni roboczych i przyzna 0,00 pkt. w ramach przedmiotowego kryterium.
13.3.2.6W kryterium nr 2 można uzyskać max. 30,00 pkt."
W ramach tych zarzutów zamawiający doprecyzowuje również opis kryterium oraz zmienia sposób punktacji kryterium nr 3 „wysokość kary umownej" określony w pkt 13.3.1. SIWZ.
„13.3.3.1. Przez „Wysokość kary umownej" rozumie się kwotę wyrażoną w formie kary umownej za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, które rozpatrywane będzie na podstawie wysokości kary umownej za każdy dzień przekroczenia czasu jednokrotnego pierwszego koszenia w wysokości zaoferowanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym (załącznik nr 5 do SIWZ)."
„13.3.3.3. Zamawiający dopuszcza wskazanie jedynie następujących wysokości kary umownej (% całości wynagrodzenia umownego brutto): 0,8%, 0,7%, 0,6%, 0,5%, 0,3%.
13.3.3.4.W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej (% całości wynagrodzenia umownego brutto) w wysokości:
13.3.3.4.1.0,8 % - otrzyma 10,00 pkt,
13.3.3.4.2.0,7 % - otrzyma 7,50 pkt,
13.3.3.4.3.0,6 % - otrzyma 5,00 pkt,
13.3.3.4.4.0,5 % - otrzyma 2,50 pkt,

13.3.3.4.5.0,3 % - otrzyma 0,00 pkt,
13.3.3.5.Oferty z wartością kary umownej (% całości wynagrodzenia umownego brutto) w wysokości poniżej 0,3 % oraz z wartością kary umownej (% całości wynagrodzenia umownego brutto) w wysokości powyżej 0,8 %, a także z podaniem w sposób sprzeczny niż wskazano powyżej będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.
13.3.3.6.W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę w treści oferty wartości kary umownej (% całości wynagrodzenia umownego brutto), Zamawiający przyjmie, że Wykonawca zaoferował minimalną wartość kary umownej (% całości wynagrodzenia umownego brutto), tj. 0,3 % i przyzna 0,00 pkt w ramach przedmiotowego kryterium."
Z uwagi na powyższe zmianie ulegną również postanowienia § 10 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (zał. 3 do SIWZ), tj.
„za każdy przypadek przekroczenia czasu jednokrotnego pierwszego koszenia zadeklarowanego przez Wykonawcę w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ w wysokości
%,"
Analogiczna zmiana nastąpi również w formularzu ofertowym tj. załączniku nr 5 do SIWZ oraz w treści SIWZ - w punkcie 13.3.3.2 - 13.3.3.4 SIWZ.
Zarzut nr 5
polegający na naruszeniu 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 §10 WU, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca,
b)nie wprowadzono w §10 WU procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych oraz ich wysokości, a także usunięcie naruszeń przed ich nałożeniem,
c)ustalono w §3 WU w sposób rażąco wysoko możliwość ograniczenia przedmiotu zamówienia,
d)nałożono w §4 ust. 2 WU wyłącznie na wykonawcę nieproporcjonalne i bliżej nie określone ryzyko ponoszenia wszelkiej odpowiedzialności za szkody powstałe z prowadzeniem „prac",
e)uprawniono w §5 ust. 1 WU w sposób uprzywilejowany Zamawiającego w zakresie możliwości dokonywania kontroli bez udziału Wykonawcy, wyłącznie na podstawie pisemnego oświadczenia Zamawiającego oraz nie wprowadzono w WU procedury odbiorowej,
f)rozbieżności pomiędzy kryterium oceny ofert w zakresie wysokości kary umownej a wysokością kary umownej wskazanej w §10 ust. 1 pkt 4 WU,
g)nieprecyzyjne określenie tytułu §11 WU, który stanowi iż dotyczy on prawa odstąpienia oraz wypowiedzenia, natomiast z treści ww. paragrafu wynika jedynie prawo odstąpienia,
h)niejednoznacznie i nieprecyzyjnie wskazano przesłankę do odstąpienia w §11 ust. 1 pkt 4 c WU.
Ad. a)
Zamawiający zarzut uznał za bezzasadny. Ani przepisy prawa zamówień publicznych ani przepisy kodeksu cywilnego nie określają obowiązku wprowadzenia maksymalnej wysokości kar umownych ani też nie formułują definicji kary rażąco wygórowanej. Brak zastrzeżenia górnego limitu wszystkich kar umownych jest zgodny z zasadą swobody umów i uprawnieniem Zamawiającego działającego w interesie publicznym do zwiększenia odpowiedzialności wykonawców za należyte wykonanie zamówienia. Zauważyć należy, że przywołane wyroki nie mają zastosowania do niniejszej sprawy bowiem dotyczą sytuacji, kiedy już z samych warunków umownych wynikało, że kara umowna jest rażąco wygórowana i prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego. W niniejszej sprawie takie okoliczności jednak nie zachodzą. Nawet gdyby zliczyć wszystkie kary umowne zastrzeżone postanowieniami warunków umowy to nawet wtedy kara nie byłaby rażąco wygórowana. Na przykład podstawowa kwota kar umownych na zwłokę lub za przypadek nienależytego wykonania umowy w wysokości 500 zł przy przykładowej wartości szacunkowej 1 miliona złotych wynosi zaledwie 0,05% wartości wynagrodzenia brutto.
Tym nie mniej zamawiający dokonał zmiany kryteriów oceny ofert, w skutek czego wysokość kar umownych uległa zwiększeniu, co powoduje, że wprowadzenie limitu kar umownych stało się zasadne. Stąd też zamawiający wprowadzi w § 10 po ustępie 6 ustęp 7 w brzmieniu: „Zamawiający nie może naliczyć kar umownych w wysokości większej niż 20% wartości wynagrodzenia brutto."
Ad. b)
Zamawiający nie uwzględnił odwołania w tym zakresie. Z żadnego przepisu prawa nie wynika obowiązek wprowadzania do umowy trybu reklamacyjnego, tym bardziej w zakresie kar umownych. Zauważyć należy, że zamawiający zastrzegł kary umowne za zwłokę lub inne przypadki nienależytego wykonania umowy, zatem zawsze będą to przypadku zawinione przez Wykonawcę. Wykonawca powołując się na przepisy ogólne Kodeksu cywilnego może kary kwestionować.
Ad. c)
Odwołujący w uzasadnieniu również zarzuca Zamawiającemu, iż nie wskazał w jakim terminie i w jaki sposób poinformuje wykonawcę o ograniczeniu przedmiotu zamówienia. Brak jest w umowie jakichkolwiek informacji w tym zakresie. Wykonawca może wykonywać prace w braku świadomości, iż Zamawiający ograniczył dany przedmiot zamówienia.
Zamawiający uwzględnił odwołanie.
Skorzystanie z zapisu § 3 ust. 1 WU nastąpi poprzez wpisanie przez Zamawiającego do harmonogramu prac lub przez złożenie przez Zamawiającego oświadczenia Wykonawcy w formie pisemnej z co najmniej 5 dniowym wyprzedzeniem. Zakres prac zostanie zawarty w harmonogramie prac lub w oświadczeniu, które Zamawiający prześle Wykonawcy na adres e-mail:
Zamawiający przychylił się częściowo do zarzutu Odwołującego, iż w tym przypadku możliwość zmniejszenia lub zwiększenia zakresu zamówienia do 30 % wartości każdej pozycji wskazanej w kosztorysie ofertowym Wykonawcy jest zbyt duża.
W związku z powyższym zamawiający dokona zmiany wzoru umowy poprzez zmianę § 3 ust. 1 WU i nadaje mu brzmienie: „W trakcie realizacji umowy Zamawiający w uzasadnionych przypadkach (np. prowadzone inwestycje, przekazane w administrowanie nowych terenów, powolny wzrost traw, zmniejszenie obszarów utrzymywanych terenów z powodu przekazania ich innej jednostce, itp.), zastrzega sobie w przypadku zaistnienia takich potrzeb możliwość zmniejszania lub zwiększania zakresu zamówienia do 20% wartości każdej pozycji wskazanej w załączniku nr 1 do

umowy (kosztorys ofertowy Wykonawcy) pod warunkiem, że zwiększenie zakresu przedmiotu zamówienia nie spowoduje, iż łączna wartość umowy ulegnie zwiększeniu. Zmniejszenie zakresu spowoduje odpowiednie zmniejszenie wynagrodzenia".
Ad. d)
Zamawiający uznał odwołanie w tej części. Podstawą zarzutu jest postanowienie umowne - Strony uzgadniają, iż Wykonawca od dnia podpisania umowy odpowiada na zasadach ogólnychKodeksu ..... cywilnego za ..... wszelkie ..... szkody powstałe ..... w .. terenie ..... w .. związku *z prowadzeniem prac.* Zamawiający zatem dokona dodania zwrotu „przez Wykonawcę", a zatem zapis § 4 ust. 2 WU otrzyma ostateczne brzmienie:
„2. Strony uzgadniają, iż Wykonawca od dnia podpisania umowy odpowiada na zasadach ogólnych Kodeksucywilnego za wszelkie szkody powstałe w terenie w związku z prowadzeniem prac przez Wykonawcę."
Ad. e)
W odpowiedzi na zarzut odpowiedź została udzielona w odpowiedzi na zarzut nr 1 pkt e)
Ad. f)
W odpowiedzi na zarzut odpowiedź została udzielona w odpowiedzi na zarzut nr 3 i 4 Ad. g)
Zamawiający uznaje zarzut odwołującego i dokona wykreślenia zapisu „wypowiedzenie" w tytule § 11.
Ad. h)
Zamawiający stwierdził, że zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Jasnym jest, że nie sposób określić wszystkich okoliczności istotnego nienależytego wykonania, które będą uprawniały do odstąpienia od umowy. Tym nie mniej ze względu na cel zawartej umowy, zachowanie zasad bezpieczeństwa i ochrony mienia wykładnia oświadczenia woli w tym zakresie nie będzie nastręczała trudności.
Zarzut nr 6
polegający na naruszeniu 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.
Problematyka obowiązku określania terminu przy umownym prawie odstąpienia od umowy na podstawie art. 359 K.c. była przedmiotem wykładni Sądu Najwyższego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 21 maja 2020 r. (V CSK 592/19, LEX nr 3028840)surowe wymagania przewidziane w art. 395 § 1 k.c. uzasadnione są dążeniem do wyznaczenia przynajmniej czasowych granic poważnego ograniczenia pewności stosunku umownego, jakim jest umożliwienie kontrahentowi całkowicie dowolnego decydowania o jego istnieniu i właśnie czynnik nieograniczonej swobody decyzji jest wyznacznikiem charakteru zastrzeżenia umownego z art. 395 § 1 k.c. Jeżeli natomiast strony wprowadzą do umowy skonkretyzowane przyczyny, w których może dojść do odstąpienia i od ich wystąpienia uzależnią skuteczność oświadczenia, to tego rodzaju uprawnienie staje się czynnością o określonym uzasadnieniu (kauzalną), kontrolowalną, która może zbliżać się w charakterze do wypowiedzenia umowy i pełni raczej funkcje dyscyplinujące kontrahenta, niż osłabiające więź umowną. Jak dale] stwierdził Sąd Najwyższynależy wskazać jaki jest cel tak rygorystycznego podejścia do tego terminu. Otóż, art. 395 § 1 k.c. zakazuje zastrzegania bezterminowego prawa odstąpienia od umowy, gdyż takie prawo zupełnie unicestwiałoby stabilność sytuacji prawnej stron. Kluczowym jednak jest wskazanie, że nie jest wymagane żadne uzasadnienie odstąpienia. Uprawniony ma pełną swobodę dokonania odstąpienia, chyba że strony przewidziały określony warunek zawieszający (art. 89 k.c.), nadając przez to uprawnieniu do odstąpienia charakter warunkowy (tak np. art. 492 k.c.). Stąd, ustawodawca zadbał o to, aby przy konstrukcji odstąpienia, zależnej de facto od niczym nieuzasadnionego uznania uprawnionego, wprowadzić rygorystyczny wymóg terminu. Jednakże - jak już wyżej wskazano - diametralnie inaczej należy podejść do sytuacji, gdy strony wprowadzą do umowy skonkretyzowane przyczyny, w których może dojść do odstąpienia i od ich wystąpienia uzależnią skuteczność oświadczenia.
Zamawiający uznał odwołanie w części dotyczącej określenia terminu w jakim przysługuje Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy.
Zamawiający dokona zmiany warunków umowy przez dodanie w § 11 ust. 5 w brzmieniu:
„ 5. Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn określonych w § 11 ust. 1 pkt 2-4 w terminie 6 miesięcy od zakończenia umowy."
Zarzut nr 7
polegający na naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 3a Pzp i art. 36 ust. 2 pkt 8a Pzp - poprzez ustalenie przez Zamawiającego w punkcie 3.6 SIWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i w sprzeczny z treścią art. 29 ust. 3a Pzp wymogu zatrudniania osób na umowę o pracę. Przedmiotowy zarzut dotyczy także §4 ust. 3 WU, które w konsekwencji wprowadzenia w SIWZ wymogu, o który mowa w art. 29 ust. 3a Pzp nakłada na Wykonawcę obowiązek przedstawienia wykazu osób zatrudnionych na umowę o pracę realizujących całość przedmiotu zamówienia.
Zamawiający uznał ww. zarzut wyłącznie w części wynikającej z poniższego uzasadniania (doprecyzowanie czynności), w pozostałym zakresie zarzut uznaje za bezzasadny.
Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp:„(...) ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o prace osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności.
Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy.
Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy:
a)wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy,
b)wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy,
c)w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę,
d)i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.
Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem (…). Zamawiający podkreślił, że przed wszczęciem przedmiotowego postępowania Zamawiający dokonał analizy (oceny) czy przy realizacji zamówienia publicznego polegającego na utrzymaniu zieleni niskiej w parkach i skwerach oraz na terenach administrowanych przez TZUK w Tychach, wystąpią czynności, których wykonanie będzie zawierało cechy stosunku

pracy. W wyniku tej analizy stwierdzono, że wszystkie czynności (za wyjątkiem czynności wykonywanych przez kierowników nadzorujących pracowników szeregowych) wykonywane w ramach przedmiotowego postępowania wpisują się w opisane powyżej cechy stosunku pracy.
Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) zakres rzeczowy umowy obejmuje w szczególności.
-wiosenne grabienie liści, w okresie od lutego do marca,
-koszenie trawników, gdzie wykonawca zobowiązany jest do gotowości rozpoczęcia prac w terminie od dnia 1 kwietnia do końca października,
-utrzymanie i pielęgnacja żywopłotów i krzewów,
-jesienne grabienie liści, w okresie od listopada do grudnia.
Zdaniem Zamawiającego, bez wątpienia są to zatem prace określonego rodzaju wykonywane na rzecz Wykonawcy (pracodawcy), których wykonywanie odbywa się pod kierownictwem Wykonawcy (pracodawcy) oraz w miejscu wyznaczonym przez Wykonawcę (pracodawcę). Ponadto pracownicy wykonujące ww. zakresy zamówienia zobowiązani będą do wykonania pracy w czasie wyznaczonym przez Wykonawcę, wynikającym z treści zawartej umowy, a Wykonawca zobowiązany będzie do zatrudniania tych pracowników za wynagrodzeniem. Niemniej jednak faktem jest to, że w treści SIWZ, Zamawiający zaniechał wyliczenia wszystkich czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.
Z uwagi na powyższe Zamawiający zmieni treść SIWZ w zakresie:

- pkt. 3.6.1 SIWZ, który przyjmie następujące brzmienie:

„3.6.1. Zgodnie z art. 29 ust. 3a PZP, Zamawiający wymaga od Wykonawcy (lub Podwykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 9b PZP) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących niżej wymienione czynności w ramach przedmiotu zamówienia:
3.6.1.1.zasypywanie dołów ziemią;
3.6.1.2.koszenie trawników;
3.6.1.3.koszenie zarośli;
3.6.1.4.koszenie terenów zarośniętych, zaniedbanych, mocno zanieczyszczonych
3.6.1.5wygrabianie i wywóz liści;
3.6.1.6utrzymanie i pielęgnacja krzewów starszych (pojedynczych i w grupach);
3.6.1.7usunięcie krzewów;
3.6.1.8utrzymanie i pielęgnacja żywopłotów,

- § 4 ust. 3 wzoru umowy, które przyjmuje następujące brzmienie:

„3. Zgodnie z art. 29 ust 3a ustawy PZP Zamawiający wymaga od Wykonawcy (lub Podwykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 9b PZP) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących niżej wymienione czynności w ramach przedmiotu zamówienia:
3.1. zasypywanie dołów ziemią;
3.2.koszenie trawników;
3.3.koszenie zarośli;
3.4.koszenie terenów zarośniętych, zaniedbanych, mocno zanieczyszczonych
3.5.wygrabianie i wywóz liści;
3.6.utrzymanie i pielęgnacja krzewów starszych (pojedynczych i w grupach);
3.7.usunięcie krzewów;
3.8.utrzymanie i pielęgnacja żywopłotów*;* (załącznik nr 1a do umowy), z tym że osoba wykonująca w ramach przedmiotu umowy czynności kierownicze nie musi być zatrudniona przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę."
W pozostałym zakresie odwołanie, w ocenie Zamawiającego, w zakresie przedmiotowego zarzutu, nie zasługuje na uwzględnienie.
Umowa będzie obowiązywać od dnia podpisania, jednak nie wcześniej niż od 1 lutego 2021 r. do 31 grudnia 2021 roku, a charakter umowy wymaga ciągłości prac, niemniej jednak prace wynikające z OPZ nie będą wykonywane jednocześnie. Ponadto Zamawiający podkreślił, że nie wymaga od wykonawcy zatrudnienia pracowników wyłącznie do realizacji jednej czynności w ramach przedmiotu zamówienia, Zamawiający, postanowieniami SIWZ nie narzuca również ilości pracowników, wymiarów etatów, obowiązujących systemów zmianowych ani długości umowy o pracę. Niezasadnym jest zatem utożsamianie wymaganej ilości sprzętu z ilością pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia pn. „Utrzymanie zieleni niskiej w parkach i skwerach oraz na terenach administrowanych przez TZUK w Tychach". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr2020/S 218-535610.
W związku z dokonaną na posiedzeniu w dniu 3 grudnia 2020 r. modyfikacją stanowisk procesowych tj. uwzględnieniu części zarzutów przez Zamawiającego i wycofaniu części zarzutów przez Odwołujących, Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerami: 1, 2 w zakresie dotyczącym pkt 5.1.2.2.1 SIWZ oraz 5.1.2.2.7 SIWZ, 3 w

aspekcie sformułowania użytego w pkt 13.3.3.1 i nadania mu brzmienia „za każdy dzień przekroczenia czasu jednokrotnego pierwszego koszenia, 5, 6 i 7. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w treści sentencji wyroku (pkt 1). Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa - z wyjątkiem powyższych zarzutów - została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.
Izba ustaliła następujące istotne dla sprawy okoliczności:
Zamawiający w pkt 5.1.2.2.3. SIWZ wymagał w zakresie wykazania zdolności technicznej aby wykonawca dysponował co najmniej „kosiarką mechaniczną spalinową z koszem na trawę – co najmniej 7 szt.”.
W pkt 13 SIWZ Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający ustalił, iż kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej są: Kryterium nr 1: Cena - waga kryterium 60 %; Kryterium nr 2: Czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach - waga kryterium 30 %; Kryterium nr 3: Wysokość kary umownej (KU) za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy - waga kryterium 10 %.
Kryterium nr 2 i kryterium nr 3 opisano w następujący sposób:
13.3.2. Kryterium nr 2: sposób obliczania punktacji w kryterium czas koszenia - punktacja obliczana będzie według następującego wzoru:

najkrótszy czas koszenia spośród wszystkich ofert
Ilość punktów = ---------- x waga kryterium
czas koszenia z badanej oferty

13.3.2.1. Przez „czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach” - rozumie się czas (dni robocze) liczone od dnia przystąpienia do prac lub według wskazań Zamawiającego do momentu, gdy Wykonawca poinformuje Zamawiającego o zakończeniu prac.
13.3.2.2. Ilość dni roboczych, w trakcie których zostanie zrealizowane jednorazowe koszenie trawników należy podać liczbowo (np. 25 dni roboczych, 30 dni roboczych itp.). Możliwe jest zaoferowanie ilości dni roboczych w przedziale od 18 do 35 dni roboczych.
13.3.2.3. Oferty z czasem jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach dłuższym niż 35 dni roboczych oraz oferty z podaniem przedziału czasowego (np. 19-21 dni roboczych) będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PZP.
13.3.2.4. Wskazanie czasu koszenia nastąpi w pkt nr 1.1. formularza oferty (załącznik nr 5 do SIWZ).
13.3.2.5. W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę w treści oferty czasu koszenia, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca zaoferował maksymalny czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach, tj. 35 dni roboczych.
13.3.2.6. W kryterium nr 2 można uzyskać max. 30,00 pkt.
13.3.3. Kryterium nr 3: sposób obliczania punktacji w kryterium wysokość kary umownej - punktacja przyznawana będzie według następujących zasad:
13.3.3.1. Przez „Wysokość kary umownej” rozumie się kwotę wyrażoną w formie kary umownej za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, które rozpatrywane będzie na podstawie wysokości kary umownej za każdy dzień przekroczenia czasu jednokrotnego pierwszego koszenia w wysokości zaoferowanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym (załącznik nr 5 do SIWZ).
13.3.3.2. Wysokość kary umownej winna być podana liczbowo w pełnych złotych.
13.3.3.3. Zamawiający dopuszcza wskazanie jedynie następujących wysokości kary umownej: 50 zł, 100 zł, 150 zł, 200 zł, 250 zł, 300 zł, 350 zł, 400 zł, 450 zł, 500 zł, 550 zł.
13.3.3.4. Możliwe jest zaoferowanie wysokości kary umownej w przedziale od 50 zł do 550 zł według następujących zasad:
13.3.3.4.1. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 550 zł – Wykonawca otrzyma 10,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.2. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 500 zł – Wykonawca otrzyma 9,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.3. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 450 zł – Wykonawca otrzyma 8,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.4. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 400 zł – Wykonawca otrzyma 7,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.5. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 350 zł – Wykonawca otrzyma 6,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.6. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 300 zł – Wykonawca otrzyma 5,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.7. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 250 zł – Wykonawca otrzyma 4,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.8. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 200 zł – Wykonawca otrzyma 3,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.9. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 150 zł – Wykonawca otrzyma 2,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.10. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 100 zł – Wykonawca otrzyma 1,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.11. W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje wartość kary umownej w wysokości 50 zł – Wykonawca otrzyma 0,00 pkt w ramach kryterium nr 3.
13.3.3.4.12. Oferty z wartością kary umownej w wysokości poniżej 50 zł oraz z wartością kary umownej w wysokości powyżej 550 zł, a także z podaniem w sposób sprzeczny z pkt 1 będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.
13.3.3.4.13. W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę w treści oferty wartości kary umownej za każdy dzień przekroczenia czasu jednorazowego koszenia, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca zaoferował minimalną wartość kary umownej, tj. 50 zł i przyzna 0,00 pkt w ramach przedmiotowego kryterium.
13.3.3.4.14. W kryterium nr 3 można uzyskać max. 10,00 pkt.
Pkt 3.6 SIWZ Wymagania dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, opisano w następujący sposób:
3.6.1. Zgodnie z art. 29 ust. 3a PZP, Zamawiający wymaga od Wykonawcy (lub Podwykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt

9b PZP) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w ramach przedmiotu zamówienia wskazane w załączniku nr 1 do SIWZ.
3.6.1.1. Osoby wykonujące w ramach przedmiotu zamówienia czynności kierownicze nie muszą być zatrudnione przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.
3.6.2. Sposób dokumentowania zatrudnienia ww. osób, uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę powyższych wymagań oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań określa wzór umowy stanowiący załączniku nr 3 do SIWZ.
Skorelowany z wymaganiem pkt. 3.6. SIWZ par. 4 ust. 3 wzoru umowy ma brzmienie:
Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy PZP Zamawiający wymaga od Wykonawcy (lub podwykonawcy) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wszystkie czynności w zakresie realizacji zamówienia wskazane w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1a do umowy), z tym że osoba wykonująca w ramach przedmiotu umowy czynności kierownicze nie musi być zatrudniona przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.
Izba zważyła, co następuje.
Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Granice rozpoznania odwołania wyznaczają zarzuty zawarte w tym odwołaniu, a wydając orzeczenie, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba bierze za podstawę stan sprawy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a więc także stan postępowania istniejący w chwili orzekania, m.in. po to, by dostosować formułowany w sentencji wyroku nakaz dokonania, unieważnienia czy powtórzenia pewnych czynności do sytuacji istniejącej w postępowaniu. Należy stwierdzić, że w zakresie w jakim Strony pozostały w sporze w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba zobowiązana była orzekać z uwzględnieniem stanu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastanego w dacie orzekania. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie częściowo uwzględnił odwołanie, a częściowo zadeklarował dokonanie zmian w SIWZ, jednakże na moment orzekania deklarowanych zmian nie dokonał. Taka deklaracja ze strony Zamawiającego wywołuje skutek jedynie w przypadku określonym w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (uwzględnienie całości zarzutów przez Zamawiającego) lub w przypadku określonym art. 186 ust. 3a ustawy Pzp (uwzględnienie części zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego i wycofanie pozostałych zarzutów przez Odwołującego). Wobec powyższego Izba orzekając w niniejszej sprawie nie mogła wziąć pod uwagę deklarowanych przez Zamawiającego zmian, ale jeszcze nie dokonanych.
Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust.1a ustawy Pzp, zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Odwołujący wskazał, że warunek określony przez Zamawiającego w pkt 5.1.2.2.3 SIWZ tj. wymóg dysponowania kosiarką mechaniczną spalinową z koszem na trawę – co najmniej 7 szt., bez wskazania parametrów technicznych przez co dopuścił kosiarki „ręczne, ogrodowe", które nie mogą służyć do realizacji przedmiotu zamówienia ze względu na brak odpowiednich warunków technicznych. Izba podziela w tym zakresie argumentację Odwołującego, iż takie określenie wymagań jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jako takie nie pozwala Zamawiającemu na ocenę faktycznej zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Pośrednio słuszność tego zarzutu przyznał również Zamawiający deklarując zmianę tego warunku poprzez wskazanie szerokości roboczej koszenia wymaganych kosiarek. Izba uznała, że sporny warunek w jego aktualnym brzmieniu jest ogólny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, co skutkuje tym, iż nie prowadzi on do osiągnięcia celu w jakim warunki w postępowaniu są stawiane tj. do wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia i dysponującego w tym celu odpowiednim sprzętem. Dlatego też konieczne było uwzględnienie odwołania w zakresie wyżej przywołanego zarzutu i nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania warunku.
W pozostałym zakresie zarzuty podniesione w odwołaniu podlegały oddaleniu.

Odnośnie zarzutów 3 i 4 odwołania dotyczących ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, Izba stwierdza, iż nie potwierdziły się. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którym, Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w , dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
4) aspekty innowacyjne;
5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Odwołujący argumentując postawienie ww. zarzutów stwierdził, że Kryterium nr 2: Czas jednokrotnego pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach - waga kryterium 30 % oraz Kryterium nr 3: Wysokość kary umownej (KU) za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy - waga kryterium 10 %, nie przekładają się na jakość wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż zarówno czas pierwszego koszenia trawników w parkach i skwerach jak również wysokość kary umownej nie mają realnego wpływu na jakość wykonania zamówienia. Ponadto Odwołujący stwierdził, iż ustalone kryteria jakościowe nie przekładają się na jakość zamówienia, jednocześnie powodując, iż oferty znacznie droższe, a nawet przewyższające budżet Zamawiającego zostaną najwyżej ocenione, w związku z powyższym postępowanie może zostać unieważnione z powodu złożenia zbyt wysokich cen.

Izba, stwierdza, iż katalog kryteriów określony w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, ze względu na zastosowanie przez ustawodawcę sformułowania „w szczególności" jest katalogiem przykładowym – niezamkniętym. Oznacza to, że ustawodawca (z pewnymi wyjątkami) pozostawił zamawiającemu swobodę w doborze kryteriów pozacenowych, dając mu możliwość ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które w najwyższym stopniu zagwarantują, że wybór oferty najkorzystniejszej odpowiadał będzie uzasadnionym interesom i potrzebom zamawiającego wiążącym się z należytą realizacją przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że ustawodawca w art. 91 ust. 2c ustawy Pzp zdecydował się opisać

relację kryteriów w stosunku do przedmiotu zamówienia w sposób bardzo szeroki – po pierwsze kryteria mogą dotyczyć wszystkich aspektów dostaw, usług, robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, a po drugie te aspekty nie muszą stanowić istotnej cechy przedmiotu zamówienia. To Zamawiający decyduje o doborze i kształcie kryteriów oceny ofert w zależności od swoich potrzeb, dostosowując ich wagę do uzyskania konkretnego zamówienia, najkorzystniejszego z jego punktu widzenia.

Podkreślić należy, iż Odwołujący kwestionując niezgodność kryteriów z ww. przepisem powinien był wykazać, że nie odnoszą się one do przedmiotu zamówienia – jest to bowiem jedna z kluczowych okoliczności, która według ustawodawcy warunkuje możliwość ustanowienia danego kryterium jako kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem Odwołujący do tej kwestii w odwołaniu w zasadzie się nie odniósł. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie przedstawił argumentacji mającej wykazać, że kryterium nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, lecz skupił się na wyjaśnieniu dlaczego z uwagi na przewidziane postanowienia umowne czy też nie przekładanie się na jakość wykonania przedmiotu zamówienia kryteria te uważa za nie mające realnego wpływu na jakość wykonania zamówienia. Również teza stanowiąca podstawę zarzutu nr 4 o wpływie zastosowanych kryteriów oceny ofert na ceny ofert i ewentualne unieważnienie postępowania nie została w żaden sposób przez odwołującego udowodniona.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, iż okres trwania pierwszego pokosu jest istotny dla właściwej realizacji przedmiotu zamówienia ze względu na wystąpienie kilku aspektów m.in.: jest to pierwszy pokos po zimie, który ma znaczenie dla krzewienia trawy, skrócenie okresu koszenia ma wpływ również na termin udostępnienia obiektów parkowych, obiektów małej architektury dla mieszkańców, oraz fakt, iż hałas spowodowany wykonywaniem prac będzie trwał krócej. Oznacza to, iż Zamawiający przy ustalaniu kryteriów miał na względzie nie tylko aspekty jakościowe, ale również społeczne i środowiskowe. Tak więc Izba uznała, że przedmiotowe kryteria odnoszą się do aspektów, które mają znaczenie z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i są dopuszczalne. Na konstatację tę nie ma wpływu fakt, iż to Zamawiający decyduje o terminie zlecenia wykonania pokosu. Jak już wskazano powyżej sam czas jego trwania jest istotny.

W orzecznictwie Izby wyrażany jest pogląd, iż kryterium w postaci kary umownej za zwłokę w realizacji zamówienia lub jego części może zostać uznane za odnoszące się do przedmiotu zamówienia (por. m.in. wyrok z dn. 27 maja 2020 r., sygn. akt KIO 519/20, wyrok z dnia 7 października 2016 r., sygn. akt KIO 1738/16, KIO 1740/16, wyrok z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 291/12). Również w piśmiennictwie spotykane są poglądy o dopuszczalności takiego kryterium jako tzw. kryterium kontraktowego. Izba zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku KIO z dn. 27 maja 2020 r., sygn. akt KIO 519/20, iż podkreślić należy, że aby kryterium oceny ofert było zgodne z ustawą Pzp musi wykazywać związek ze świadczeniem, które zamawiający nabędzie w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia oraz zawarcia umowy. W ocenie składu orzekającego omawiane kryterium oceny ofert odnosi się do istotnego aspektu usług będących przedmiotem zamówienia, jakim jest terminowa realizacja elementu zamówienia, w tym okresy wykonywania pierwszego pokosu. Wysokość kary umownej za zwłokę w wykonaniu zamówienia stanowić może miernik gwarancji jakości realizacji zamówienia, podobnie jak inne kryteria oceny ofert, takie jak termin realizacji zamówienia czy długość okresu gwarancji (uznawane co do zasady za dopuszczalne – por. m.in. wyrok z dnia 17 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 211/20). Wysokość kary umownej za zwłokę w wykonaniu zamówienia wpływać ma w sposób dyscyplinujący na wykonawców realizujących zamówienie, co z kolei powinno przekładać się na zwiększone zaangażowanie wykonawcy, jego większą staranność i dbałość o wywiązanie się z zobowiązań umownych, a w konsekwencji wyższą jakość wykonywanych prac. Podkreślić trzeba, że kryterium oceny ofert może zostać powiązane z każdym z aspektów realizacji zamówienia, w tym także - jak w niniejszym przypadku - z terminową realizacją pierwszego pokosu. Ustawodawca podkreślił, że kryteria mogą dotyczyć wszystkich aspektów zamówienia, a aspekty te nie muszą nawet stanowić istotnej cechy przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Izba stwierdza, iż dostrzega niespójność postawionego kryterium nr 2 z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia i konieczność wprowadzenia zmian w tym zakresie, lecz w ocenie Izby nie wpływa to na uwzględnienie przedmiotowego zarzutu.

Izba wskazuje, iż podziela i uznaje za własne stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 31 stycznia 2020 r. o sygn. akt KIO 113/20, zgodnie z którym rozpatrując przedmiotowe zarzuty należało wziąć pod uwagę, że w przypadku skarżenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczególnie istotne dla możliwości uwzględnienia odwołania jest odpowiednie sformułowanie żądań, gdyż pomimo braku związania nimi Izby, nie może ona dowolnie narzucać zamawiającemu brzmienia postanowień SIWZ. Odwołujący w odwołaniu wobec zarzutu nr 3 i 4 sformułował żądnie usunięcia kryterium nr 2 i kryterium nr 3, które to żądanie jest w ocenie Izby nadmierne i nieodpowiednie, gdyż kryteria ustalone przez Zamawiającego jako takie są dopuszczalne jak już wskazano powyżej. Uwzględnienie tego zarzutu spowodowałby konieczność nakazania zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ zmian w sposób dowolny ustalonych przez Izbę, co o ocenie składu orzekającego jest niedopuszczalne.

Jednocześnie, Odwołujący w zakresie zarzutu nr 3 i 4 z ostrożności procesowej w przypadku gdyby Izba nie uznała za zasadne usunięcia ww. kryteriów postawił żądanie ewentualne zmiany wagi każdego z ww. kryteriów na 10% każde z nich. W Odwołaniu brak jest jakiejkolwiek argumentacji uzasadniającej przedmiotowy wniosek. W związku z faktem, iż postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym Odwołujący zobowiązany był do wykazania, iż postawione żądanie jest uzasadnione i adekwatne, czego nie uczynił. W konsekwencji brak było podstaw do przychylenia się do tego żądania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 i 4 odwołania podlega oddaleniu.

Omawiając ostatni z zarzutów, które podlegały rozstrzygnięciu, Izba wskazuje, że: Odwołujący formułując ten zarzut stwierdził, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 a ustawy Pzp i art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy PzpZamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. , i). Natomiast art. 36 ust. 2 pkt 8 a ustawy Pzp stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: w przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w , określenie w szczególności:

a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w ,

b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w , oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,

c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie

umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;
Odwołujący sformułował przedmiotowy zarzut w dwóch płaszczyznach: formalnej (brak określenia w SIWZ czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy) oraz merytorycznej (wymaganie przez Zamawiającego zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób zaangażowanych w realizację zamówienia z wyłączeniem osób wykonujących czynności kierownicze – jako niezgodne z charakterem zamówienia). Zdaniem Odwołującego wymaganie zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób zaangażowanych w realizację zamówienia z wyłączeniem osób wykonujących czynności kierownicze jest również bezcelowe, gdyż czynności te mają charakter pracy sezonowej. Na tej okoliczności tj. sezonowości wykonywanych prac Odwołujący oparł w głównej mierze swą argumentację co do bezzasadności postawionego przez Zamawiającego wymagania. Podczas rozprawy Odwołujący podniósł także, że na podstawie umowy o dzieło może być realizowana np. pielęgnacja i formowanie krzewów starszych. Ponadto wskazał, że był kontrolowany przez Państwową Inspekcję Pracy i wielokrotnie zawierał umowy o dzieło dotyczące cięć krzewów, które to nie były kwestionowane.
Zamawiający w zakresie tego zarzutu wskazał, iż w jego ocenie w SIWZ konieczne jest doprecyzowanie czynności których wykonanie w ramach przedmiotu zamówienia polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w ar. 22 § 1 Kodeksu pracy i zadeklarował, że wyspecyfikuje przedmiotowe czynności. W pozostałym zakresie zarzut w jego ocenie nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto Zamawiający wskazał, iż określenie czynności poprzedziła analiza czy przy realizacji przedmiotu zamówienia wystąpią czynności, których wykonanie będzie zawierało cechy stosunku pracy. W wyniku tej analizy stwierdzono, że wszystkie czynności, za wyjątkiem czynności wykonywanych przez kierowników nadzorujących pracowników szeregowych wykonywane w ramach przedmiotowego postępowania wpisują się w cechy stosunku pracy tj.:
a)wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy,
b)wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy,
c)w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę,
d)i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.
Jak podkreślił Zamawiającysą to zatem prace określonego rodzaju wykonywane na rzecz Wykonawcy (pracodawcy), których wykonywanie odbywa się pod kierownictwem Wykonawcy (pracodawcy) oraz w miejscu wyznaczonym przez Wykonawcę (pracodawcę). Ponadto pracownicy wykonujący ww. zakresy zamówienia zobowiązani będą do wykonania pracy w czasie wyznaczonym przez Wykonawcę, wynikającym z treści zawartej umowy, a Wykonawca zobowiązany będzie do zatrudniania tych pracowników za wynagrodzeniem. Niemniej jednak faktem jest to, że w treści SIWZ, Zamawiający zaniechał wyliczenia wszystkich czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.
Izba wskazuje, że art. 29 ust. 3a ustawy Pzp jest emanacją polityki socjalnej państwa i ma na celu przeciwdziałanie nadużywaniu umów cywilnoprawnych w obszarze stosunków zatrudnienia, w szczególności zastępowania umów o pracę umowami cywilnoprawnymi, tam gdzie charakter stosunku łączącego strony odpowiada cechom stosunku pracy określonym w art. 22 § 1 Kodeksu Pracy. Art. 29 ust. 3a ustawy Pzp ma przeciwdziałać niewłaściwym praktykom rynkowym zatrudniania osób w ramach stosunków cywilnoprawnych zamiast stosunku pracy. Należy zauważyć, iż praktyka ta często dotyka osób nisko wykwalifikowanych, wykonujący prace fizyczne.
Na gruncie niniejszej sprawy Izba, stwierdziła, że fakt, iż dane prace mają charakter sezonowy nie przesądza, iż ich wykonywanie nie powinno odbywać się w ramach stosunku pracy, jeśli spełniają one przesłanki z art. 22 §1 Kodeksu pracy. Jak słusznie podkreślił Zamawiający nie określił on w jakim wymiarze ani na jaki okres wymagana umowa o pracę ma zostać zawarta. Wykonawca prowadzi profesjonalną działalność w zakresie utrzymania zieleni (co podkreślał w toku postępowania), w związku z tym brak jest podstaw aby przyjąć, iż wykonywane prace mają charakter incydentalny. W ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy zakwalifikował czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia m.in. grabienie liści, koszenie trawników, zarośli jako czynności polegające na wykonywaniu pracy. Izba podziela przywołane powyżej stanowisko Zamawiającego, iż charakter tych czynności oraz sposób świadczenia usługi prowadzi do wniosku, iż wypełniają one przesłanki z art. 22 § 1 kodeksu pracy tj. są to prace określonego rodzaju wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę i wykonywane za wynagrodzeniem.
Izba nie miała podstaw, aby zakwestionować adekwatność uzasadnienia podanego przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, które ma charakter kontradyktoryjny, biorąc pod uwagę, że z mocy ustawy Pzp to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia stawianych zarzutów. Odwołujący poza gołosłownymi stwierdzeniami, iż czynności te nie mają charakteru stosunku pracy nie przeprowadził, żadnej analizy w tym zakresie. Również podnoszona przez niego okoliczność, iż był kontrolowany przez Państwową Inspekcję Pracy i wielokrotnie zawierał umowy o dzieło dotyczące cięć krzewów, które to nie były kwestionowane, nie została w żaden sposób wykazana. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że ww. zarzut w aspekcie merytorycznym nie potwierdził się.
Co do formalnego jego aspektu, wskazać należy, iż Zamawiający w pkt 3.6 SIWZ nie wylistował rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczy wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, jednakże w pkt 3.6.1 SIWZ zawarł odesłanie, z którego wynika iż wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w ramach przedmiotu zamówienia wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ. Załącznik 1 nr do SIWZ stanowi Opis przedmiotu zamówienia, z którego pkt 3 wprost wynika, iż w jego zakres wchodzą prace (…): zasypywanie dołów ziemią, koszenie trawników, koszenie zarośli, trenów zarośniętych, zaniedbanych, mocno zanieczyszczonych nieujętych w wykazie, wygrabianie i wywóz liści; utrzymanie i pielęgnacja krzewów starszych (pojedynczych i w grupach), usunięcie krzewów; utrzymanie i pielęgnacja żywopłotów (szczegółowo opisane w Dziale II OPZ). Zakres ten pokrywa się również z zadeklarowaną przez Zamawiającego zmianą pkt. 3.6 SIWZ. Wobec powyższego Izba uznała, iż wykonawca mógł w sposób jednoznaczny zidentyfikować jakie czynności niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia winny być wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.
Z powyższych względów Izba nie miała podstaw, aby stwierdzić, że Zamawiający ustalił wymaganie z pkt 3.6 SIWZ w sposób niewłaściwy zarówno w aspekcie formalnym jak i merytorycznym. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest bezzasadny.
Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 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).
Przewodniczący: **……..……..……..……..……..……..……..……..**