



Siedlecki
KANCELARIA PRAWNA

Warszawa, dnia 30 listopada 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: **Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach**
Ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy
Email: zamowienia@tzuk.tychy.pl

Odwołujący: **BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k.**
ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło
Reprezentowana przez:
r.pr. Tomasza Siedleckiego
Kancelarię Prawną Tomasz Siedlecki Radca Prawny
Ul. Nowowiejska 10 lokal 7, 01-653 Warszawa
Email: biuro@kancelariasiedlecki.pl

Dotyczy

postępowania: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Utrzymanie zieleni wysokiej na terenie miasta Tychy”, numer ogłoszenia 2020/S 227-558256 (zwane dalej „Postępowaniem”)





Siedlecki
KANCELARIA PRAWNA

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp”; w imieniu BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. (zwana dalej Odwołujący) wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności oraz zaniechań czynności w stosunku do treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), w szczególności Wzoru Umowy (dalej: „WU”).

Zarzuty.

Niniejszym Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów Pzp:

1. Art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 139 ust. 1 Pzp – poprzez sporządzenie WU, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, powodujące nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego - i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, godzące w naturę stosunku prawnego w jakim:
 - a) nie określono maksymalnej wysokości kar umownych w §10 WU, do których zapłaty zobowiązany może być wykonawca,
 - b) nie wprowadzono w §10 WU procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych oraz ich wysokości, a także usunięcia naruszeń przed ich nałożeniem,
 - c) nałożono w §4 ust. 4 WU wyłącznie na wykonawcę nieproporcjonalne i bliżej nie określone ryzyko ponoszenia wszelkiej odpowiedzialności za szkody powstałe z prowadzeniem „prac”,
 - d) uprawniono w §5 ust. 2 WU w sposób uprzywilejowany Zamawiającego w zakresie możliwości składania wniosków oraz zastrzeżeń, które wykonawcy musi zrealizować bez możliwości odniesienia się do nich i zakwestionowania ich racjonalności lub zasadności,





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

- e) nieprecyzyjne określenie tytułu §11 WU, który stanowi iż dotyczy on prawa odstąpienia oraz wypowiedzenia, natomiast z treści ww. paragrafu wynika jedynie prawo odstąpienia,
 - f) niejednoznacznie i nieprecyzyjnie wskazano przesłankę do odstąpienia w §11 ust. 1 pkt 4 c WU,
 - g) brak minimalnego terminu dodatkowego jaki Zamawiający może wyznaczyć zgodnie z §5 ust. 3 WU wykonawcy,
 - h) zbyt krótki termin poinformowania o terminie kontroli przez Zamawiającego w §5 ust. 4 WU,
 - i) brak określenia w umowie warunków zlecenia trybu pilnego tj. brak kręgu osób, które mogą się komunikować z wykonawcą, numerów telefonów lub adresów email, z których Zamawiający może kontaktować się w sprawie zleceń w trybie pilnym.
 - j) brak określenia w umowie sposobu dokonywania zleceń w trakcie trwania umowy, w szczególności poprzez brak terminów dokonywania zleceń, terminów akceptacji, sposobu ich przyjmowania i akceptowania,
2. Art. 395 k.c. oraz Art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 139 ust. 1 Pzp – poprzez brak ustalenia terminu w jakim przysługuje Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy.
3. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz 353¹ kc – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny niewyczerpujący, nieproporcjonalny, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, poprzez:
- a) brak wskazania w kosztorysie pozycji pozwalających na wycenę cięcia krzewów pomimo, iż zobligowany jest do tego wykonawcy zgodnie z treścią Działu II pkt 6 OPZ
 - b) brak wskazania w kosztorysie pozycji pozwalających na wycenę zleceń pilnych, o których mowa w Dziale III OPZ
 - c) brak wskazania w kosztorysie pozycji dotyczących cięć metodą alpinistyczną,
 - d) brak jednoznacznego określenia za jakie czynności w ramach Dział II ust. II pkt 6 OPZ Zamawiający będzie dokonywał płatności czy za odsłonięty znak czy za przycięcie jednego drzewa w ramach odsłonięcia znaku.





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

- e) nieprecyzyjne określenie czy Zamawiający będzie dokonywał płatności za każdą czynność związaną z pielęgnacją drzewa czy za wykonanie wszystkich czynności pielęgnacyjnych w trakcie trwania umowy na danym drzewie,
 - f) nieproporcjonalnie narzucił obowiązek wykonawcy na udostępnienie dostępu do systemu GPS, podczas gdy dla wykazania koniecznych informacji wystarczy aby wykonawca przedstawił wydruki z urządzeń GPS,
 - g) nieprezencyjne określenie w jaki sposób będzie dokonywał płatności oraz zleceń w ramach czynności określonych w Dziale II ust. III pkt d.
4. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a Pzp – poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w punkcie:
- 5.1.2.4.3.1 SIWZ – poprzez wskazanie, iż Zamawiający żąda osób z uprawnieniami dendrologicznymi podczas gdy takie uprawnienia nie są wydawane przez żaden podmiotów publicznych, nie są one uregulowane w ramach powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie istnieją w sposób obiektywnie weryfikowalny żądane uprawnienia. W ramach tego warunku brak również doprecyzowania jakiegoś doświadczenia żąda Zamawiający.
5. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny niewyczerpujący, nieproporcjonalny, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:
- a) w Dziale III OPZ Zamawiający wskazał, iż prawo opcji przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji w następującym zakresie: akcji czynnej, akcji biernej, utrzymanie zimowe, chodników i alejek dodatkowy, czyli nieujętych w wykazie, zmiatanie i usuwanie nieczystości podczas gdy przedmiotem zamówienia jest utrzymanie zieleni wysokiej na terenie miasta Tychy i w żadnym stopniu nie dotyczy powyższych okoliczności,
 - b) w Dziale II ust. I pkt 1 j Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie zobowiązany do transportu i wyładunku drewna wartościowego bez wskazania przez co rozumie Zamawiający „drewno wartościowe”,





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

- c) brak wymogu utrzymywania pogotowia całodobowego pomimo faktu, iż wykonawca ma realizować zlecenia w trybie pilnym – tym samym brak możliwości wycenienia kosztów prowadzenia ww. pogotowia,
- d) nieprecyzyjne określenie w Dziale II ust. I pkt 3 definicji drzew młodych poprzez określenie, iż są to drzewa poniżej 50 cm obwodu pnia mierzonego na wysokości 130 cm, podczas gdy inne drzewa, np. 30 letnie świerki posiadają obwód pnia poniżej 50 cm.

I. Wniosek co do rozstrzygnięcia:

Odwołujący wnosi o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.
2. Przeprowadzenie postępowania odwoławczego tj. posiedzeń i rozpraw z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.
3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Wprowadzenie maksymalnego limitu kar umownych w wysokości 20% wynagrodzenia netto Wykonawcy w §10 WU.
2. Wprowadzenia procedury reklamacyjnej w §10 WU postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłocznie usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz odniesienie się przez wykonawcę do podanych przez Zamawiającego podstaw naliczenia kar umownych.
3. Zmianę treści §4 ust. 4 WU w następujący sposób: *Strony uzgadniają, iż Wykonawca od dnia podpisania umowy odpowiada na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego za szkody spowodowane zawiniony działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy na terenie prowadzonych prac w trakcie ich realizacji.*





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

4. Zmianę treści §5 ust. 2 WU w następujący sposób: *Zamawiający uprawniony jest do kierowania do Wykonawcy wniosków i zastrzeżeń w sprawach związanych z realizacją przedmiotu umowy, które Wykonawca musi uwzględniać pod warunkiem, iż są one niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy zgodnie z jej treścią. Wykonawca ma prawo do pisemnego ustosunkowania się do złożonych wniosków i zastrzeżeń przez Zamawiającego.*
5. Wprowadzenie okresu w jakim Zamawiający będzie mógł skorzystać z umownego prawa odstąpienia w §9 WU oraz wprowadzenie definicji „istotności naruszenia”, a także wprowadzenia obowiązku wezwania w §9 ust. 1 pkt 4c WU przez Zamawiającego do zaprzestania istotnego naruszania obowiązków przez wykonawcę przed dokonaniem odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Ponadto określenia jednoznacznie w §9 czego dotyczy ten paragraf – wypowiedzenia czy odstąpienia.
6. Zwiększenie terminu określonego w §5 ust. 4 WU z 1 godziny do 24 godzin.
7. Wprowadzenie minimalnego terminu dodatkowego w §5 ust. 3 w wysokości 3 dni.
8. Dookreślenie przez Zamawiającego sposobu zlecenia prac w ramach przedmiotu umowy poprzez wskazania osób upoważnionych do kontaktu z wykonawcą, wprowadzenia określonych numerów telefonów oraz adresów email, z których zostaną wysyłane zlecenia, terminów w jakich zlecenia mają być zrealizowane, sposobu akceptacji zleceń lub potwierdzania ich.
9. Doprecyzowanie za jakie czynności pielęgnacyjne lub w jaki inny sposób Zamawiający zamierza dokonywać rozliczeń za pielęgnację młodych drzew.
10. Usunięcie wymogu dostępu do systemu GPS wykonawcy.
11. Doprecyzowanie, iż płatności za odsłonięcia znaków określonych w Dziale II ust. II pkt 6 OPZ będą dokonywane za wykonanie przycięcia za każde przycięte drzewo.
12. Doprecyzowanie, iż Zamawiający będzie dokonywał osobnych płatności z osobnych pozycji kosztorysowych w zakresie czynności określonych w Dziale II ust. III pkt d, Dziale III OPZ oraz cięć metodą alpinistyczną i cięcia krzewów oraz wprowadzenie tych poprawek w kosztorysie stanowiącym załącznik do SIWZ.
13. Usunięcie warunku udziału w postępowaniu określony w punkcie 5.1.2.4.3.1. SIWZ
14. Związane z przedmiotem zamówienia określenie czego może dotyczyć prawo opcji wskazane w Dziale III OPZ.
15. Wprowadzenie definicji drzewa wartościowego.
16. Wprowadzenie definicji drzewa młodego poprzez określenie jego wieku w latach.





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

17. Wprowadzenia obowiązku prowadzenia pogotowia całodobowego i wprowadzenia tej pozycji do kosztorysu stanowiącego załącznik do SIWZ.
18. Precyzyjne określenie sposobu płatności za dokonywaną pielęgnację drzew poprzez wskazanie, iż każda czynność związana pielęgnacją danego drzewa, a wskazana w OPZ będzie osobna zapłacona przez Zamawiającego.

II. Termin.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia 2020/S 220-540799. W tym samym dniu Zamawiający opublikował dokumentację przedmiotowego postępowania na swojej stronie internetowej. Odwołanie wniesione w dniu 30 listopada 2020 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu.

III. Interes.

Bez wątpienia Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ objęta odwołaniem czynność Zamawiającego może uniemożliwić Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Ponadto, objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego – polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie, a w konsekwencji uzyskania zamówienia.





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

UZASADNIENIE

Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Utrzymanie zieleni wysokiej na terenie miasta Tychy”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 listopada 2020 r.
2. Jednakże Odwołujący w trakcie zapoznawania się z treścią SIWZ stwierdził, iż jej treść nie opowiada wymogom przepisów Pzp oraz innych aktów prawnych. W związku z powyższym Odwołujący powziął decyzję o złożeniu przedmiotowego odwołania.

I. Warunki Umowy

1. Zamawiający dopuścił się szeregu naruszeń przepisów prawa w Warunkach Umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Kary umowne

2. Na wstępie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż Zamawiający w §10 WU „Kary umowne i inne zastrzeżenia umowne” ustalił szeroki katalog kar umownych, naliczanych zarówno kwotowo jak również procentowo, liczonych od wynagrodzenia umownego brutto. Niemniej jednak, nie wskazał maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłacenia zobowiązany może być wykonawca na podstawie umowy – co stanowi nieuzasadnione przeniesienia całości ryzyk na wykonawcę i utrudnia kalkulację ceny wskazanej w ofercie.
3. Odwołujący wskazuje na ugruntowane w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej:
 - *„Izba uwzględniła zarzut nr 5 odwołania wyłącznie w zakresie twierdzenia Odwołującego o braku określenia przez Zamawiającego limitu kar umownych w skali miesiąca. **Brak***





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

takiego limitu utrudni bądź uniemożliwi wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu prawidłową kalkulację ryzyk wynikających z możliwości naliczenia przez Zamawiającego kar umownych. W tym zakresie Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Określenie katalogu kar umownych i okoliczności w jakich mogą one zostać nałożone na wykonawcę stanowi szeroko rozumiany element opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego było - zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp - opisanie go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. **Brak ustanowienia limitu kar jakie mogą być nałożone na wykonawcę w jednostce czasu - w przypadku przedmiotowego zamówienia - w ciągu jednego miesiąca, może powodować niepewność wykonawców co do warunków i sposobu realizacji tego zamówienia.** (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1270/20)

- „Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. **Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności.** W związku z powyższym **Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty.** (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 września 2018 r., sygn. akt KIO 1601/18)

4. Na uwagę zasługuje również stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który wskazał, iż: „(...)brak górnej granicy kar umownych, co może powodować – szczególnie w połączeniu z zastosowaniem odpowiedzialności oderwanej od winy wykonawcy – bardzo dotkliwe skutki dla wykonawców, np. w przypadku przedłużającej się niemożności dostawy wskutek awarii linii produkcyjnej. 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 dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13). Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).”
(https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf)

5. Ponadto, zgodnie z art. 436 pkt 3 Nowej ustawy Pzp, która wejdzie w życie od 01 stycznia 2020 r.:

„Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;”

6. Zatem sam ustawodawca stwierdził, iż niezbędnym jest ustanowienie przedmiotowego ograniczenia.
7. W świetle powyższej konstatacji stwierdzić należy, iż brak określenia górnego limitu kar umownych może prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, a w konsekwencji do rażącej nierówności stron umowy. Minimalnym zabezpieczeniem równości stron winno być wprowadzenie ograniczenia wysokości kar umownych. Odwołujący stoi na stanowisku, iż limit 20 % wartości wynagrodzenia netto wykonawcy jest odpowiedni i proporcjonalny w przedmiotowym postępowaniu.
8. Ponadto W § 10 WU nie przewidziano procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej. Kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. akt II CR 419/67): „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umownej nie nalicza się.”
9. W związku z powyższym w pełni uzasadnione jest wprowadzenie do wzoru umowy procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy.





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

Odpowiedzialność

10. W §5 ust. 2 Zamawiający wskazał, iż: *„Strony uzgadniają, iż Wykonawca od dnia podpisania umowy odpowiada na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego za wszelkie szkody powstałe w terenie w związku z prowadzeniem prac.”*
11. Zamawiający ponownie formułuje treść WU w sposób sprzeczny z przepisami poprzez nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron.
12. Zgodnie z treścią tego przepisu wykonawca jest całkowicie, bez ograniczeń odpowiedzialny za wszelkie szkody powstałe w terenie w związku z prowadzeniem prac. Nie sposób zgodzić się z tak sformułowanym, nieprecyzyjnym rozszerzeniem odpowiedzialności przez Zamawiającego. Brak sprecyzowania w przedmiotowym przepisie jakich prac oraz przez kogo wykonywanych ma ono dotyczyć.
13. Z racji faktu, iż wykonawca będzie przebywał na terenach rabat jedynie przez krótkie okresy czasu w trakcie trwania całej umowy, zasady odpowiedzialności wykonawcy winny być precyzyjne i jednoznaczne, tak by nie przerzucać całości ryzyk Zamawiającego na wykonawcę.
14. Brak jest w ww. przepisie WU określenia jakiego „terenu” dotyczy to postanowienie. Dany wykonawca może nie mieć pewności wobec tego czy Zamawiający nie będzie próbował rozszerzać odpowiedzialności wykonawcy również na inne tereny np. przyległe od terenów prowadzenia prac wykonawcy.
15. Zaproponowana zmiana treści przepisu §5 ust. 2 WU pozwoli na doprecyzowanie zakresu odpowiedzialności wykonawcy i pozwoli uniknąć wątpliwości przy sporządzaniu wyceny kosztów i ryzyk jakie wykonawca winien uwzględnić w swojej cenie.

Kontrole i odbiory.

16. Odwołujący wskazuje również, Zamawiający wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję w sposób nieuprawniony przyznaje sobie możliwość wyznaczania dodatkowego terminu na dokonanie poprawek przez wykonawcę lecz nie wskazuje minimalnego czasu jaki winien on wskazać na ich dokonanie. W związku z powyższym Zamawiający może wyznaczyć nierealny, nieadekwatny termin na wykonanie poprawek przez wykonawcę, a w przypadku jego





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

naruszenia Zamawiający może nakładać karę umowną. Wykonawca powinien mieć pewność, iż posiada minimum 3 dni na poprawienie stwierdzonych wad przez Zamawiającego zanim zostaną naliczone mu kary umowne. Nie każda naprawa będzie możliwa do zrealizowania przez wykonawcę np. w jeden dzień ze względów technologicznych lub braku posiadania materiału.

17. Ponadto Zamawiający również w sposób nieuprawniony narusza zasadę równowagi stron poprzez przyznanie sobie jednostronnego uprawnienia do informowania wykonawcy o kontroli na 1 godzinę przed jej terminem. Tak krótki czas może nie pozwolić wykonawcy na dotrzymanie terminu stawieństwa w trakcie kontroli, tym samym będzie on narażony na kary umowne, które Zamawiający może na niego nałożyć. Zdaniem Odwołującego zasadnym jest aby w celu dotrzymania przez wykonawcę terminu kontroli - wyznaczanie przez Zamawiającego terminu kontroli na min. 24 godziny wcześniej. W ten sposób wykonawca będzie mógł stawić się na kontroli i w niej uczestniczyć. W przeciwnym razie, pozostawienie tego terminu może służyć Zamawiającemu do nadużywania jego pozycji, w celu nie uprawnionego, nadmiernego dyscyplinowania wykonawcy.
18. Jednocześnie w §5 ust. 2 Zamawiający przyznał sobie możliwość zgłaszania uwagi i wniosków, do których wykonawca musi się bezwzględnie zastosować. Wskazany zapis w umowie został określony przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, powodujące nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego. Wykonawca winien mieć możliwość zakwestionowania stanowiska Zamawiającego, gdyż żaden ze stron nie jest nieomylna w formułowanych wnioskach lub zastrzeżeniach. Skoro wykonawca ma stosować się bezwzględnie do poleceń Zamawiającego, winien on mieć przynajmniej możliwość zaprezentowania swojego stanowiska w sprawie. Ponadto wnioski Zamawiającego aby mogły zostać zrealizowane przez wykonawcę powinny być związane z przedmiotem zamówienia, gdyż wykonawca nie jest on zobowiązany do czynności wykraczających poza przedmiot umowy.

Odstąpienie

19. Zamawiający w § 11 ust. 1 WU Odstąpienie/Wypowiedzenie wskazał: „Zamawiający może odstąpić od umowy w każdym czasie w każdym z niżej wymienionych przypadków:(...)”
20. Taki zapis jest sprzeczny z dyspozycją art. 395 §1 Kodeksu cywilnego, który stanowi: „§ 1. Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie **w ciągu oznaczonego terminu**





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie."

21. Zgodnie ze stanowiskiem zawartym w komentarzu do ustawy Kodeks cywilny (tu przypis: Ciszewski Jerzy, Nazaruk Piotr, Kodeks cywilny. Komentarz. WKP 2019): *„Regulacja z art. 395 § 1 jest przepisem iuris cogentis. Zakazuje on zastrzegania bezterminowego prawa odstąpienia od umowy, gdyż takie prawo zupełnie unicestwiałoby stabilność sytuacji prawnej stron. Tym samym nieważne jest postanowienie, które daje jednej lub obu stronom nieograniczone terminem uprawnienie do odstąpienia od umowy (art. 58). Przy spełnieniu przesłanek wynikających z art. 58 § 3 nieważność takiego postanowienia może skutkować nieważnością całej umowy. Mając na względzie cel komentowanej instytucji, za niedopuszczalne należy uznać zastrzeganie terminów zbyt długich (np. do czasu śmierci strony). Klauzula zastrzegająca prawo odstąpienia od umowy podlega bowiem ocenie z punktu widzenia art. 3531 i 58 § 1 i 2 (co do skutków zastrzeżenia terminu – por. art. 94 i 116) (zob. W. Popiołek [w:] Kodeks cywilny, t. 1, red. K. Pietrzykowski, 2018, kom. do art. 395, nb 5)."*
22. Powyższe zostało również potwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 08 maja 2014 r. (sygn. akt VIII Ga 213/13), w którym: *„Powód zarzucał, że postanowienia umowy stron dotyczące umownego prawa odstąpienia od umowy są nieważne gdyż strony nie zastrzegły terminu, w którym pozwany może z tego prawa skorzystać. Zgodzić się należy, że przepis art. 395 kc zawiera wymóg określenia przez strony terminu realizacji umownego prawa odstąpienia od umowy, jako gwarancję bezpieczeństwa obrotu cywilnego. Zatem nieważne jest (art. 58 § 1 i 3 kc) zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia nieograniczonego żadnym terminem (tak SN w wyroku z 11 sierpnia 2005 r. V CK 86/05, SN w wyroku z dnia 5 kwietnia 2013 r. III CSK 62/13, S.A. we Wrocławiu w wyroku z dnia 15 lutego 2012 r. I ACa 24/12).*
23. W związku z faktem, że wyżej wskazany zapis WU nie określa żadnego zdarzenia ani terminu w jakim zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, zastrzeżenie prawa odstąpienia jest w świetle treści art. 395 Kc nieważne, a co za tym idzie oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy będzie bezskuteczne.
24. Zgodnie z §11 ust. 1 pkt 4c WU Zamawiający wprowadził nieprezencyjne określenie dotyczące „istotności naruszenia”, które może spowodować odstąpienie od umowy przez Zamawiającego. Brak w umowie jakichkolwiek wskazówek lub wyjaśnień na czym miałyby polegać „istotność naruszenia”. Jest to o tyle znaczące w przedmiotowej sprawie, gdyż Zamawiający wskazał, że jeśli do niego dojdzie może on bez wezwania wykonawcy, odstąpić





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

od umowy. Wobec czego aby wykonawca miał możliwość poprawnego określenia ryzyka, a tym samym ceny zapis winien zostać przez Zamawiającego doprecyzowany.

25. Ponadto w celu zachowania zasad stabilności prawnej stron, Zamawiający winien przed dokonaniem odstąpienia od umowy, pozwolić wykonawcy na poprawę jakości świadczonych usług oraz zaprzestanie naruszania przepisów umowy.
26. Jednocześnie w tytule §11 Zamawiający wskazał, że przepis tego paragrafu dotyczy zarówno odstąpienia oraz wypowiedzenie, jednakże z treści umowy nie wynika prawo do wypowiedzenia, co może wprowadzać w błąd wykonawców.
27. Zarówno w umowie jak i pozostałych częściach SIWZ Zamawiający nie wskazał sposobu w jaki będzie prowadzony system zleceń realizowanych przez wykonawcę w ramach umowy. Brak jest jakichkolwiek postanowień dotyczących jakie osoby będą mogły dokonywać zleceń ze strony Zamawiającego. Najlepiej poprzez wskazanie numerów telefonów (we wzorze umowy - miejsca do ich wpisania) oraz adresów email (uwaga j.w.), z których Zamawiający będzie ich dokonywał. Ma to zapewnić stabilność procesu realizacyjnego, brak nieporozumień na linii Zamawiający – wykonawca (w zakresie zleceń nieautoryzowanych przez upoważnione osoby ze strony Zamawiającego). Umowa nie zawiera również żadnej procedury dotyczącej akceptacji, wyznaczanie terminów realizacji etc. Wykonawcy są pozbawieni możliwości weryfikacji w jaki sposób Zamawiający zamierza dokonywać zleceń w ramach umowy, tym samym nie mogą oszacować kosztów i dodatkowych ryzyk, co skutecznie uniemożliwia przygotowania poprawnej oferty w postępowaniu.

OPZ

28. Odwołujący wskazuje, iż w OPZ oraz kosztorysie do SIWZ nieprecyzyjnie określono za jaką „sztukę” Zamawiający zamierza dokonywać płatności w ramach pielęgnacji drzew. W ramach pielęgnacji drzew wchodzi szereg czynności, które wykonawca może być zobowiązany do wykonania. Dla przykładu Odwołujący wskazuje, iż czynności związane z przygotowaniem i umieszczeniem worków z wodą, a następnie ich napełnianie są niezwykle czasochłonne. Brak w OPZ wskazania czy każda czynność pielęgnacji będzie obejmowała jedno zlecenie, czy w ramach zleconych czynności należy dokonać wszystkich czynności pielęgnacyjnych na wskazanym przez Zamawiającego drzewie. Nieprecyzyjność zapisów powoduje





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

uniemożliwienie sprecyzowania wysokości kosztów jakie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia.

29. Ponadto Zamawiający w sposób całkowicie nieproporcjonalny narzucił wykonawcy obowiązek zapewnienia dostępu do systemu GPS – za którym wykonawca musi dodatkowo zapłacić – podczas gdy wystarczające dla udowodnienia tras, czasu pracy etc. jest przedstawienie wydruków z nich przez wykonawcę. Pozostawienie tego obowiązku powoduje wzrost kosztów wykonawcy, tym samym ich cen podczas gdy wzrostu cen Zamawiający może uniknąć.
30. Zamawiający w Dziale II ust. III pkt d wskazał, iż wykonawca może samodzielnie realizować, a także monitorować stan drzew w miejscach realizacji innych zleceń – pomimo, iż czynności te nie są ujęte w kosztorysie i wykonawca nie ma podstaw na gruncie przedstawionego wzoru umowy lub OPZ dokonania rozliczeń za te czynności. Brak wskazania w jaki sposób Zamawiający zamierza dokonać płatności za ww. czynności powoduje brak możliwości skalkulowania ceny ofertowej.
31. Odwołujący zauważa, iż w OPZ Zamawiający wskazuje m.in. na dokonywanie przycięć krzewów jednakże w kosztorysie brakuje takiej pozycji. Wykonawca nie ma możliwości uzyskania swojego wynagrodzenia za wykonane czynności związane z przycięciem krzewów, gdyż kosztorys nie przewiduje takiej możliwości. Dodatkowo w Dziale II OPZ Zamawiający oczekuje, iż wykonawcy będą dokonywali cięć metodą alpinistyczną – słusznie Zamawiający wskazał, iż taka metoda może być konieczna do realizacji przedmiotu umowy, gdyż nie zawsze wykonawca będzie mógł zastosować inne metody – lecz nie wskazał w kosztorysie pozycji, która pozwalałaby na dokonanie płatności za nią. Metoda alpinistyczna jest niezwykle droga, gdyż wymaga zatrudnienia wysoko wykwalifikowanych specjalistów, których koszty są znacznie wyższe niż pozostałe metody przewidziane przez Zamawiającego. W związku z tym faktem jeśli w trakcie realizacji przedmiotu umowy będzie liczna potrzeba zastosowania tej metody, wykonawca może ponieść rażąco wysokie koszty, których Zamawiający nie pokryje. W ten sposób całość ryzyk Zamawiający w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę.
32. W OPZ Zamawiający żąda od wykonawców aby w okresie maksymalnie 180 minut dokonywali realizacji zleceń w trybie pilnym. Jednakże nie wskazał on, iż żąda aby Zamawiający prowadził całodobowe pogotowie, które będzie realizowało tego typu czynności. Nie wskazał on również możliwości dokonywania trybów pilnych w ramach innej stawki niż zwykłe zlecenia realizowane w trakcie umowy. Nie ulega wątpliwości, iż czynności wykonywane np. w godzinach nocnych lub weekendy, dodatkowo w niezwykle krótkim czasie





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

- powodują zwiększoną ilość kosztów po stronie wykonawców. Niemniej Zamawiający nie przewiduje rozliczania tych zleceń w ramach osobnej pozycji w kosztorysie.
33. Pozostawienie bez zmian kosztorysu w tym zakresie spowoduje, iż wykonawcy w celu zredukowania ryzyka związanego z wyższymi kosztami realizacji zleceń w trybie pilnym podwyższą swoje ceny w innych pozycjach w ramach zwykłych zleceń. Wzrosną wobec czego koszty realizacji zleceń zwykłych bez uzasadnionej potrzeby. Wskazanie pozycji kosztorysowej dotyczącej trybów pilnych pozwoli wykonawcom pokryć koszty tych zleceń, a Zamawiającemu dokonywanie wyższych płatności za zlecenia jedynie w ramach zleceń pilnych – a nie niepotrzebnie w ramach zwykłych.
34. W Dziale III OPZ Zamawiający wskazał, iż w ramach prawa opcji Zamawiający może zlecić czynności w zakresie akcji czynnej, akcji biernej, utrzymanie zimowe, chodników i alejek dodatkowy, czyli nieujętych w wykazie, zamiatanie i usuwanie nieczystości podczas gdy przedmiotem zamówienia jest utrzymanie zieleni wysokiej na terenie miasta Tychy i w żadnym stopniu nie dotyczy powyższych okoliczności. Wykonawca nie posiadają wiedzy jakie czynności mogą im zostać zlecone w ramach prawa opcji, tym samym nie mogą obliczyć w sposób prawidłowy swoich kosztów i ocenić ryzyka jakie mogą wiązać się z realizacją przedmiotu umowy.
35. W Dziale II ust. I pkt Zamawiający wskazał na definicje drzew młodych, która jest nieprawidłowa pod względem merytorycznym. Zamawiający wskazał, iż drzewa młode to te, które posiadają obwód pnia do 50 cm. Jednakże drzewa znacznie starsze jak np. świerk mogą posiadać obwód pnia poniżej 50 cm, natomiast mają 30 lat. Zamawiający winien w sposób precyzyjny określić jakie drzewa „młode” mają wykonawcy pielęgnować, gdyż muszą oni mieć możliwość dokonania wizji lokalnej i w sposób prawidłowy określić ilość potencjalnych drzew, ich stan oraz zakres ewentualnych prac, które będą zobowiązani realizować w ramach umowy. W inny sposób odbywa się pielęgnacja drzew, które mają ok 30 lat a w inny sposób drzew liczących np. 5 lat. Wykonawcy nie mogą w sposób prawidłowy dokonać obliczeń ewentualnych kosztów prowadzonych pielęgnacji drzew, jeśli Zamawiający nie dokona korekty ww. definicji.
36. Odwołujący zwraca również uwagę na fakt, iż Zamawiający w OPZ nie wskazał w jaki sposób należy dokonywać rozliczeń za odsłonięcie znaku. Odwołujący wskazuje, iż w ramach jednej czynności może dojść do konieczności przycięcia kilku drzew. Zasadnym jest aby sposób płatności za odsłonięcie znaku był rozliczany tak jak w pozostałych przypadkach za dokonanie przycięcia jednego drzewa. W przeciwnym razie pozostawienie zapisów niejasnych





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

i nieprecyzyjnych w tym zakresie może spowodować zwiększenie kosztów po stronie wykonawcy, których Zamawiający nie pokryje a wykonawcy mogą doznać szkody. Wykonawcy nie mają możliwości dokonać właściwej oceny ryzyka i kosztów realizacji umowy jeśli pozycje kosztorysowe są nieprecyzyjne i pozwalają na dowolną interpretację jej zapisów. Ponadto każdy z wykonawców w sposób odmienny może dokonać wyceny tej pozycji, w związku z powyższym oferty będą nieporównywalne.

37. W Dziale II ust. I pkt 1j Zamawiający żąda od wykonawców aby dodatkowo w ramach swoich obowiązków dokonywali transportu oraz wyładunku drzewa wartościowego. Jednakże Zamawiający nie określił, co rozumie pod tym pojęciem. Wykonawcy nie mają możliwości określić ile takiego drzewa może zostać po wykonywanych przez nich pracach – nawet szacunkowych ilości – a co za tym idzie, jakie ewentualne koszty będą musieli ponieść w związku z tym faktem. Wykonawcy nie będą mogli przygotować swoich ofert w sposób prawidłowy i złożyć właściwych, odpowiadających wymaganiom Zamawiającego ofert.

Warunki udziału w postępowaniu

38. Zamawiający w punkcie 5.1.2.4.3.1. SIWZ żąda aby wykonawcy zatrudniali osoby z uprawnieniami dendrologicznymi. Niestety takie uprawnienia nie są wydawane przez żaden publiczny podmiot, nie są regulowane żadnymi przepisami powszechnie obowiązującymi. Takie uprawnienia na gruncie polskich przepisów nie istnieją. W związku z powyższym Zamawiający nie będzie miał możliwości weryfikacji spełniania tego warunku w sposób obiektywny oraz równy wobec każdego z wykonawców.
39. Ponadto w ww. warunku Zamawiający w sposób nieprecyzyjny wskazuje, iż ta osoba winna posiadać doświadczenie lecz nie wskazuje o jakie doświadczenie chodzi. Wykonawcy nie mają możliwości przygotowania w sposób poprawnych swoich ofert, gdyż warunek udziału w postępowaniu jest nieprecyzyjny.
40. Pozostawienie treści tego warunku jest zdaniem Odwołującego sprzeczne z przepisami Pzp.
41. Zgodnie z doktryną określenie warunków udziału w postępowaniu winny umożliwiać ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Wskazuje on zamawiającemu sposób postępowania przy ich określaniu, którego celem jest zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

i jednocześnie ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie wyłącznie do wykonawców zdolnych do jego realizacji. Zgodnie z jego dyspozycją wymogi oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe powinny zostać ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. (I. Skubiszak-Kalinowska [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Gdańsk 2020)

42. Na takim samym stanowisku stoi również Izba:

Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia. (wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1500/19)

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak we wstępie.

Odpisy:

1. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej.
2. Zamawiający.
3. A/a.

