

sygn. akt: KIO 2825/20

WYROK
z dnia 17 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2020 r. przez wykonawcę **S&A Service sp. z o.o., ul. Głubczycka 8; 52-026 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102; 50-984 Wrocław**,

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami w odniesieniu do każdego z 7 zadań zamówienia w ten sposób, że zamawiający w formularzu ofertowym powinien wyodrębnić osobną pozycję dotyczącą wyceny kosztów związanych z zabránieniem odpadu do miejsca składowania tego typu odpadów i wywiezieniem z kompleksu (dotyczy usuwania opadłego listowia i gałęzi (konarów) powstałych wskutek zmiennych warunków atmosferycznych, np. silnego wiatru. Dotyczy to również niebezpiecznie zwisających gałęzi na drzewach i dachach gdzie nie jest wymagany udział pilarza, a także użycia podnośnika – część IV pkt 1 ppkt h załącznika nr 5.1 do s.i.w.z. i odpowiednio do każdego z pozostałych zadań od 2 do 7), oraz usunięcia zapisów ze wzoru umowy (§9 ust. 1 pkt 2 lit. d, e, f, g, h, i) dla wszystkich 7 zadań, dotyczących możliwości naliczania kar umownych za każdy dzień opóźnienia wliczając soboty, niedziele oraz inne dni ustawowo wolne od pracy.**
2. **W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
3. Kosztami postępowania obciąża: **Skarb Państwa - 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102; 50-984 Wrocław w części 2/5 oraz S&A Service sp. z o.o., ul. Głubczycka 8; 52-026 Wrocław w części 3/5 i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S&A Service sp. z o.o., ul. Głubczycka 8; 52-026 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa - 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102; 50-984 Wrocław** na rzecz **S&A Service sp. z o.o., ul. Głubczycka 8; 52-026 Wrocław**, kwotę 4 085 zł 73 gr (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt pięć złotych, siedemdziesiąt trzy grosze).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: KIO 2825/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Usługa sprzątnięcia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu z podziałem na 7 części (zadań)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 września 2020 r., pod nr 2020/S 175-422880.

Dnia 20 października 2020 roku, zamawiający opublikował modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Dnia 30 października 2020 roku wykonawca S&A Service sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 186 ust. 2 zd. 2 - przez dokonanie modyfikacji s.i.w.z., niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu S&A Service sp. z o.o. (KIO 2359/20),
- 2.art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania - w związku z czym wykonawca nie jest w stanie obiektywnie sporządzić oferty, zawierającej ekwiwalentną odpowiedź cenową, a dodatkowo dokonany niezgodnie z zacytowanym przepisem art. 29 ust. 1 opis przedmiotu zamówienia zobowiązuje wykonawcę do podejmowania czynności, których treści ani rozmiaru nie sposób przewidzieć, a które będą uzależnione jedynie od inicjatywy Zamawiającego, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców,
- 3.art. 14 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp w zw. z art. 483 § 1 oraz art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego (dalej „*kc*”) w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez: umieszczenie w projektach umów - załączniki nr 4.1-4.7 do s.i.w.z. obowiązku uiszczenia kar umownych oderwanych od możliwości poniesienia uszczerbku majątkowego w razie zaistnienia naruszeń, na wypadek których zostały zastrzeżone, prowadzących do nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego,
- 4.ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w zakresie zadań 1-7:

- 1) dokonania czynności polegającej na modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie szczególnie wskazanym w treści odwołania (tj. modyfikacja zapisów: s.i.w.z., załącznika nr 5.1-5.7, modyfikacja zapisów treści umowy zał. nr 4.1-4.7) i wszystkie inne wynikające konsekwentnie z dokonywanych zmian,

2)zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia jak i wynikające również z niego określenie kryterium oceny przekłada się wprost na możliwość udziału odwołującego w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia należyłą kalkulację ceny oferty, daje praktyczną pewność iż realizacja przedmiotu umowy skutkować będzie nieprzewidywanymi stratami dla odwołującego w trakcie realizacji umowy. Dodatkowo

w sytuacji, gdy oferta odwołującego zostanie uznana za najlepszą, odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami, które w swej treści są jednostronnie niekorzystne dla wykonawcy. W konsekwencji, istnieje bardzo realna możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie ma on interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający zaniechał dokonania części zmian w treści s.i.w.z. zgodnie z żądaniami poprzednio wniesionego przez odwołującego odwołania, którego zarzuty zostały w całości uznane przez zamawiającego. Z tego względu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Ze zdania 2 ust. 2 art. 186 ustawy Pzp wynika, że w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego

z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych

w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu

o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu. Na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania S&A Service sp. z o.o. z dnia 21 września 2020 r. i wobec braku przystępujących po jego stronie, Izba - działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp - postanowieniem umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2359/20.

W ustawie Pzp art. 186 ust. 2 został skorelowany z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp mówiącym o tym, że ponowne odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, którego zarzuty uznał. W przeciwnej sytuacji jedynym skutkiem dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem poprzednio uznanego odwołania jest brak podstaw do odrzucenia kolejnego odwołania od tej nowej czynności.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny a zarazem wyczerpujący (co oznacza; pełen, dostatecznie szczegółowy tj. maksymalnie/minimalnie określony zakres) opis zamówienia i warunki jego realizacji tj. wskazanie kiedy te warunki i na jakich zasadach, w jakim zakresie ulegną zmianie. Zapis stojący w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości

w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów

w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05). W wyroku z dnia 21 lipca 2014 r., KIO 1389/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „*Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny. To właśnie na etapie konstruowania treści SIWZ Zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak, aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej oceny.*”

Opis przedmiotu zamówienia powinien być tak sporządzony, by wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (zob. wyrok z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (zob. wyrok z dnia 2 sierpnia 2011 r., KIO 1556/11).

Wykonawca kalkulując ceny ofertowe bierze pod uwagę dane zamieszczone w s.i.w.z. rozumianym również jako towarzyszące mu i stanowiące integralną całość wszystkie dotyczące go załączniki.

Zamawiający w załącznikach nr 5.1-5.7 do s.i.w.z. „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” określił wymagania w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co realnie wpływa na niemożność obiektywnego dokonania kalkulacji tak aby była zachowana jedna

z podstawowych zasad kodeksu cywilnego tj. zasada ekwiwalentności świadczeń, dodatkowo może spowodować błędy w kalkulacji odwołującego, a w razie wygrania przetargu naraża go na straty w trakcie realizacji umowy, tym bardziej, iż zamawiający dopuszcza w sposób nie do końca uregulowany jasnym zakresem zmniejszenia czasowe, powierzchniowe. Zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, bez pomocy dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. sformułowanie w sposób niejasny - uniemożliwia rzetelną wycenę oferty,

a dodatkowo stanowi wprost naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy PZP i zw. z tym art. 7 ust. 1, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Ponadto niedopuszczalne jest kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego oraz warunkami realizacji zamówienia stawianymi przez zamawiającego.

a)ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

Odwołujący wniósł o zmianę Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1.1 do s.i.w.z. /po modyfikacji/ w związku z częścią III pkt. 1 pkt h) oraz częścią III pkt 2.4 załącznika nr 5.1 /po modyfikacji/ do s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wymaga stałej dyspozycji, gotowości do podjęcia działań zgodnie z OPZ - 24H/dobę 7 dni w tygodniu, jednocześnie nie dając gwarancji realizacji prac i tym samym zapłaty za nie (usługa ma być wykonywana według potrzeb wynikających z pogody).

W formularzu ofertowym w pozycji 1 lit. h, oferent winien wskazać cenę jednostkową za jednorazowe wykonanie usługi przy maksymalnej częstotliwości w roku do 20 razy, za „*usuwanie śniegu i lodu z terenów utwardzonych (w tym koszt gotowości do podjęcia działań zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia)*”. Skalkulowanie kosztów dyspozycyjności (gotowości) w tej pozycji, której płatność uzależniona jest od wystąpienia warunków skutkujących podjęciem na wezwanie realizacji danej usługi może skutkować brakiem zapłaty lub jej części pomimo, iż wykonawca poniesie koszty związane z zapewnieniem dyżurów niezależnie od tego czy usługa będzie zlecona czy nie (zakup środków do zwalczania śliskości, amortyzacja sprzętu, wynagrodzenie pracowników pełniących dyżury itd.), natomiast w przypadku braku zlecenia nie otrzyma za nie wynagrodzenia. Powyższe stoi

w sprzeczności z §4 ust. 2 umowy stanowiącej zał. nr 4.1 do s.i.w.z. „*Wykonawca w ramach ustalonej opłaty zakupu piasek oraz środki chemiczne potrzebne do utrzymania czystości na terenach utwardzonych i zielonych. Ponadto Wykonawca zaopatrzy się w materiały związane z przedmiotem umowy (sprzęt gospodarczy, środki ochrony osobistej, itp.) w ramach ustalonego wynagrodzenia.*”

Odwolujący wniósł o modyfikację Formularza Ofertowego o pozycję uwzględniającą koszt dyżurów w zakresie gotowości do „akcji zima”, środków i sprzętu, gwarantując zapłatę niezależnie czy akcja zima zostanie przeprowadzona, lub też wskazanie pozycji gdzie należy tą usługę wycenić, ale tak aby uzyskać gwarancję jej zapłaty bez względu na wystąpienie opadów śniegu czy też nie. Zarzut dotyczy wszystkich zadań od 1 do 7.

b)ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

Odwolujący wniósł o uszczegółowienie pkt. 6 w §4 umowy stanowiącej załącznik nr 4.1 do s.i.w.z. po modyfikacji: „*Wykonawca jest zobowiązany do posprzątania terenu po nieprzewidywanych zjawiskach pogodowych tj. przejściu wichur, gwałtownych opadów deszczu ze złamanych gałęzi, konarów, liści oraz zabezpieczy ich wywóz z terenu utrzymywanych kompleksów wojskowych.*”

Pomimo uznania w całości odwołania w dniu 7 października (KIO 2359/20) nie wprowadzono modyfikacji w tym zakresie. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia usługa sprzątania odbywa się 1x w tygodniu, dodatkowa usługa na terenach utwardzonych 4x

w miesiącu, natomiast utrzymanie terenów zielonych 7 razy w roku - tym samym zapis umowy jest nieprecyzyjny. Niejasne jest co zamawiający rozumie przez pojęcie „*zobowiązany do posprzątania terenu po nieprzewidywanych zjawiskach pogodowych*”. Na jakiej podstawie następuje podjęcie działań, czy jest to usługa realizowana na zlecenie, czy też podejmowana samodzielnie? Czy dotyczy terenów utwardzonych czy również nieutwardzonych? Czy objęty jest nią cały teren utwardzony i nieutwardzony, czy tylko ich część? Według której pozycji formularza dla powierzchni utwardzonej oraz nieutwardzonej niniejsza usługa ma być rozliczana, gdzie oferent winien ją wycenić?

Bez powyższych informacji odwołujący nie może należycie wycenić usługi, dlatego wniósł o jej dookreślenie. Zarzut dotyczy wszystkich zadań od 1 do 7.

c)ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

Odwolujący wniósł o uszczegółowienie części IV pkt. 1 ppkt. h załącznika nr 5.1 do s.i.w.z. po modyfikacji.

W modyfikacji powyższego załącznika, dnia 20.10.2020 r. wprowadzono wymóg: „*Wykonawca zobowiązany jest do zabrania odpadu do miejsca składowania tego typu odpadów i wywiezienia z kompleksu.*”

Odwolujący wskazał, że brak jest informacji o przewidywanym rozliczeniu niniejszych odpadów. Ilość ich po np. dużej wichurze może być znaczna, co wpłynie na wysokie koszty po stronie wykonawcy. Jednak nie można wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w s.i.w.z. W wyniku gwałtownych burz, z uwagi na dużą ilość drzew na terenach jednostki może wystąpić bardzo duża ilość odpadu (tym bardziej, iż zamawiający zastrzega sobie oczyszczenie terenu nie tylko z drobnych gałęzi ale również usunięcia konarów). Ilość takich odpadów jest nie do przewidzenia i nie można rzetelnie wycenić ich kosztu bez ryzyka narażenia Wykonawcy na straty. Zamawiający winien uszczegółwić kwestie rozliczenia niniejszych odpadów, np. określając ich wartość w rozliczeniu np. za tonę, lub określenie ich maksymalnej ilości. Zarzut dotyczy wszystkich zadań od 1 do 7.

d)ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

Odwolujący wniósł o uszczegółowienie pkt. 14 w §4 umowy stanowiący załącznik nr 4.1 do s.i.w.z. po modyfikacji: „*Zamawiający zastrzega sobie, w trakcie trwania umowy, prawo do wnoszenia korekt powierzchni do usługi utrzymania porządków w obrębie danej lokalizacji lub zmianę częstotliwości wykonywania usług.*”. Zamawiający przewidział, iż powyższe ograniczenia powierzchni przeznaczonej do sprzątania nie przekroczą w okresie realizacji umowy 25 % ogólnej powierzchni danego rodzaju objętej zamówieniem. Nie podał natomiast granicy w zakresie zmiany częstotliwości wykonywania usług danego rodzaju.

Pomimo uznania w całości odwołania w dniu 7 października (KIO 2359/20) nie wprowadzono modyfikacji w tym zakresie. Jest to niezbędne do oszacowania ewentualnych kosztów usługi. Zarzut dotyczy wszystkich zadań od 1 do 7.

e)ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

Odwolujący wniósł o modyfikację zapisów §9 ust. 1 pkt. 2 lit. d, e, f, g, h, i umowy stanowiący załącznik nr 4.1 do s.i.w.z. po modyfikacji w zakresie zapisów, iż zamawiający będzie naliczał kary „*za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do terminu rozpoczęcia określonego w zleceniu i pierwotnego czasu realizacji określonego w Opisie przedmiotu zamówienia; wliczając soboty i niedziele oraz inne dni ustawowo wolne od pracy*”. W związku z zapisami załącznika nr 5.1 do s.i.w.z. po modyfikacji część II pkt. 3 realizacja usług przez wykonawcę ma się odbywać w godzinach pracy obsługiwanej jednostki. Nadmiernością zamawiającego jest więc fakt naliczania kar za dni wolne,

w których usługa nie może być realizowana, z czym odwołujący się nie zgadza i wnosi o zmianę zapisów na dni kiedy praca na danych jednostkach może być świadczona zgodnie z zał. nr 8 do umowy. Ponadto nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a brak jest takich uregulowań

w umowie. Pomimo uznania w całości odwołania w dniu 7 października (KIO 2359/20) nie wprowadzono modyfikacji w tym zakresie. Zarzut dotyczy wszystkich zadań od 1 do 7.

Odwolujący wskazał, iż odpowiedzialność za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań z uwzględnieniem wszelkich istotnych danych i parametrów, spoczywa na zamawiającym. Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem wskazane warunki oraz wymagania są wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców.

Mając na względzie treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jak i art. 355 § 2 k.c., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opisz przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu

umowy.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania

i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty a dodatkowo w sposób zapewniający przygotowanie przejrzystego postępowania z zachowaniem zasad równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający winien opisać swoje wymagania dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do modyfikacji kar umownych w celu dostosowania ich naliczenia do dni rzeczywistego świadczenia usługi. Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania.

Odwołujący wniósł pismo procesowe stanowiące odpowiedź na stanowisko zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne (w 2/5).

Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów opisanych w lit. c i e uzasadnienia odwołania.

Zarzut opisany w lit. c uzasadnienie odwołania dotyczył okoliczności nowych, powstałych w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający dnia 20 października 2020 roku dokonał modyfikacji części I pkt 1 pkt h załącznika nr 5.1 do s.i.w.z., nadając mu następującą treść „h)

Usuwaniu opadłego listowia i gałęzi (konarów) powstałych wskutek zmiennych warunków atmosferycznych, np. silnego wiatru. Dotyczy to również niebezpiecznie zwisających gałęzi na drzewach i dachach gdzie nie jest wymagany udział pilarka, a także ułożenia podnośnika. Cięcia gałęzi (konarów) jeżeli ich wielkość tego wymaga dokonają pracownicy Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do zabrania odpadu do miejsca składowania tego typu odpadów i wywiezienia z kompleksu”. Zamawiający do dotychczasowej treści dopisał „Cięcia gałęzi (konarów) jeżeli ich wielkość tego wymaga dokonają pracownicy Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do zabrania odpadu do miejsca składowania tego typu odpadów i wywiezienia z kompleksu.”.

Powyższe wzbudziło, jak się okazało, uzasadnioną wątpliwość odwołującego, który stwierdził, że nałożenie na wykonawcę dodatkowego obowiązku winno skutkować możliwością wyceny dodatkowej pracy. Odwołujący twierdził bowiem, że nie jest w stanie ustalić, na dzień złożenia oferty, ile w wyniku zjawisk atmosferycznych (burze, wichury) powstanie odpadów, które należy zeszkładować a następnie wywieźć z kompleksu.

Zamawiający na rozprawie wywodził, że koszt takich odpadów należy ująć w ryczałtowej cenie - w formularzu ofertowym w pkt 1 lit. a, który dotyczy utrzymania terenów utwardzonych.

Odwołujący wskazał, że kwestionowany zapis dotyczy, zgodnie tytułem części IV – utrzymania terenów nieutwardzonych, tym samym niezasadne jest stanowisko zamawiającego w tym zakresie.

Oceniając przedmiotowy zarzut Izba stwierdziła, że zasadne jest stanowisko odwołującego, gdyż nie jest możliwe, na etapie składania ofert, ustalenie, a co za tym idzie i wycenienie kosztu usługi zależnej od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Taka sytuacja rodzi bowiem brak możliwości porównania złożonych ofert, a co za tym idzie narusza zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności w zakresie proporcjonalności

i przejrzystości postępowania i może prowadzić do wyboru oferty, która *de facto* nie jest ofertą najkorzystniejszą. Przyjmując bowiem stanowisko zamawiającego, każdy

z wykonawców, kalkulując swoją ofertę, przyjąłby do wyceny zupełnie inną wartość, która nie może być porównywalna. Zasadnym w tym zakresie jest konieczność wyodrębnienia przez zamawiającego w formularzu ofertowym odrębnej pozycji dla tego typu usługi, która będzie wyceniana np. za ilość wywiezionego odpadu mierzonych w kg. Tym samym każdy

z wykonawców będzie mógł w swojej ofercie osobno wycenić koszt takiej usługi, a rozliczana ona będzie od tonażu faktycznie zagospodarowanego odpadu. Sytuacja powyższa dotyczy wszystkich 7 zadań, dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wprowadzenie odpowiedniej pozycji wyceny oferty w formularzu ofertowym w odniesieniu do każdego zadania.

Zarzut opisany w lit. e uzasadnienia odwołania dotyczył projektu umowy w zakresie §9 ust. 1 pkt 2 lit. d-i, w którym zamawiający wskazał, iż będzie nakładał kary za opóźnienie

w realizacji umowy również za dni, którymi są soboty, niedziele oraz inne dni ustawowo wolne od pracy. Odwołujący podnosił, że w załączniku nr 8 do umowy (w każdym z 7 zadań), zamawiający podał godziny pracy poszczególnych jednostek i instytucji. Z wykazu tego wynika, że godziny pracy poszczególnych jednostek i instytucji zostały ustalone na od poniedziałku do piątku w godzinach od 7 do 15, a w niektórych nawet od poniedziałku do czwartku. Zdaniem odwołującego takie ukształtowanie postanowień umowy, może prowadzić do sytuacji, w której zamawiający naliczy kary za opóźnienia w realizacji umowy, które jednakże nie będą wynikały z winy i przyczyny leżącej po stronie wykonawcy, gdyż wykonawca byłby w stanie zrealizować zamówienie w terminie, jednakże z uwagi na czas pracy danej jednostki lub instytucji nie

będzie to możliwe.

Zamawiający na rozprawie podniósł, iż z OPZ stanowiącego zał. nr 5.1 do s.i.w.z. II.3 wynika, że świadczenie usług, co do zasady ma odbywać się w godzinach pracy jednostek, co nie wyklucza możliwości, że wykonawca ustali wykonywanie usługi w innych godzinach

i innych dniach z kierownikiem SOI. Ponadto zamawiający wskazał, iż w zakresie zadań 1-7 jego intencją było, poprzez zmianę s.i.w.z. w dniu 20 października 2020 r., usunięcie zał. nr 8 stanowiącego wykaz godzin pracy jednostek.

Izba, biorąc pod uwagę stan sprawy ustalony w dniu orzekania stwierdziła, że obecnie obowiązująca treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz załącznikami zawiera załącznik nr 8, dlatego też stanowisko zamawiającego, że „jego intencją było” pozostaje bez znaczenia, liczy się bowiem treść s.i.w.z. obowiązująca w dniu rozprawy.

Izba za zasadne uznała stanowisko odwołującego, gdyż za nie zgodne z przepisami obowiązującego prawa jest okoliczność, w której wykonawca będzie obciążany karami za nieterminowe wykonanie zamówienia w sytuacji w której faktycznie nie miał możliwości jej terminowego wykonania. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż zamawiający jest specyficzną jednostką sektora finansów publicznych, w stosunku do której obowiązują określone procedury i instrukcje. Jednostki wojskowe działają w oparciu o określone regulaminy, które wyłączają możliwość przebywania na ich terenie osób trzecich poza godzinami ich pracy, stąd nawet przy przyjęciu, że osoby skierowane do realizacji zadania będą wcześniej zgłoszone takiej jednostce, nie oznacza, że osoby te będą mogły świadczyć usługę poza godzinami wskazanymi w załączniku nr 8 do umowy. Dlatego też nakładanie przez zamawiającego kar umownych na wykonawcę niemogącego świadczyć takiej usługi może skutkować uznaniem o bezpodstawnym wzbogaceniu wierzyciela (zamawiającego). 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 dnia 24 stycznia 2014 r., sygn. CSK 124/13). Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej

w ustawie Pzp (por. wyroki KIO z 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15). Także Kodeks cywilny przewiduje instrumenty ochrony przed stosowaniem nadmiernych kar umownych (art. 5 KC - nadużycie prawa podmiotowego; art 484 § 2 KC - możliwość żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało

w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana).

W konsekwencji powyższego Izba nakazała zamawiającemu usunięcie zapisów ze wzoru umowy (§9 ust. 1 pkt 2 lit. d, e, f, g, h, i) dla wszystkich 7 zadań, dotyczących możliwości naliczania kar umownych za każdy dzień opóźnienia wliczając soboty, niedziele oraz inne dni ustawowo wolne od pracy.

Izba oddaliła pozostałe zarzuty odwołania stwierdzając, iż w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego odwołania z dnia 21 września 2020 roku i dokonanej w wyniku tego uwzględnienia modyfikacji treści s.i.w.z. z załącznikami z dnia 20 października 2020 roku, zamawiający uczynił zadość żądaniom odwołującego w zakresie w jakim żądania te zostały sprecyzowane w rzeczonym odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu.

W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosili zamawiający w części 2/5 i odwołujący w części 3/5. Spośród 5 grup zarzutów zasadne okazały się 2 grupy. Kosztami postępowania obciążono zatem odwołującego w części 3/5 i zamawiającego w części 2/5. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę w wysokości 614,31 zł. Łączna wysokość wszystkich kosztów postępowania odwoławczego wyniosła zatem 19.214,31 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 15.614,31 zł (15.000 + 614,31), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.528,58 zł (3/5 z 19.214,31). Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600,00 zł. Wobec powyższego od zamawiającego na rzecz odwołującego zasądzono kwotę 4.085,73 zł, stanowiącą różnicę między kosztami dotychczas poniesionymi przez odwołującego, a kosztami, za jakie odwołujący odpowiadał w świetle wyniku postępowania (15.614,31 zł – 11.528,58 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. a i b w

zw. § 5 ust. 4 w zw. z § 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:.....