

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 r. przez wykonawcę REMONDIS OPOLE S.A. z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Opolu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy REMONDIS OPOLE S.A. z siedzibą w Opolu, uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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 2205/24

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg w Opolu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Oczyszczanie miasta w zakresie: zimowego oczyszczania nawierzchni jezdni na ulicach miasta Opolu w latach 2024-2027” (znak postępowania: NP.260.28.2024.P). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 czerwca 2024 r. pod numerem 346994-2024,

W dniu 24 czerwca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca REMONDIS OPOLE S.A. z siedzibą w Opolu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 436 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty oraz prowadzący do nieporównywalności ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzewidujący ekwiwalentności świadczeń stron umowy, w zakresie w jakim Zamawiający:

- a) nie przewidział wynagrodzenia za dyspozycyjność gwarantującego minimalne wynagradzanie pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia;
- b) nie przewidział możliwości rozliczenia pracy dyspozytora (brak pozycji w formularzu cenowym, brak w umowie cen jednostkowych) co w konsekwencji oznacza, iż Zamawiający nie zamierza zapłacić wykonawcy za ten zakres świadczeń;
- c) nie przewidział możliwości rozliczenia pracy osób wykonujących oczyszczanie ręczne (brak pozycji w formularzu cenowym, brak w umowie cen jednostkowych) co w konsekwencji oznacza, iż Zamawiający nie zamierza zapłacić wykonawcy za ten zakres świadczeń;

2. art. 99 ust. 1, 2 oraz art. 436 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty oraz prowadzący do nieporównywalności ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzewidujący ekwiwalentności świadczeń stron umowy, w zakresie w jakim Zamawiający:

- a) oczekuje prowadzenia punktu dyspozytorskiego w soboty i niedziele;
- b) określił zbyt krótki czas pełnienia dyżurów przez pracowników wykonawcy;

c) określił zbyt krótki i nierealny czas na sporządzenie raportów;

3. art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 433 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niejednoznaczny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty oraz prowadzący do nieporównywalności ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także z naruszeniem postanowień ustawy Pzp dotyczących braku możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział możliwość zmniejszenia zakresu świadczenia do poziomu 50%, jednak wartość ta odnosi się do realizacji całej umowy w trzyletnim okresie jej trwania, co oznacza, iż przez pierwsze 1,5 roku Wykonawca może nie otrzymać żadnego wynagrodzenia, albo wynagrodzenie to będzie na znikomym poziomie, niepokrywającym nawet poniesionych kosztów. Ponadto nie wiadomo, czy zagwarantowany 50% poziom odnosi się do wartości wyłączenie zamówienia podstawowego, czy również uwzględnia wartość prawa opcji, co powoduje, iż wartość gwarantowana jest niewiadoma w chwili składania oferty. W konsekwencji uniemożliwia to zaplanowanie pracy zgodnie z wymaganiami warunków zamówienia oraz uniemożliwia prawidłową wycenę i pokrycie kosztów związanych ze spełnieniem wymagań Zamawiającego, a ponadto prowadzi do nieporównywalności ofert;

4. art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 439 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niejednoznaczny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty oraz prowadzący do nieporównywalności ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział waloryzację pozorną, która w przypadku przedmiotowego zamówienia nie będzie miała miejsca ze względu na zastosowane wskaźniki nie znajdujące zastosowania do cen materiałów wykorzystywanych przez wykonawców, a także poprzez ustalenie górnego limitu waloryzacji wynagrodzeń jako minimalnego wynagrodzenia.

5. art. 433 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie Wzoru Umowy w sposób niezgodny z przepisami ustawy oraz naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz przewidujący kary za zachowanie wykonawcy niestanowiące nieprawidłowego wykonywania umowy w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział nadmierne i zbyt rygorystycznie nakładane kary umowne, w §8 ust. 2 lit. a), b) oraz g) Wzoru umowy, w tym w szczególności w zakresie w jakim przewidziano karę umowną za zasypanie terenów przyległych do jezdni (chodników, trawników, przystanków) w sytuacji, gdy usługa polega na oczyszczaniu całej szerokości jezdni, co przy prawidłowym wykonywaniu usługi oznacza odkładanie zgarnianego z jezdni śniegu na teren przyległy do jezdni.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w uzasadnieniu, tj. modyfikacji SWZ poprzez:

1. W zakresie Zarzutu nr 1a – wynagrodzenie za „dyspozycyjność”:

nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia w Załączniku nr 1A - Wykaz cen pozycji „wynagrodzenie za dyspozycyjność”, które to wynagrodzenie będzie w liczbie godzin gwarantującej minimalne wynagradzanie pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia;

2. W zakresie Zarzutu 1b – dyżur dyspozytora:

nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wprowadzenie w Załączniku 1A - Wykaz cen pozycji cenowej „dyżur dyspozytora,” rozliczany miesięcznie lub dobowo.

3. W zakresie Zarzutu 1 c – pracownicy wykonujący prace ręczne:

nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wprowadzenie Załączniku nr 1A - Wykaz cen pozycji cenowej „ręczne doczyszczanie” i wskazanie w niej minimalnej ilości godzin wyjściowych do wyceny przez każdego z wykonawców.

4. W zakresie Zarzutu nr 2a (Pkt 8 OPZ str. 2) – prowadzenie punktu dyspozytorskiego:

nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez: dodanie w pkt 8 OPZ zastrzeżenia, iż weryfikacja pracy na sobotę i niedzielę może nastąpić wyłącznie do piątku do 11.00, a weryfikacja w dni wolne od pracy (sobota i niedziela) może następować wyłącznie w przypadkach, kiedy do piątku zostanie powołany na sobotę i niedzielę dyżur, obejmujący godziny pracy do 11.00, co będzie jednoznaczne z obecnością dyspozytora.

5. W zakresie Zarzutu 2b Pkt 10 OPZ str. 2 i 3) – minimalny czas dyżurów:

nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez modyfikację pkt 10 OPZ w taki sposób, aby uwzględniał przepisy prawa pracy, tj. z uwzględnieniem minimalnego czasu pracy (dyżuru) nie krótszego niż 8 godzin.

6. W zakresie Zarzutu 2c Pkt 13 OPZ str. 3) – zbyt krótki czas na sporządzenie raportów

nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w pkt 13 OPZ poprzez:

- wydłużenie czasu na przygotowanie raportów o czas dłuższy niż 3 godziny, tj. co najmniej do godz. 11:00 lub 12:00

dnia następnego;

- wyznaczenie terminu na złożenie raportów za okres usług realizowanych od godziny 6.00 rano w piątek do godz. 6.00 rano w poniedziałek – na poniedziałek do godz. 11.00 lub do 12.00;

- zlikwidowania podziału raportów dobowych na odrębne zlecenia

7. W zakresie Zarzutu nr 3 – Par. 1 ust. 7 Wzoru Umowy - gwarantowany zakres świadczenia:

nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ (w tym Par. 1 ust. 7 Wzoru Umowy) poprzez: doprecyzowanie, iż wartość 50% dotyczyć będzie każdego roku obowiązywania umowy oddzielnie, a także doprecyzowanie czy wskazana w tym punkcie wartość dotyczy jedynie wartości dla zamówienia podstawowego czy również uwzględnieniem prawa opcji.

8. W zakresie Zarzutu nr 4 Waloryzacja – par. 3 Wzoru Umowy:

nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ (w tym par. 3 Wzoru Umowy):

a) w zakresie wynagrodzeń - odniesienie waloryzacji do wzrostu najniższego wynagrodzenia, jednak dopuszczenie waloryzacji wszystkich wynagrodzeń o analogiczny procent,

b) w zakresie kosztów materiałów - odniesienie wzrostu cen do cen poszczególnych materiałów, szczególnie:

- materiałów AZ (głównie soli), na podstawie ofert Kopalni Soli w Kłodawie lub innego sprawdzonego dostawcy;

- paliwa według udokumentowanego wzrostu cen paliw;

c) w zakresie ewentualnych zmian wynikających ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023r. poz. 875 ze zm.) wpływających na obowiązki związane ze świadczeniem usług zimowego oczyszczania dróg – poprzez umożliwienie wykonawcy wnioskowania o zwiększenie wynagrodzenia na podstawie udokumentowanego wzrostu kosztów wykonawcy.

9. W zakresie Zarzutu nr 5 - kary umowne:

Ad lit. a) Odwołujący wnosi o doprecyzowanie ww. postanowienia poprzez uwzględnienie parametrów technicznych sprzętu jaki przewidziany został w SWZ do realizacji zamówienia;

Ad lit. b) Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ww. postanowienia poprzez usunięcie sytuacji „zasypywania zgarnianym śniegiem obszaru przyległego jezdnii” z przesłanek skutkujących naliczeniem kary umownej lub też – doprecyzowanie brzmienia postanowienia §8 ust. 2 lit. b) Umowy w taki sposób, aby sytuacje takie obarczone były sankcją wyłącznie w przypadku, gdyż stanowią nienależyte wykonywanie Umowy i jednoznaczne określenie na jakiej podstawie Zamawiający będzie kwalifikował takie sytuacje jako naruszenia zobowiązań kontraktowych Wykonawcy;

Ad lit. g) Odwołujący wnosi o modyfikację ww. punktu poprzez zmianę godz. 9:00 na 12:00.

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. Wskazujemy, iż objęte odwołaniem warunki zamówienia ukształtowane przez Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia z realną i równą wobec pozostałych wykonawców szansą na jego uzyskanie. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 12 czerwca 2024 r. (opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 24 czerwca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Do postępowania w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, częściowo uwzględniając wniesione odwołanie, tj. co do zarzutów przedstawionych w punkcie III ppkt 1 lit. a, ppkt 2 lit. c, ppkt 3 i ppkt 5 (§ 8 ust. 2 lit. a i g umowy) w zakresie określonych w treści odpowiedzi na odwołanie, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 9 lipca 2024 r. Odwołujący oświadczył, iż cofa odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów

przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Z uwagi, że zaistniała sytuacja opisana w hipotezie przywołanego przepisu, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tej sprawie na podstawie art. 568 pkt 3) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §9 ust. 1 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437) nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: