

Sygn. akt: KIO 884/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Monika Kawa-Ogorzałek
Emil Kuriata

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. sp. j. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gdański Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdańsku

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawcy Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. sp. j. z siedzibą w Poznaniu kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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 884/24

Uzasadnienie

Gdański Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdańsku (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Oczyszczanie mechaniczne nawierzchni jezdni dróg – 4 zakresy”, nr referencyjny 11/B/IC/2024, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 marca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 143918-2024.

18 marca 2024 r. wykonawca Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S.

sp. j. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu:

1. „naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.” w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego, w sposób niejednoznaczny, uprawnienia do zmniejszenia zakresu usług realizowanych przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia, co Zamawiający uczynił de facto bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, a w konsekwencji w sposób pozostawiający wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego przez Zamawiającego poziomu świadczenia. Powyższe wskazuje równocześnie na nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego, którego działanie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego rozumianymi jako uczciwość i transparentność działań w relacjach biznesowych, co wpływa też negatywnie

na zachowanie konkurencji w Postępowaniu;

2.naruszenie art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3531 k.c.

w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy średnioroczny wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za rok ubiegły w stosunku do roku poprzedniego (ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego

i publikowany w Monitorze Polskim i Biuletynie Statystycznym Głównego Urzędu Statystycznego (GUS)) przekroczy 10%, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt wysoki, aby waloryzacja wynagrodzenia w rzeczywistości wystąpiła i aby była skuteczna

i realnie chroniła strony przed skutkami zmian kosztów w sposób zgodny z celem klauzuli waloryzacyjnej, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy;

3.naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę (wprost w §6 ust. 1 pkt 2 i 3 Wzoru Umowy, a domyślnie także w §6 ust. 1 pkt 1 Wzoru Umowy) obowiązku bieżącego oczyszczania nawierzchni jezdni dróg na „całej” powierzchni wraz z jej

elementami, przy czym Zamawiający pozbawił wykonawcę możliwości uwolnienia się przez niego od konieczności spełnienia tego obowiązku w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie mógł go zrealizować w odniesieniu do „całej” powierzchni z przyczyn od niego niezależnych. Dodatkowo Zamawiający będzie uprawniony do odmowy odbioru usługi, w sytuacji gdy nie została ona zrealizowana na „całej” powierzchni jezdni także

z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co wpływa negatywnie na sporządzanie oferty przez wykonawcę i uniemożliwia mu należyte oszacowanie ryzyk kontraktowych. Powyższe wskazuje na nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego rozumianymi jako uczciwość

i transparentność działań w relacjach biznesowych, co wpływa też negatywnie

na zachowanie konkurencji w Postępowaniu;

4.naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, tj. bez jednoznacznego wskazania, w jakich dniach wykonawca będzie zobowiązany świadczyć usługę, czy tylko od poniedziałku do piątku, od poniedziałku do soboty, a może w każdy dzień, tj. z uwzględnieniem

dni wolnych od pracy, co wpływa negatywnie na sporządzanie oferty przez wykonawcę i kalkulację ceny z uwagi na to, że koszty pracownicze za wykonywaną przez pracowników pracę w dni wolne od pracy są wyższe. Takie działanie Zamawiający uniemożliwia więc wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej

i potencjalnie może prowadzić do nieporównywalności złożonych przez nich ofert, ponieważ poszczególni wykonawcy mogą przyjmować odmienne założenia w tym zakresie, gdy tymczasem powinni otrzymać precyzyjne informacje od Zamawiającego co do założeń, jakie powinni przyjąć przy ofertowaniu tak, aby kalkulacja ceny ofertowej następowała w analogicznych (równych) warunkach;

5.naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego (w § 6 ust. 1 pkt 1 lit. b) Wzoru Umowy) uprawnienia do zaniechania zlecenia wykonawcy usługi pozimowego oczyszczania nawierzchni jezdni dróg, opasek, krawężników

i zatok w sytuacji uprzedniego zlecenia wykonawcy innej usługi, tj. usługi (w co najmniej dwóch cyklach) oczyszczania bieżącego nawierzchni jezdni dróg, opasek

i krawężników,

a) przy czym uprawnienie Zamawiającego do zaniechania zlecenia dalszej usługi nie jest uzależnione od faktycznej możliwości wykonania przez wykonawcę zleczonej usługi oczyszczania bieżącego nawierzchni (przede wszystkim ze względu na warunki atmosferyczne), a tym samym uzyskania przychodu z tego tytułu, co wpływa negatywnie na sporządzanie oferty przez wykonawcę i uniemożliwia mu należyłą kalkulację ceny,

b) jak uprawnienie Zamawiającego do zaniechania zlecenia usługi pozimowego oczyszczania nie zostaje wyłączone, w sytuacji gdy pomimo zlecenia (w okresie od 1 listopada do 28 lutego) wymaganej liczby cykli bieżącego oczyszczania i tak wystąpią okoliczności (przede wszystkim warunki atmosferyczne takie jak opady śniegu, mroz, gołoledź etc.), które będą uzasadniały wykonanie usługi pozimowego oczyszczania nawierzchni w celu np. usunięcia z dróg nagromadzonej ilości piachu lub soli, co wpływa negatywnie na

sporządzenie oferty przez wykonawcę i uniemożliwia mu należyłą kalkulację ceny.

6.naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego (w § 15 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy) kary umownej za niezrealizowanie usług, o których mowa w § 6 Wzoru Umowy w wysokości 20% wartości niezrealizowanych usług:

a)przy czym wykonawca nie otrzymuje jednoznacznych informacji co do tego,

w jakim czasie będzie miał zrealizować usługi oczyszczania bieżącego nawierzchni jezdni dróg, opasek i krawężników, co wpływa negatywnie na sporządzenie oferty przez wykonawcę i uniemożliwia mu należyłą kalkulację ceny, w szczególności ocenę ryzyk kontraktowych,

b)a nadto jest to kara rażąco wygórowana, nieprzystająca do wagi uchybienia wykonawcy, tym bardziej że jest naliczana „za każdy dzień zwłoki”, co oznacza

że będzie ulegała multiplikacji.

7.naruszenie art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 156 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie, jako jednego z pozacenowych kryteriów oceny ofert, kryterium „obniżonej emisji spalin” przy jednoczesnym zaniechaniu wprowadzenia przez Zamawiającego obiektywnego i transparentnego mechanizmu weryfikacji spełnienia tego kryterium przez ofertę wykonawcy, co czyni

to kryterium iluzorycznym, bowiem Zamawiający nie uzyskuje pewności, że premiuje ofertę, która faktycznie spełnia wskazane przez Zamawiającego kryterium środowiskowe, a nadto taki sposób opisanie kryterium sprzyja nadużyciom po stronie wykonawców, co wpływa negatywnie na konkurencję w Postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie z 29 marca 2024 r. Zamawiający uwzględnił je w zakresie zarzutów nr 2, 6 i 7. W pozostałym zakresie Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W piśmie procesowym z 29 marca 2024 r. złożonym przez Odwołującego w reakcji na ww. stanowisko Zamawiającego, Odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, że ziszczyły się przesłanki określone w art. 522 ust. 3 Pzp zgodnie z którym 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.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 Pzp orzekając w formie postanowienia umorzyła postępowanie odwoławcze.

Przewodniczący:

.....

.....