sygn. akt: KIO 3605/21

WYROK

z dnia 29 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę REMONDIS sp. z o.o., ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5; 00-950 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Fagus sp. z o.o., Al. Krakowska 110/114; 00-971 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w: ust. 1 lit. A, B i D, ust. 2 oraz ust. 3 lit. B, C i D.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę REMONDIS sp. z o.o., ul. Zawodzie 18;

02-981 Warszawa i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę REMONDIS sp. z o.o., ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy REMONDIS sp. z o.o., ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa na rzecz zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5; 00-950 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

sygn. akt: KIO 3605/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Całoroczne utrzymanie czystości na terenach zieleni położonych wzdłuż dróg krajowych wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 1 grudnia 2021 r., pod nr 2021/S 233-613973.

Dnia 13 grudnia 2021 roku, wykonawca Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie wyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, a także mogący prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ Warunki realizacji umowy oraz standardy jakościowe wykonania prac (dalej: „Warunki realizacji umowy") wskazał, że:

a) wymaga w ramach zamówienia zapewnienia ciągłego i całodobowego kontaktu telefonicznego, bez doprecyzowania w jakim celu ma zostać zapewniony kontakt telefoniczny oraz bez jednoczesnego przewidzenia wynagrodzenia za pełnienie przez wykonawcę całodobowego dyżuru (pkt I lit. E tiret 5),

b) w szczególnych przypadkach (po burzach i wichurach), wykonawca na zlecenie zamawiającego, zobowiązany jest do wywozu zanieczyszczeń organicznych z terenów zieleni w soboty i dni wolne od pracy bez jednoczesnego określenia zakresu prac jakie mogą zostać zlecone wykonawcy i bez przewidzenia

dodatkowego wynagrodzenia za ich wykonanie (pkt I lit. L),

c) zastrzega sobie możliwość wstrzymania prac do odwołania ze względu na warunki pogodowe (opady atmosferyczne, suszę) oraz występowanie zasiedlonych gniazd ptasich, bez jednoznacznego określenia na jak długi okres czasu mogą zostać zawieszone prace, na jakich zasadach zostaną one wznowione oraz czy wykonawca otrzyma zwrot kosztów poniesionych na przygotowanie do świadczenia usług (pkt I lit. N),

d) w przypadku wystąpienia uzasadnionych okoliczności (warunki atmosferyczne, wydarzenia okołomiejskie, uroczystości itp.) Zamawiający może zmienić terminy wykonania poszczególnych prac, bez jednoznacznego określenia z jakim

wyprzedzeniem będzie to następowało oraz bez zapewnienia konsultacji z wykonawcą co do nowego terminu wykonania tych prac (pkt I lit. O),

e) ze względu na ciągłe opady atmosferyczne wykonawca ma możliwość wstrzymania na 1 dzień tylko części prac przewidzianych w załączniku nr 6.1-11 Kosztorys do SWZ (zamawiający wymienił w treści postanowienia jedynie ograniczony zakres prac) oraz jest zobowiązany poinformować o tym zamawiającego w raporcie przesłanym do g. 7:30 tego dnia (pkt I lit. P),

2. art. 433 pkt 4) ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez wskazanie przez zamawiającego, że powierzchnie i ilości (obmiar) podane w tabeli stanowiącej załącznik nr 2 do wzoru umowy (lokalizacja) mogą ulec zmniejszeniu w zależności od wskazań zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnych powierzchni i ilości (obmiar) które będą objęte przedmiotem umowy oraz nie ulegną zmianie w okresie jej obowiązywania (pkt I lit. R),

3. art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie wzoru umowy (załącznik nr 8 do SWZ) w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim w:

a) § 2 ust. 6 wzoru umowy, zamawiający wskazał, że ma prawo do dokonywania

kontroli w trakcie wykonywania zobowiązań określonych umową przez wykonawcę, bez jednoczesnego dookreślenia czasu, w ciągu którego po zakończeniu prac będzie następowała kontrola co może doprowadzić do nieuzasadnionego nałożenia na wykonawcę kar umownych lub nieuwzględnienia wykonanych prac przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za dany miesiąc,

b) § 3 ust. 4 wzoru umowy wskazano, że zamawiający sporządzi jednostronny protokół odbioru i niezwłocznie prześle go do wykonawcy, bez dokładnego określenia terminu, w którym to nastąpi, co uniemożliwia wykonawcy ustalenie, kiedy będzie mógł wystawić fakturę VAT i czy będzie w stanie dotrzymać terminów określonych dla wykonania tej czynności w przepisach podatkowych,

c) § 3 ust. 11 wzoru umowy, zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest wywozić śmieci, odpady materiałowe i pozostałości po pracach we własnym zakresie na składowisko, podczas gdy z powszechnie obowiązujących przepisów prawa regulującego gospodarowanie odpadami wynika, że wykonawca zobowiązany jest przekazywać odpady do instalacji komunalnych,

d) § 3 ust. 12 wzoru umowy, przewidziano możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy ze skutkiem natychmiastowym, w sytuacji stosowania dmuchaw podczas wykonywania prac będących przedmiotem umowy, podczas

gdy w zarządzeniu nr 333/2020 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 5 marca 2020 r. w sprawie zakazu stosowania dmuchaw na terenach m.st. Warszawy, wskazano że w takiej sytuacji zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od stwierdzenia naruszenia,

e) kary umowne przewidziane przez zamawiającego w § 8 wzoru umowy są rażąco wygórowane i nieproporcjonalne do naruszeń, za które zostały przewidziane w zakresie w jakim kary przewidziane w:

1) ust. 1 lit. a) i b) zostały uregulowane w odniesieniu do każdej lokalizacji (ulicy) w równej wysokości niezależnie od powierzchni lokalizacji i zakresu prac jaki wykonawca będzie zobowiązany wykonać,

2) ust. 1 lit. c) są rażąco wygórowane, przez co tracą swój dyscyplinujący charakter, a ponadto kara przewidziana w tiret 2 pozostaje w sprzeczności z postanowieniami Warunków realizacji umowy, które dopuszczają koszenie trawników sprzętem o masie zestawu 3,5 t,

4. art. 441 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez przewidzenie przez zamawiającego w dokumentach zamówienia prawa opcji (rozdział IV pkt 7 SWZ oraz § 4 wzoru umowy) w postaci nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień umownych, co uniemożliwia wykonawcom należyte oszacowanie kosztów realizacji prac przewidzianych do wykonania w ramach prawa opcji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SWZ i załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w uzasadnieniu, tj. :

1) w zakresie Warunków realizacji umowy:

a) usunięcie obowiązku określonego w pkt I lit. E tiret 5 tj. usunięcie obowiązku zapewnienia ciągłego i całodobowego kontaktu telefonicznego,

b) dookreślenie w pkt I lit. L zakresu prac jakie mogą zostać zlecone wykonawcy w ramach wywozu zanieczyszczeń organicznych z terenów zieleni w szczególnych przypadkach oraz wprowadzenie wynagrodzenie za realizację tego elementu przedmiotu zamówienia płatnego po każdorazowym zleceniu wykonanym przez wykonawcę w tym zakresie,

c) jednoznaczne określenie w pkt I lit. N czasu na jaki zamawiający może zawiesić wykonanie prac, zasad na jakich będą one wznawiane oraz wprowadzenie postanowień na mocy, których w przypadku przekroczenia czasu zawieszenia wykonania prac lub ich anulowania, wykonawcy będzie przysługiwał zwrot uzasadnionych kosztów poniesionych na przygotowanie do świadczenia usług,

d) jednoznaczne określenie w pkt I lit. O, że zamawiający będzie informował wykonawcę o zmianie terminu poszczególnych prac w przypadku wytapiania uzasadnionych

okoliczności, o których mowa w tym punkcie SWZ z wyprzedzeniem co najmniej 5 dni

roboczych, a nowy termin wykonania tych prac będzie każdorazowo konsultowany z wykonawcą;

e) wskazanie w pkt I lit. P, że ze względu na ciągłe opady atmosferyczne wykonawca będzie miał możliwość wstrzymania na 1 dzień wszystkich rodzajów prac przewidzianych w załączniku nr 6.1-11 do SWZ Kosztorys (bez ograniczenia tylko do niektórych ich rodzajów) oraz iż w uzasadnionych przypadkach (np. w sytuacji wystąpienia intensywnych ciągłych opadów po przesłaniu zamawiającemu raportu) będzie uprawniony do wstrzymania prac również w ciągu dnia,

2. podanie w pkt I lit. R w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości zakresu o jaki w trakcie realizacji zamówienia mogę zostać zmniejszone powierzchnie i ilości (obmiary) podane w tabeli stanowiącej załącznik nr 2 do wzoru umowy, tj. określenie minimalnych powierzchni i ilości (obmiarów) podanych w tabeli stanowiącej załącznik nr 2 do wzoru umowy, które będą objęte umową i nie ulegną zmianie w trakcie całego okresu jej obowiązywania,

3. w zakresie wzoru umowy:

a) wskazanie w § 2 ust 6 wzoru umowy, że zamawiający będzie prowadził kontrolę prac w trakcie wykonywania zobowiązań określonych umową przez wykonawcę, w tym m.in. kontrolę jakości i terminowości wykonania prac nie później niż w ciągu 1 godziny od zakończenia wykonywania danych prac przez wykonawcę. Po upływie tego czasu, w przypadku negatywnego wyniku kontroli, zamawiający nie będzie uprawniony do stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania prac, a wykonawcy nie będzie ponosił negatywnych konsekwencji takich ustaleń, w tym nie zostaną na niego nałożone kary umowne przewidziane w § 8 wzoru umowy;

b) określenie w § 3 ust. 4 wzoru umowy, że zamawiający będzie zobowiązany do sporządzenia i przekazania wykonawcy jednostronnego protokołu odbioru i przesłania go wykonawcy w terminie 3 dni roboczych od dnia przedstawienia przez wykonawcę rzeczywistego obmiaru wykonanych prac,

c) zmodyfikowanie § 3 ust. 11 wzoru umowy poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany jest wywozić śmieci, odpady materiałowe i pozostałości po pracach we własnym zakresie do odpowiednich instalacji komunalnych,

d) zmodyfikowanie ostatniego zdania § 3 ust. 12 wzoru umowy, poprzez wskazanie, że w sytuacji stosowania dmuchaw podczas wykonywania prac będących przedmiotem umowy, zamawiający może również odstąpić od umowy w terminie 30 dni od stwierdzenia naruszenia, tj. dostosowanie brzmienia tego postanowienia do brzmienia klauzul zaproponowanych w załączniku do zarządzenia nr 333/2020 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 5 marca 2020 r.,

e) zmodyfikowanie § 8 ust. 1 wzoru umowy w następujący sposób:

1. uzależnienie wysokości kar przewidzianych w ust. 1 lit. a) i b) od powierzchni lokalizacji i zakresu prac jakie miały zostać zrealizowane przez wykonawcę,

2. zmianę ust. 1 lit. c) w odniesieniu do kar przewidzianych w tiret pierwszym i drugi poprzez wskazanie, że w przypadku spowodowania nieodwracalnych zniszczeń poprzez nieprawidłowe przycięcie roślin skutkujące zniszczeniem, zdeformowaniem korony, pokroju, uszkodzeniem szyjki korzeniowej, uszkodzeniem kory dla krzewów, roślin okrywowych, pnączy, kwietników z siewu oraz drzew rosnących w sąsiedztwie prowadzonych prac wykonawca w pierwszej kolejności zobowiązany będzie do wymiany na własny koszt uszkodzonego krzewu, roślin okrywowych, pnączy, kwietników z siewu oraz drzew rosnących w sąsiedztwie prowadzonych prac, a dopiero w przypadku braku ich wymiany lub w przypadku braku możliwości wymiany do zapłacenia kary umownej w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek (sztukę).

4. doprecyzowanie w dokumentach zamówienia prawa opcji poprzez podanie:

a) konkretnego wykazu ulic (lokalizacji), które będą objęte przedmiotem zamówienia w

ramach prawa opcji,

b) w sposób precyzyjny i jednoznaczny terminu rozpoczęcia wszystkich rodzajów prac przewidzianych do wykonania w ramach prawa opcji,

c) w sposób precyzyjny i jednoznaczny terminu realizacji prac wymienionych w punktach 1.4, 2.2, 1.3,1.4, 2.1, 2.3, 2.4, 3.2, 3.3., 2.4, 3.5, 4.1, 4.2, 4.3 Warunków realizacji

umowy oraz okresu czasu, w ciągu którego wykonawca będzie zobowiązany do wykonania tych prac.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność zamawiającego (ukształtowane w postępowaniu warunki zamówienia) uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwe. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do eliminacji dokonanego przez zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Objęta odwołaniem czynność zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Na posiedzeniu, przed otwarciem rozprawy, Izba stwierdziła, że zamawiający dokonał zmiany SWZ i załączonych do niej dokumentów. W związku z czynnością zamawiającego, odwołujący oświadczył, iż zmiana dokonana przez zamawiającego wypełnia żądania odwołującego opisane w zarzutach ust. 1 lit. A, B i D, ust. 2 oraz ust. 3 lit. B, C i D.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołujący oświadczył, iż podtrzymuje odwołanie

(ust. 1 lit. C i E, ust. 3 lit. A i E oraz ust. 4).

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Fagus sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

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. 3 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. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zarzut z ust. 1 lit. C odwołania.

Odwołujący wskazał, iż w pkt I lit. N z Warunków realizacji umowy, zamawiający wskazał, iż zastrzega sobie możliwość wstrzymania prac do odwołania ze względu na warunki pogodowe (opady atmosferyczne, suszę) oraz występowanie zasiedlonych gniazd ptasich.

Przedmiotowe postanowienie jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, gdyż nie wynika

z niego na jak długi okres czasu mogą zostać zawieszone prace, na jakich zasadach zostaną one wznowione oraz czy wykonawca otrzyma zwrot kosztów poniesionych na przygotowanie do świadczenia usług. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w których wykonawca poniesie znaczne koszty związane z przygotowaniem do świadczenia usług w danej lokalizacji, a zamawiający wstrzyma prace w krótkim okresie czasu po ich rozpoczęciu co spowoduje, że prace wykonane przed wstrzymaniem prac nie pozwolą na pokrycie nakładów poniesione przez wykonawcę na przygotowanie do realizacji prac (w szczególności koszty związane ze skierowaniem pracowników i sprzętu do realizacji prac na rzecz zamawiającego). Wykonawca nie jest również w stanie oszacować przez jak długi okres będzie zmuszony utrzymywać gotowość do niezwłocznego podjęcia wstrzymanych uprzednio przez zamawiającego prac, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w zaoferowanej cenie.

W zakresie zarzutu, zamawiający zmodyfikował to postanowienie, jednakże nie wypełnia ona żądania odwołującego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut jest bezzasadny. Za zamawiającym wskazać bowiem należy, iż umowa ma charakter kosztorysowy, wykonawca musi być gotowy do realizacji zamówienia, a przedmiotem wynagrodzenia nie jest gotowość do podjęcia określonych czynności, ale fakt i zakres ich wykonywania. Istotne jest zwrócenie uwagi na fakt, że praca jest wykonywana na organizmach żywych i uzależniona od warunków pogodowych. To warunki pogodowe determinują czas i zakres wykonywany czynności, a podany przez odwołującego przykład gniazd ptasich praktycznie nie występuje, gdyż dot. czynności koszenia niskiego w pasie drogowym.

Zarzut z ust. 1 lit. E odwołania.

Odwołujący wskazał, iż w pkt I lit. P Warunków realizacji umowy, wskazano że względu na ciągłe opady atmosferyczne wykonawca ma możliwość wstrzymania na 1 dzień grabienia

wiosennego, koszenia trawników, koszenia łąk kwietnych, renowacji trawników, zakładania trawników, cięcia żywopłotów, zakładania i usunięcia kwietników. O planowanym

wstrzymaniu prac w danym dniu wykonawca powiadomi zamawiającego w raporcie przesłanym do g. 7.30 tego dnia.

W omawianym postanowieniu w nieuzasadniony sposób ograniczono możliwość wstrzymania przez wykonawcę prac tylko do części prac wymienionych w załączniku nr 6.1-11 do SWZ Kosztorys, podczas gdy również pozostałe prac takie jak np. grabienie jesienne i pielenie nie mogą być wykonywane w trakcie ciągłych opadów atmosferycznych. Ponadto,

nieuzasadnione jest wprowadzenie przez zamawiającego ograniczenia czasowego co do godziny, do której wykonawca zobowiązany jest poinformować zamawiającego o wstrzymaniu prac na 1 dzień z uwagi na ciągłe opady atmosferyczne. Nie uwzględniono w nim bowiem przypadków, w których ciągłe gwałtowne opady wystąpią w danym dniu po godzinie 7.30 i spowodują że nie będzie możliwe dalsze prowadzenie prac.

W zakresie zarzutu, zamawiający zmodyfikował to postanowienie, jednakże nie wypełnia ona żądania odwołującego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut jest bezzasadny. Za zamawiającym wskazać bowiem należy, iż ograniczenie wstrzymania prac, które w SWZ wskazał zamawiający, wynikają z bieżących potrzeb zamawiającego oraz warunków pogodowych. Skoro zamawiający podał w załączniku nr 6.1-11 do SWZ Kosztorys, jakie prace będą wchodziły w zakres wstrzymania prac, to wykonawca ma poważny argument, gdyby zamawiający na etapie realizacji zamówienia, chciał ten zakres zmienić. Jednocześnie podnieść należy, iż to zamawiający decyduje, jakie czynności mogą zostać wstrzymane, a każdy z wykonawców posiada tożsamą wiedzę co do skutków takiego przepisu. Nie może być zatem mowy o nierównym traktowaniu wykonawców, czy niejednoznacznym opisaniu przedmiotu zamówienia.

Zarzut z ust. 3 lit. A odwołania.

Odwołujący wskazał, iż w § 2 ust. 6 wzoru umowy, zamawiający wskazał, że ma prawo do dokonywania kontroli w trakcie wykonywania zobowiązań określonych umową przez wykonawcę, w tym m.in.: kontroli jakości i terminowości wykonania prac.

Z przeprowadzonych kontroli sporządzane będą protokoły kontroli. W omawianym postanowieniu wzoru umowy zamawiający nie doprecyzował w ciągu jakiego czasu będzie dokonywał kontroli po zakończeniu prac, co może doprowadzić do nieuzasadnionego nałożenia na wykonawcę kar umownych lub nieuwzględnienia wykonanych prac przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za dany miesiąc. Jest to szczególnie istotne w przypadku prac związanych np. podlewaniem rabat, które mają być prowadzone w godzinach 20.00 - 6.00 (czynności w ramach prawa opcji, pkt 3.1 Warunków realizacji umowy). Jeśli prace mają być zakończone do godziny 6.00, to prowadzenie kontroli ich wykonania w upalny dzień w ciągu kilku godzin po ich zakończeniu (np. w godzinach popołudniowych) będzie prowadziło do negatywnej oceny wykonanych prac z uwagi na wysoką utratę wilgotności przez glebę, a w konsekwencji będzie prowadziło do obciążenia wykonawcy negatywnymi konsekwencjami pomimo ich należytego wykonania.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut jest bezzasadny. Za zamawiającym wskazać bowiem należy, odnosząc się do przypadku, który podał odwołujący, że przedmiotem oceny osób kontrolujących wykonanie czynności wykonawcy, nie jest poziom wilgotności ziemi, ale faktyczna kondycja rośliny, która będzie oceniana przez pracowników kontroli zamawiającego, którzy posiadają w tym zakresie odpowiednie wykształcenie i doświadczenie i potrafią ocenić czy usługa była fatycznie wykonana. Analogicznie sytuacja dotyczy usługi sprzątania. Możliwe jest bowiem stwierdzenie, czy czynność była wykonywana przez wykonawcę w ostatnim okresie, czy zaległości w usłudze są dłuższe.

Żądanie przez odwołującego, aby w określonym czasie były przeprowadzone kontrole, wypacza sens kontroli, albowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek rzetelnego wykonywania usługi, a okoliczność jej potwierdzenia spoczywa na zamawiającym. Nie jest bowiem właściwe, aby wykonawca posiadał wiedzę kiedy będzie przeprowadzona kontrola, gdyż w takim przypadku może dojść do sytuacji, w której usługa będzie wykonywana pod kontrolę. Nie taki jest cel prowadzenia czynności kontrolnych.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 431 ustawy Pzp, zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonywaniu umowy (...) w celu należytej realizacji zamówienia. Wobec brzmienia wskazanego przepisu, w określonych przypadkach, strony zobligowane są do wzajemnego przyjęcia stanowisk w razie ewentualnego stwierdzenia nieprawidłowości w wykonywaniu usługi, w taki sposób, aby możliwe było obiektywne stwierdzenie, czy zostały one prawidłowo ustalone w trakcie kontroli realizacji umowy.

Zarzut z ust. 3 lit. E odwołania.

Odwołujący wskazał, iż kary umowne przewidziane przez zamawiającego w § 8 ust. 1 lit. a), b) i c) wzoru umowy są rażąco wygórowane i nieproporcjonalne do naruszeń, za które zostały przewidziane.

a) Kary przewidziane w § 8 ust. 1 lit. a) i b) wzoru umowy.

Zgodnie z § 8 ust. 1 lit. a) i b) wzoru umowy, zamawiający zastrzegł na swoją rzecz prawo naliczenia kar umownych w następujących przypadkach i w następującej wysokości:

„a) stwierdzenia zwłoki w rozpoczęciu lub zakończeniu prac w dniach ustalonych w protokole wprowadzenia lub w załączniku nr 3, w wysokości 500 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, za każdą lokalizację (ulicę);

b) stwierdzenia nieprzestrzegania przez Wykonawcę warunków i zasad wykonania prac określonych w załączniku nr 3 do umowy, w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek, przy czym przez stwierdzony przypadek, na potrzeby niniejszej umowy należy rozumieć każdą lokalizację (ulicę)".

Przywołane kary zostały uregulowane w odniesieniu do każdej lokalizacji (ulicy) w równej wysokości niezależnie od powierzchni lokalizacji (powierzchni, na której będą wykonywane prace) i zakresu prac jaki wykonawca będzie zobowiązany wykonać dla danej lokalizacji.

Taki sposób ich ukształtowania jest nieuzasadniony, gdyż taka sama kara zostanie wykonawcy naliczona w sytuacji, gdy lokalizacja to ulica o powierzchni 3 ha (30 000 m^2) jak i w sytuacji, gdy lokalizacja to powierzchnia 0,03 ha (300 m^2), a co za tym idzie nakład pracy na wykonanie prac w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest zupełnie inny.

b) Kary przewidziane w § 8 ust. 1 lit. c) wzoru umowy.

W § 8 ust. 1 lit. c) wzoru umowy zamawiający wskazał, że naliczy kary umowne w sytuacji rażącego niedotrzymania warunków umowy:

- „spowodowania nieodwracalnych zniszczeń poprzez nieprawidłowe przycięcie roślin skutkujące zniszczeniem, zdeformowaniem korony, pokroju, uszkodzeniem szyjki korzeniowej, uszkodzeniem kory dla:

  - krzewów, roślin okrywowych, pnączy, kwietników z siewu w wysokości 2500 zł za każdy stwierdzony przypadek (ulicę);

  - drzew rosnących w sąsiedztwie prowadzonych prac w wysokości 2500 zł za każdy stwierdzony przypadek (sztukę);

- używania sprzętu do koszenia o masie zestawu powyżej 1600 kg w wysokości 2500 zł za każdy przypadek (ulicę),

- używania dmuchaw do usuwania liści zgodnie z § 3 ust. 12 umowy".

Kary przewidziane w tiret 1 i 2 tego postanowienia umowy są rażąco wygórowane, przez co tracą swój dyscyplinujący charakter i stają się źródłem dochodu dla zamawiającego. Jeśli chodzi o kary przewidziane w tiret 1 to należy zauważyć, że uszkodzenie kory nie zawsze musi wiązać się ze zniszczeniem roślin, w wielu przypadkach, niewielkie uszkodzenia nie wpływają na dalszy rozwój i wzrost roślin. Biorąc pod uwagę, że sankcja przewidziana za dane naruszenie powinna mieć charakter dyscyplinujący, w tym zakresie wystarczające wydaje się nałożenie na wykonawcę obowiązku wymiany zniszczonych roślin na jego koszt.

Co się zaś tyczy kary przewidziane w tiret 2 tego postanowienia umowy, to należy zwrócić uwagę na fakt, że jest ona rażąco wygórowana w stosunku do naruszenia, za które została przewidziana. Brak jest podstaw do nałożenia na wykonawcę tak wysokiej kary wyłącznie za skorzystanie ze sprzętu o wyższej masie zestawu (niezależnie od tego czy doszło w związku z tym do jakichś uszkodzeń i zniszczeń).

Ponadto, kara ta pozostaje w sprzeczności z postanowieniami Warunków realizacji umowy, które dopuszczają koszenie trawników sprzętem o masie zestawu 3,5 t (czynności w ramach prawa opcji pkt 1.1 Trawniki).

Zamawiający wyjaśnił sposób postępowania dot. sprzętu o masie zestawu 3,5 t, jednakże nie zmienił wysokości kary.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut jest bezzasadny. Za zamawiającym zwrócić należy uwagę na wartość przyrodniczą terenu, na której zamawiającemu zależy, a ubytki w roślinności mogą powodować rożnego rodzaju koszty w dłuższym okresie czasu,

dlatego też kara, którą zamawiający ustalił ma za zadanie pokryć te szkody, a ewentualne czynności związane z jej odnowieniem (wartości przyrodniczej) będą obciążały zamawiającego. Ponadto w związku z tym, że odpowiedzialność w zakresie dbałości o wykonywaną usługę, w tym związaną z innymi roślinami, spoczywa wyłącznie na wykonawcy, a kara ma charakter dyscyplinujący, to w przypadku prawidłowej realizacji zamówienia nie będzie powodowało jej uruchomienia.

Zamawiający potraktował jednolicie wszystkie ulice z uwagi na okoliczność, że nie da się dokonać rozróżnienia w odniesieniu do rożnych lokalizacji. Zamawiającemu zależy na równej staranności w traktowaniu wszystkich powierzchni obsługiwanych przez wykonawców.

Ponownie Izba stwierdza, że postanowienia SWZ oraz wzoru umowy, nie dyskwalifikują grona potencjalnych wykonawców. Obligują ich jednak do rzetelnego wykonywania umowy, co w przypadku ziszczenia się tego warunku, nie będzie wywoływało skutku w postaci naliczenia kar umownych.

Zarzut z ust. 4 odwołania.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może

skorzystać z prawa opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które spełniają łącznie następujące warunki: określają rodzaj i maksymalną wartość opcji, określają okoliczności skorzystania z opcji oraz nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

W rozdziale IV pkt 7 SWZ oraz § 4 wzoru umowy, zamawiający przewidział możliwość skorzystania z prawa opcji za dodatkowym wynagrodzeniem w zakresie trawników oraz krzewów, roślin okrywowych, bylin i cebul, pnączy, kwiatów z siewu, a także z zakresu prac różnych (wraz z transportem i kosztem niezbędnych materiałów) oraz z zakresu małej architektury. Sformułowane przez zamawiającego postanowienia umowy regulujące prawo opcji są nieprecyzyjne i niejednoznaczne, co uniemożliwia wykonawcom należyte oszacowanie kosztów realizacji prac przewidzianych do wykonania w ramach prawa opcji.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że powierzchnie podane przez zamawiającego w załączniku nr 6.1-11 do SWZ Kosztorys nie pokrywają się z powierzchniami podanymi w załączniku nr 2 do SWZ Wykaz ulic wraz z powierzchniami. Występujące pomiędzy tymi załącznikami różnice są na tyle istotne, że wskazują, iż prawem opcji nie zostaną objęte wszystkie powierzchnie podane w załączniku nr 2 do SWZ Wykaz ulic wraz z powierzchniami. Takie ukształtowanie postanowień dotyczących opcji uniemożliwia wykonawcom określenie lokalizacji, w których będą prowadzone prace, a w konsekwencji ustalenie ich zakresu i wycenę prac, które będą realizowane w ramach prawa opcji.

Ponadto, zamawiający w nie dość precyzyjny i jednoznaczny sposób określa termin rozpoczęcia poszczególnych rodzajów prac realizowanych w ramach prawa opcji. Przykładowo dla koszenia trawników w ramach prawa opcji zamawiający wskazał jedynie, że zakłada, iż koszenie będzie wykonywane w miesiącach maj, czerwiec/lipiec, wrzesień. Brak precyzyjnego określenia terminu w jakim realizowane będą prace uniemożliwia wykonawcom oszacowanie nakładu pracy niezbędnego na ich wykonanie, a co za tym wycenę realizacji poszczególnych zadań przewidzianych w ramach prawa opcji. Im dłużej zamawiający nie będzie zlecał koszenia traw i zamiast w maju, pierwsze koszenie zleci dopiero w czerwcu/lipcu tym większy nakład pracy potrzebny będzie na osiągnięcie wymaganego przez zamawiającego rezultatu (wyższa i gęstsza trawa), a co za tym idzie dłuższy okres czasu oraz większy nakład pracy i środków potrzebne na wykonanie zlecenia. Analogicznie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do pozostałych czynności objętych prawem opcji takich jak koszenie łąk kwietnych (dla których wskazano, że skoszenie terenu nastąpi do dwóch razy - w lipcu/sierpniu oraz październiku, lub tylko w październiku), jesiennego grabienia trawników i trenów nieutwardzonych itd.

Dla części prac wymienionych w punktach 1.4, 2.2, 1.3, 1.4, 2.1, 2.3, 2.4, 3.2, 3.3., 2.4, 3.5, 4.1, 4.2, 4.3 Warunków realizacji umowy, zamawiający nie określił ani terminu, w którym będą one realizowane (nawet przybliżonego) ani okresu czasu, w ciągu którego wykonawca będzie zobowiązany do wykonania tych prac. Takie ukształtowanie postanowień dokumentów zamówienia regulujących prawo opcji uniemożliwia wykonawcom ustalenie, kiedy będą realizowane prace, czy będą one prowadzone w tym samym czasie co inne prace realizowane w ramach umowy, co uniemożliwia ocenę czy zasoby posiadane przez wykonawcę i zabezpieczone na potrzeby realizacji przedmiotu umowy będą wystarczające do wykonania wszystkich wymaganych prac oraz wycenę tych prac i uwzględnienie ich w wynagrodzeniu za realizację prawa opcji.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut jest bezzasadny. Za zamawiającym wskazać bowiem należy, iż nie został naruszony przepis art. 441 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie ma prawa żądać doprecyzowania zakresu i czasu realizacji w zakresie prawa opcji albowiem będzie to usługa uwarunkowana zdarzeniami przyszłymi. Ponadto zamawiający zleca taką usługę dwa tygodnie wcześniej, co daje wykonawcy możliwość zorganizowania zasobu kadrowego i sprzętowego oraz ustalenia z zamawiającym prawidłowej klasyfikacji usług. Dodatkowo podnieść należy, iż prawo opcji, to prawo zamawiającego do zlecenia dodatkowych usług. Jednakże aby prawo to zostało wprowadzone, konieczne jest zaistnienie zdarzenia, które pozwoli na skorzystanie z tego prawa. Opcja to zdarzenie przyszłe i niepewne, a zakres możliwy do jego zastosowania zamawiający wyraźnie opisał w dokumentacji przetargowej. Okoliczność, iż zakres wykorzystania opcji nie odpowiada pierwotnemu zakresowi przewidzianemu do realizacji zamówienia jest prawidłowy, albowiem żaden z przepisów nie nakazuje zachowania zasady odwzorowania. To zamawiający decyduje, jeżeli skorzysta z prawa opcji, w jakim zakresie będzie zlecał wykonanie określonych prac.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....