

Wrocław, dnia 29.10.2020r.

Szanowna Pani

Małgorzata Rakowska

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

(02-676) Warszawa

Odwołujący: S&A Service Sp. z o.o., ul. Głębczycka 8, 52-026 Wrocław
e-mail: biuro@saservice.com.pl

Zamawiający: 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław

Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 10 ust. 1 oraz art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”, gdzie przedmiotem zamówienia jest *usługa sprzątnia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu z podziałem na 7 części (zadań) na terenie:*

- *Zadanie nr 1: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 1 we Wrocławiu;*
- *Zadanie nr 2: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 2 we Wrocławiu;*
- *Zadanie nr 3: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 3 we Wrocławiu;*
- *Zadanie nr 4: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Brzegu;*
- *Zadanie nr 5: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Jastrzębiu;*
- *Zadanie nr 6: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Kłodzku;*
- *Zadanie nr 7: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Oleśnicy.*

Nr sprawy: INFR/574/2020

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09/09/2020r. pod numerem 2020/S 175-422880.

Wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”, **wnosimy odwołanie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę sprzątnia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu z podziałem na 7 części (zadań) na terenie:

- Zadanie nr 1: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 1 we Wrocławiu;
- Zadanie nr 2: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 2 we Wrocławiu;
- Zadanie nr 3: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 3 we Wrocławiu;
- Zadanie nr 4: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Brzegu;
- Zadanie nr 5: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Jastrzębiu;
- Zadanie nr 6: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Kłodzku;
- Zadanie nr 7: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Oleśnicy;

wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Zamawiającemu zarzucamy:

1. Naruszenie art. 186 ust. 2 zd. 2 – przez dokonanie modyfikacji SIWZ, niezgodnie z żądaniem zawartym w Odwołaniu S&A Service Sp. z o.o. (KIO 2359/20).
2. Naruszenie postanowień przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania - w związku z czym Wykonawca nie jest w stanie obiektywnie sporządzić oferty, zawierającej ekwiwalentną odpowiedź cenową, a dodatkowo dokonany niezgodnie z zacytowanym przepisem art. 29 ust. 1 opis przedmiotu zamówienia zobowiązuje wykonawcę do podejmowania czynności, których treści ani rozmiaru nie sposób przewidzieć, a które będą uzależnione jedynie od inicjatywy Zamawiającego, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.
3. art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 483 § 1 oraz art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego (dalej „kc”) w zw. z art. 3531 kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez: umieszczenie w projektach umów - załączniki nr 4.1-4.7 do SIWZ obowiązku uiszczenia kar umownych oderwanych od możliwości poniesienia uszczerbku majątkowego w razie zaistnienia naruszeń, na wypadek których zostały zastrzeżone, prowadzących do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego
4. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

WOBEC WW. ZARZUTÓW ODWOŁUJĄCY WNOSI O UWZGLĘDNIENIE ODWOŁANIA I NAKAZANIE ZAMAWIAJĄCEMU w zakresie zadań nr 1-7:

1. Uznania odwołania w całości;
2. Dokonania czynności polegającej na modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie szczegółowo wskazanym w treści odwołania (tj. modyfikacja zapisów: SIWZ, Załącznika nr 5.1-5.7, modyfikacja zapisów treści umowy zał. nr 4.1-4.7) i wszystkie inne wynikające konsekwentnie z dokonywanych zmian;
3. Zasądzeniu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

TERMIN

W dniu 20 października 2020r. Zamawiający zamieścił modyfikacje do niniejszego postępowania na platformie zakupowej pod linkiem: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/375926>. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP został dochowany.

INTERES

Odwołujący wskazuje, że posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania.

Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia jak i wynikające również z niego określenie kryterium oceny przekłada się wprost na możliwość udziału Odwołującego w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia należytą kalkulację ceny oferty, daje praktyczną pewność iż realizacja przedmiotu umowy skutkować będzie nieprzewidzianymi stratami dla Odwołującego w trakcie realizacji umowy. Dodatkowo w sytuacji, gdy oferta odwołującego zostanie uznana za najlepszą, Odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami, które w swej treści są jednostronnie niekorzystne dla wykonawcy. W konsekwencji, istnieje bardzo realna możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie ma on interes we wniesieniu odwołania.

UZASADNIENIE

Zamawiający zaniechał dokonania części zmian w treści SIWZ zgodnie z żądaniami poprzednio wniesionego przez Odwołującego odwołania, którego zarzuty zostały w całości uznane przez Zamawiającego. Z tego względu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 PZP.

Ze zdania 2 ust. 2 art. 186 PZP wynika, że w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w

odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu.

Na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania S&A Service Sp. z o.o. z dnia 21 września 2020r. i wobec braku przystępujących po jego stronie, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 PZP – postanowieniem umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2359/20.

W ustawie PZP art. 186 ust. 2 został skorelowany z art. 189 ust. 2 pkt 5 PZP mówiącym o tym, że ponowne odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności wykonanej przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, którego zarzuty uznał. **W przeciwnej sytuacji jedynym skutkiem dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem poprzednio uznanego odwołania jest brak podstaw do odrzucenia kolejnego odwołania od tej nowej czynności.**

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia należy opisać w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący**, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny a zarazem wyczerpujący (co oznacza: pełen, dostatecznie szczegółowy tj. maksymalnie/minimalnie określony zakres) opis zamówienia i warunki jego realizacji tj. wskazanie kiedy te warunki i na jakich zasadach, w jakim zakresie ulegną zmianie.

Zapis stojący w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5).

W wyroku z dnia 21 lipca 2014 r., KIO 1389/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny. To właśnie na etapie konstruowania treści SIWZ Zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak, aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej oceny.”

Opis przedmiotu zamówienia powinien być tak sporządzony, by wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (zob. wyrok z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (zob. wyrok z dnia 2 sierpnia 2011 r., KIO 1556/11).

Wykonawca kalkulując ceny ofertowe bierze pod uwagę dane zamieszczone w SIWZ rozumianym również jako towarzyszące mu i stanowiące integralną całość wszystkie dotyczące go załączniki.

Zamawiający w załącznikach nr 5.1-5.7 do SIWZ „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” określił wymagania w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący , co realnie wpływa na niemożność obiektywnego dokonania kalkulacji tak aby była zachowana jedna z podstawowych zasad kodeksu cywilnego tj. zasada ekwiwalentności świadczeń, dodatkowo może spowodować błędy w kalkulacji Odwołującego, a w razie wygrania przetargu naraża go na straty w trakcie realizacji umowy, tym bardziej, iż Zamawiający dopuszcza w sposób nie do końca uregulowany jasnym zakresem zmniejszenia czasowe, powierzchniowe.

Zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, bez pomocy dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. sformułowanie w sposób niejasny - uniemożliwia rzetelną wycenę oferty a dodatkowo stanowi wprost naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy PZP i zw. z tym art. 7 ust. 1, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Ponadto niedopuszczalne jest kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego oraz warunkami realizacji zamówienia stawianymi przez Zamawiającego.

Poniżej przykładowe orzeczenia KIO w temacie naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy PZP, w tym w zw. z art. 7 ust. 1 ww. ustawy i art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 483 § 1 oraz art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego (dalej „kc”) w zw. z art. 3531 kc oraz w zw. z art. 5 kc:

1. Sygn akt KIO: 1332/15, wyrok KIO z dnia 06.07.2015r., z którego wynika że istota art. 29 ust.1 sprowadza się do określenia przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy Wykonawca był w stanie zidentyfikować czego Zamawiający oczekuje. Obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalne jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, iż wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

2. Sygn akt KIO: 773/15, wyrok KIO z dnia 15.05.2015r., z którego wynika że dokonany opis przedmiotu zamówienia winien być wyczerpujący, czyli taki który umożliwi sporządzenie oferty. Zauważyć należy że wykonawcy kwestionujący dokonany opis wskazują często na fakt, iż opis ten mógł być jeszcze „bardziej szczegółowy”, czy jak zarzuca Odwołujący, że nie zawiera „wszystkich” potrzebnych mu informacji do sporządzenia oferty.

3. Sygn akt KIO: 773/15, wyrok KIO z dnia 15.05.2015r., z której wynika że Zamawiający nie może bronić się argumentem na obronę nieopisanego jednoznacznie i wyczerpującego przedmiotu zamówienia, iż dotychczasowi Wykonawcy mają wiedzę co do faktycznej skali i uwarunkowań zmian realizacji przedmiotu zamówienia u Zamawiającego. Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie

przetargu nieograniczonego, a zatem Zamawiający obowiązany jest do zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wszystkimi potencjalnymi wykonawcami. Odwoływanie się do wiedzy, którą mogą posiadać wyłącznie wykonawcy dotychczas realizujący zamówienie na rzecz Zamawiającego z pewnością nie sprzyja art. 29 ust. 1 - dlatego nakazuje zawarcie wszystkich istotnych dla sporządzenia oferty uwarunkowań w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż jest on dostępny dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

4. Sygn. akt: KIO 2399/15, wyrok KIO z dnia 20.11.2015 roku „Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. W ocenie Izby na tle analizowanego stanu faktycznego zasadne jest uznanie, że Zamawiający przy ustalaniu wysokości oraz ilości kar umownych nadużył przysługującego mu prawa.”

5. Wyroku Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, w którym podkreślono, że „(...) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPiKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214 (...), z dnia 26 stycznia 2011r., II CSK 318/10, niepubl.) (...) Dłużnik może się zwolnić od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności”).

W zw. z powyższym, Odwołujący wnosi jak na wstępie tj. o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji w następującym zakresie:

a) ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

Zmianę Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1.1 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z **częścią III pkt. 1 ppkt. h)** oraz **częścią III pkt. 2.4 załącznika nr 5.1** /po modyfikacji/ do SIWZ:

Zamawiający **wymaga stałej dyspozycji**, gotowości do podjęcia działań zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia - **24H/dobę 7 dni w tygodniu**, jednocześnie nie dając gwarancji realizacji prac i tym samym zapłaty za nie (usługa ma być wykonywana według potrzeb wynikających z pogody) .

W formularzu ofertowym w pozycji 1 lit. h, oferent winien wskazać cenę jednostkową za jednorazowe wykonanie usługi przy maksymalnej częstotliwości w roku do 20 razy, za „usuwanie śniegu i lodu z terenów utwardzonych (w tym koszt gotowości do podjęcia działań zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia)”. Skalkulowanie kosztów dyspozycyjności (gotowości) w tej pozycji, której płatność uzależniona jest od wystąpienia warunków skutkujących podjęciem na wezwanie realizacji danej usługi może skutkować brakiem zapłaty lub jej części pomimo, iż wykonawca poniesie koszty związane z zapewnieniem dyżurów niezależnie od tego czy usługa będzie zlecona czy nie (zakup środków do zwalczania śliskości, amortyzacja sprzętu, wynagrodzenie pracowników pełniących dyżury itd.), natomiast w przypadku braku zlecenia nie otrzyma za nie wynagrodzenia. Powyższe stoi w sprzeczności z §4 ust. 2 umowy stanowiącej zał. nr 4.1 do SIWZ, „Wykonawca w ramach ustalonej opłaty zakupi piasek oraz środki chemiczne potrzebne do utrzymania czystości na terenach utwardzonych i zielonych. Ponadto Wykonawca zaopatrzy się w materiały związane z przedmiotem umowy (sprzęt gospodarczy, środki ochrony osobistej, itp.) w ramach ustalonego wynagrodzenia.”

Wnosimy o modyfikację Formularza Ofertowego o pozycję uwzględniającą koszt dyżurów w zakresie gotowości do „akcji zima”, środków i sprzętu, gwarantujące zapłatę niezależnie czy akcja zima zostanie przeprowadzona, lub też wskazanie pozycji gdzie należy tę usługę wycenić, ale tak aby uzyskać gwarancję jej zapłaty bez względu na wystąpienie opadów śniegu czy też nie .

Powyższy zarzut dotyczy również pozostałych zadań od nr 2 do nr 7, gdzie odwołując się również wnosimy o modyfikacje w powyższym zakresie i tak odpowiednio:

- ZADANIE NR 2 – dotyczy załącznika nr 1.2 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią III pkt. 1 ppkt. i) oraz części III pkt. 2.4 załącznika nr 5.2 /po modyfikacji/ do SIWZ
- ZADANIE NR 3 – dotyczy załącznika nr 1.3 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią III pkt. 1 ppkt. h) oraz części III pkt. 2.4 załącznika nr 5.3 /po modyfikacji/ do SIWZ
- ZADANIE NR 4 – dotyczy załącznika nr 1.4 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią III pkt. 1 ppkt. i) oraz części III pkt. 2.4 załącznika nr 5.4 /po modyfikacji/ do SIWZ
- ZADANIE NR 5 – dotyczy załącznika nr 1.5 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią III pkt. 1 ppkt. h) oraz części III pkt. 2.4 załącznika nr 5.5 /po modyfikacji/ do SIWZ
- ZADANIE NR 6 – dotyczy załącznika nr 1.6 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią III pkt. 1 ppkt. h) oraz części III pkt. 2.4 załącznika nr 5.6 /po modyfikacji/ do SIWZ
- ZADANIE NR 7 – dotyczy załącznika nr 1.7 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią III pkt. 1 ppkt. h) oraz części III pkt. 2.4 załącznika nr 5.7 /po modyfikacji/ do SIWZ

b) ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

uszczegółowienie pkt. 6 w §4 umowy stanowiącej załącznik nr 4.1 do SIWZ po modyfikacji:
„Wykonawca jest zobowiązany do posprzątania terenu po nieprzewidzianych zjawiskach pogodowych tj. przejściu wicher, gwałtownych opadów deszczu ze złamanych gałęzi, konarów, liści oraz zabezpieczy ich wywóz z terenu utrzymywanych kompleksów wojskowych.”

Pomimo uznania w całości odwołania w dniu 7 października (KIO 2359/20) nie wprowadzono modyfikacji w tym zakresie. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia usługa sprzątania odbywa się 1x w tygodniu, dodatkowa usługa na terenach utwardzonych 4x w miesiącu, natomiast utrzymanie terenów zielonych 7 razy w roku - tym samym zapis umowy jest nieprecyzyjny.

- Niejasne jest co Zamawiający rozumie przez pojęcie „zobowiązany do posprzątania terenu po nieprzewidzianych zjawiskach pogodowych”. Na jakiej podstawie następuje podjęcie działań, czy jest to usługa realizowana na zlecenie, czy też podejmowana samodzielnie?
- Czy dotyczy terenów utwardzonych czy również nieutwardzonych? Czy objęty jest nią cały teren utwardzony i nieutwardzony, czy tylko ich część?
- Według której pozycji formularza dla powierzchni utwardzonej oraz nieutwardzonej niniejsza usługa ma być rozliczana, gdzie oferent winien ją wycenić?

Bez powyższych informacji Wykonawca nie może należycie wycenić usługi, dlatego wnosimy o jej dookreślenie.

Powyższy zarzut dotyczy również pozostałych zadań od nr 2 do nr 7, gdzie odwołujący również wnosi o modyfikacje w powyższym zakresie i tak odpowiednio:

- ZADANIE NR 2 – dotyczy załącznika nr 4.2 do SIWZ /po modyfikacji/ §4 pkt.6
- ZADANIE NR 3 – dotyczy załącznika nr 4.3 do SIWZ /po modyfikacji/ §4 pkt.6
- ZADANIE NR 4 – dotyczy załącznika nr 4.4 do SIWZ /po modyfikacji/ §4 pkt.6
- ZADANIE NR 5 – dotyczy załącznika nr 4.5 do SIWZ /po modyfikacji/ §4 pkt.6
- ZADANIE NR 6 – dotyczy załącznika nr 4.6 do SIWZ /po modyfikacji/ §4 pkt.6
- ZADANIE NR 7 – dotyczy załącznika nr 4.7 do SIWZ /po modyfikacji/ §4 pkt.6

c) ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

uszczegółowienie części IV pkt. 1 ppkt. h załącznika nr 5.1 do SIWZ po modyfikacji:

W modyfikacji powyższego załącznika, dnia 20.10.2020r. wprowadzono wymóg: „Wykonawca zobowiązany jest do zabrania odpadu do miejsca składowania tego typu odpadów i wywiezienia z kompleksu.”

Brak jest informacji o przewidywanym rozliczeniu niniejszych odpadów. Ilość ich po np. dużej wichurze może być znaczna, co wpłynie na wysokie koszty po stronie Wykonawcy. Jednak nie można wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. W wyniku gwałtownych burz, z uwagi na dużą ilość drzew na terenach jednostki może wystąpić bardzo duża ilość odpadu (tym bardziej, iż Zamawiający zastrzega sobie oczyszczenie terenu nie tylko z drobnych gałęzi ale również usunięcia konarów). Ilość takich odpadów jest nie do przewidzenia i nie można rzetelnie wycenić ich kosztu bez ryzyka narażenia Wykonawcy na straty.

Zamawiający winien uszczegółwić kwestie rozliczenia niniejszych odpadów, np. określając ich wartość w rozliczeniu np. za tonę, lub określenie ich maksymalnej ilości.

Powyższy zarzut dotyczy również pozostałych zadań od nr 2 do nr 7, gdzie odwołujący również wnosi o modyfikacje w powyższym zakresie i tak odpowiednio:

- ZADANIE NR 2 – dotyczy załącznika nr 5.2 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią IV pkt. 1 ppkt. j
- ZADANIE NR 3 – dotyczy załącznika nr 5.3 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią IV pkt. 1 ppkt. i
- ZADANIE NR 4 – dotyczy załącznika nr 5.4 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią V pkt. 1 ppkt. g
- ZADANIE NR 5 – dotyczy załącznika nr 5.5 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią IV pkt. 1 ppkt. k
- ZADANIE NR 6 – dotyczy załącznika nr 5.6 do SIWZ /po modyfikacji/ w związku z częścią IV pkt. 1 ppkt. e
- ZADANIE NR 7 – dotyczy załącznika nr 1.7 do SIWZ /po modyfikacji/ / w związku z częścią IV pkt. 1 ppkt. f

d) ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

uszczegółwienie pkt. 14 w §4 umowy stanowiący załącznik nr 4.1 do SIWZ po modyfikacji: „Zamawiający zastrzega sobie, w trakcie trwania umowy, prawo do wnoszenia korekt powierzchni do usługi utrzymania porządków w obrębie danej lokalizacji lub zmianę częstotliwości wykonywania usług.” Zamawiający przewidział, iż powyższe **ograniczenia powierzchni** przeznaczonej do sprzątania **nie przekroczą** w okresie realizacji umowy **25 % ogólnej powierzchni** danego rodzaju objętej zamówieniem.

Nie podał natomiast granicy w zakresie zmiany częstotliwości wykonywania usług danego rodzaju.

Pomimo uznania w całości odwołania w dniu 7 października (KIO 2359/20) nie wprowadzono modyfikacji w tym zakresie.

Jest to niezbędne do oszacowania ewentualnych kosztów usługi.

Powyższy zarzut dotyczy również pozostałych zadań od nr 2 do nr 7, gdzie odwołujący również wnosi o modyfikacje w powyższym zakresie i tak odpowiednio:

- ZADANIE NR 2 – dotyczy załącznika nr 4.2 do SIWZ /po modyfikacji/ pkt. 14 w §4
- ZADANIE NR 3 – dotyczy załącznika nr 4.3 do SIWZ /po modyfikacji/ pkt. 14 w §4
- ZADANIE NR 4 – dotyczy załącznika nr 4.4 do SIWZ /po modyfikacji/ pkt. 14 w §4
- ZADANIE NR 5 – dotyczy załącznika nr 4.5 do SIWZ /po modyfikacji/ pkt. 14 w §4
- ZADANIE NR 6 – dotyczy załącznika nr 4.6 do SIWZ /po modyfikacji/ pkt. 14 w §4

➤ ZADANIE NR 7 – dotyczy załącznika nr 4.7 do SIWZ /po modyfikacji/ / pkt. 14 w §4

e) ZADANIE NR 1: SEKCJA OBSŁUGI INFRASTRUKTURY NR 1 WE WROCŁAWIU

Modyfikację zapisów § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. d,e,f,g,h,i umowy stanowiący załącznik nr 4.1 do SIWZ po modyfikacji w zakresie zapisów, iż Zamawiający będzie naliczał kary „za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do terminu rozpoczęcia określonego w zleceniu i pierwotnego czasu realizacji określonego w Opisie przedmiotu zamówienia, wliczając soboty i niedziele oraz inne dni ustawowo wolne od pracy”. W związku z zapisami załącznika nr 5.1 do SIWZ po modyfikacji część II pkt. 3 realizacja usług przez wykonawcę ma się odbywać w godzinach pracy obsługiwanej jednostki. **Nadmiernością zamawiającego jest więc fakt naliczania kar za dni wolne, w których usługa nie może być realizowana,** z czym Odwołujący się nie zgadza i wnosi o zmianę zapisów na dni kiedy praca na danych jednostkach może być świadczona zgodnie z zał. nr 8 do umowy.

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 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). Także Kodeks cywilny przewiduje instrumenty ochrony przed stosowaniem nadmiernych kar umownych (art. 5 KC –nadużycie prawa podmiotowego; art. 484 § 2 KC –możliwość żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana).

Ponadto nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a brak jest takich uregulowań w umowie.

Pomimo uznania w całości odwołania w dniu 7 października (KIO 2359/20) nie wprowadzono modyfikacji w tym zakresie.

Powyższy zarzut dotyczy również pozostałych zadań od nr 2 do nr 7, gdzie odwołujący również wnosi o modyfikacje w powyższym zakresie i tak odpowiednio:

- ZADANIE NR 2 – dotyczy załącznika nr 4.2 do SIWZ /po modyfikacji/ § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. d,e,f,g,h,i
- ZADANIE NR 3 – dotyczy załącznika nr 4.3 do SIWZ /po modyfikacji/ § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. d,e,f,g,h,i
- ZADANIE NR 4 – dotyczy załącznika nr 4.4 do SIWZ /po modyfikacji/ § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. d,e,f,g,h,i

- ZADANIE NR 5 – dotyczy załącznika nr 4.5 do SIWZ /po modyfikacji/ § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. d,e,f,g,h,i
- ZADANIE NR 6 – dotyczy załącznika nr 4.6 do SIWZ /po modyfikacji/ § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. d,e,f,g,h,i
- ZADANIE NR 7 – dotyczy załącznika nr 4.7 do SIWZ /po modyfikacji/ § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. d,e,f,g,h,i

Odpowiedzialność za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań z uwzględnieniem wszelkich istotnych danych i parametrów, spoczywa na zamawiającym. Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem wskazane warunki oraz wymagania są wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców

Mając na względzie treść art. 29 ust. 1 PZP jak i art. 355 § 2 k.c., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opíše przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w treści odwołania oraz we wstępie i o zobowiązanie Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty a dodatkowo w sposób zapewniający przygotowanie przejrzystego postępowania z zachowaniem zasad równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający winien opisać swoje wymagania dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego Zamawiający oczekuje. Obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji kar umownych w celu dostosowania ich naliczenia do dnia rzeczywistego świadczenia usługi. **Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna.**

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu;
- 2) KRS
- 3) dowód dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.