**Sygn. akt: KIO 3997/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, 8 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron 8 listopada 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 października 2024 r. przez wykonawcę FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Środa Śląska z siedzibą w Środzie Śląskiej

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach kwoty 13 500 zł 00 gr (trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty należnego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……

**Sygn. akt: KIO 3997/24**

**Uzasadnienie**

Gmina Środa Śląska z siedzibą w Środzie Śląskiej (dalej: Zamawiający) prowadzi
na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych
postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Oczyszczanie dróg gminnych w roku 2025”, numer postępowania: WZP 271.1-5/24, (dalej: Postępowanie).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 18 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem OJ S 204/2024 631523-2024.

28 października 2024 r. wykonawca FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 PZP oraz art. $353^1$ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 t.j.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez ukształtowanie warunków zamówienia, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia oraz projektowanych postanowień umownych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,

   w zakresie, w jakim Zamawiający:

   a. pominął obowiązek wskazania w ofercie ceny za wykonanie czynności sprzątania ręcznego ulic oraz doraźnego sprzątania ręcznego ulic, podczas gdy w cz. II SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej również: „OPZ”) – Zakres rzeczowy pkt 1 ppkt 2) lit. c oraz pkt 2 ppkt 2) lit. c) zobowiązał Wykonawcę do ręcznego oraz doraźnego ręcznego oczyszczania ulic i jednocześnie zastrzegł w pkt 1 ppkt 4 oraz pkt 2 ppkt 2 lit. d pomniejszenie powierzchni jezdni podlegających mechanicznemu i doraźnemu mechanicznemu oczyszczaniu o długość jezdni w mb., w związku z czym na tych pomniejszonych powierzchniach jezdni mają być wykonywane prace polegające na ręcznym i doraźnym ręcznym oczyszczaniu jezdni, co uniemożliwia dokonanie prawidłowej wyceny wszystkich usług, które mają być świadczone podczas realizacji zamówienia, gdyż nie została przewidziana wycena usług ręcznego oraz doraźnego ręcznego oczyszczania jezdni mimo obowiązku ich wykonania,

   b. pominął w treści cz. II SWZ – OPZ – Zakres rzeczowy pkt 1 ppkt 1 lit. a) wskazanie, czy obowiązek ręcznego lub mechanicznego usuwania zanieczyszczeń (liści, papierów, petów, szkła, plastików, odchodów, piasku itp. Wraz z ich wywózką i utylizacją) z całej powierzchni chodników (wraz z nawierzchnią dojść dla pieszych oraz z powierzchnią wnęk okiennych, piwnicznych – przylegających do chodnika) parkingów i placów, obejmuje dojścia do chodników, które są w zarządzie wspólnot mieszkaniowych oraz osób prywatnych, a wychodzących bezpośrednio na chodniki miejskie będące w

zarządzie Gminy i nieoddzielone od siebie żadnym ogrodzeniem, a co za tym idzie, czy Wykonawca jest zobowiązany do oczyszczania tych miejsc w ramach niniejszego Postępowania, podczas gdy informacje takie są konieczne dla prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej i oceny ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, co uniemożliwia dokonanie prawidłowej wyceny wszystkich usług, które mają być świadczone podczas realizacji zamówienia;

2. art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 pkt. 1 PZP, a także art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę niemożliwym do oszacowania ryzykiem, w zakresie w jakim Zamawiający zobowiązał wykonawcę do realizacji uprzednio zgłoszonej przez Zamawiającego reklamacji bez określenia szczegółowych wymagań co do procedury reklamacyjnej, w tym bez zdefiniowania pojęcia „usług nienależycie wykonanych", bez jednoznacznego i precyzyjnego określenia zakresu i wymogów co do zgłoszeń w ramach procedury reklamacyjnej, a także bez precyzyjnego określenia wymogów, których spełnienie prowadzi do należytego rozpatrzenia reklamacji, przy jednoczesnym:
   a. zastrzeżeniu w treści § 11 ust. 2 i 3 Projektu Umowy, dalej jako: „PU", rażąco wygórowanych kar umownych, niewspółmiernych do wysokości szkody, jaką ponieść może Zamawiający, za każdy przypadek nienależytego wykonania umowy przekraczający okres realizacji reklamacji wskazany przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, a także w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zlecenia doraźnego zgłoszonego przez Zamawiającego dotyczącego oczyszczania jezdni, placu lub chodnika,
   b. zastosowaniu w treści § 11 ust. 2 pkt 1 i 2 Projektu Umowy podwójnej sankcji za to samo uchybienie polegającej na nienależytego wykonania umowy przekraczający okres realizacji reklamacji

   podczas gdy przedmiot zamówienia i wszystkie obowiązki ciążące na wykonawcy (w tym te, które dotyczą realizacji zgłoszeń w ramach procedury reklamacyjnej) powinny być opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a kary umowne w świetle treści art. 483 § 1 k.c. powinny umożliwiać już w chwili podpisania umowy identyfikację zindywidualizowanych obowiązków, których naruszenie prowadzi do ich naliczenia, co umożliwiałoby wykonawcom oszacowanie ryzyka związanego z koniecznością jej uiszczenia i dodatkowo nie powinny prowadzić do kilkukrotnego sankcjonowania naruszenia tego samego obowiązku i karania co najmniej dwukrotnie za to samo uchybienie i nie powinny być całkowicie oderwane od wysokości szkody możliwej do poniesienia przez Zamawiającego co skutkuje niemożnością prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej, stanowi nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia i prowadzi do naruszenia zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za naruszenie zasady swobody umów i nadużycie prawa podmiotowego.

7 listopada 2024 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Izba uznała w tej sytuacji, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z art. 520 ust. 2 Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania.

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

Mając na uwadze powyższe, orzeczona jak w sentencji.

Przewodniczący: ……