



ZAMAWIAJĄCY

Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich

90- 447 Łódź, ul. Piotrkowska 175

NIP: 725-21-32-934

<http://zim.lodz.bip-e.pl>

ZIM-DZ.2621.28.2020

Łódź, dn. 29.12.2020 r.

WYKONAWCY

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: **Projekt „OdNowa Parku Helenów” Rewitalizacja Parku Helenów polegająca na zmianie sposobu zagospodarowania terenu, budowie małej architektury, a także przebudowie, rozbudowie i zmianie sposobu użytkowania części budynku usługowego wraz z towarzyszącymi urządzeniami budowlanymi wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej oraz wykonaniem rozbiórek w systemie „zaprojektuj i wybuduj”**; Nr sprawy: ZIM-DZ.2621.28.2020

Zamawiający – Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, przekazuje niniejszym kopię odwołania z dnia 28.12.2020 r. wniesionego przez Wykonawcę: Dariusz Szadkowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Dariusz Szadkowski „SZADEK”, ul. Jana Karola Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź, oraz wzywa do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Zamawiający zamieszcza kopię odwołania na stronie internetowej pod adresem:

<https://zim.lodz.bip-e.pl/zim/zamowienia-publiczne/11011,Projekt-OdNowa-Parku-Helenow-Rewitalizacja-Parku-Helenow-polegajaca-na-zmianie-s.html>

DYREKTOR
ZARZĄDU INWESTYCJI MIEJSKICH

Agnieszka Kowalewska-Wójcik

Załącznik:

1. Kopia odwołania z dnia 28.12.2020 r.

Sprawę prowadzi:
Monika Gałuszka
Główny Specjalista
w Wydziale Zamówień Publicznych
tel. 42 272 64 31



Warszawa, dnia 28 grudnia 2020 r.

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

Zamawiający: Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich
ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź
zamowienia@zim.uml.lodz.pl

Odwołujący: Dariusz Szadkowski prowadzący działalność gospodarczą
pod firmą: Dariusz Szadkowski „SZADEK”
ul. Jana Karola Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź
NIP 7272289001
darekszadek@onet.pl

Przedmiot zamówienia:

Projekt „OdNowa Parku Helenów” Rewitalizacja Parku Helenów polegająca na zmianie sposobu zagospodarowania terenu, budowie małej architektury, a także przebudowie, rozbudowie i zmianie sposobu użytkowania części budynku usługowego wraz z towarzyszącymi urządzeniami budowlanymi wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej oraz wykonaniem rozbiórek w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, numer referencyjny: ZIM-DZ.2621.28.2020.

Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień o nr 769713-N-2020 z dnia 22 grudnia 2020 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem: <https://zim.lodz.bip-e.pl/zim/zamowienia-publiczne/11011,Projekt-OdNowa-Parku-Helenow-Rewitalizacja-Parku-Helenow-polegajaca-na-zmianie-s.html>.

ODWOŁANIE WYKONAWCY

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej również „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Projekt „OdNowa Parku Helenów” Rewitalizacja Parku Helenów polegająca na zmianie sposobu zagospodarowania terenu, budowie małej architektury, a także przebudowie, rozbudowie i zmianie sposobu użytkowania części budynku usługowego wraz z towarzyszącymi urządzeniami budowlanymi wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej oraz wykonaniem rozbiórek w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, numer referencyjny: ZIM-DZ.2621.28.2020*, prowadzonym przez Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich, od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na sporządzeniu niezgodnego z przepisami ustawy Pzp opisu przedmiotu zamówienia,

którego treść, będąca elementem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ogranicza konkurencję.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 387 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r., poz. 1740), dalej „KC”, w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i obciążający Wykonawcę szeregiem ryzyk związanych z utrzymaniem zieleni, wyrażające się w przerzuceniu na Wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z utrzymaniem zieleni w ramach gwarancji, w tym zobowiązanie Wykonawcy do wymiany uszkodzonego materiału roślinnego bez względu na przyczynę uszkodzenia (także dewastację) oraz rozszerzeniu w treści Załącznika pielęgnacyjnego (str. 91-96) obowiązków gwarancyjnych o utrzymania całego parku w każdym aspekcie dotyczącym zieleni (pielenie, koszenie, nawadnianie nawet utrzymanie alejek w okresie zimowym), z jednoczesnym brakiem rozliczenia ww. obowiązków w comiesięcznym wynagrodzeniu Wykonawcy, co jest niezgodnie z przepisami podatkowymi oraz w znacznym wymiarze wykracza ponad standardowe obowiązki gwarancyjne dotyczące jakości wykonanych robót;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 387 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyjęciu, że w przypadku postania ważnego interesu Zamawiającego, lub ważnego interesu publicznego lub też niespójnością z faktycznym postępowaniem prac lub zobowiązaniami Wykonawcy, Wykonawca jest uprawniony do aktualizacji tego harmonogramu wyłącznie na polecenie Zamawiającego z pominięciem inicjatywy Wykonawcy (§ 3 ust. 8 wzoru Umowy), w szczególności że zapłata za wykonane prace nie może przekroczyć kwot określonych w zaakceptowanym Harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 32 ust. 18 wzoru Umowy), podczas gdy teoretycznie, Zamawiający może nie zaakceptować sprawniejszego wykonywania robót przez Wykonawcę i w sposób nieuprawniony doprowadzić do sytuacji braku rozliczenia prawidłowo wykonanych robót;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 387 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także ograniczający konkurencję, wyrażające się w zaniechaniu przekazania szczegółowych informacji, o treści i charakterze dokumentacji zostanie przekazana Wykonawcy przez Zamawiającego, podczas gdy jest to z punktu widzenia realizacji oraz przebiegu Umowy informacja o strategicznym znaczeniu (§ 1 oraz § 16 ust. 1 pkt 4 wzoru Umowy);
- 4) art. 353(1) kc w związku z art. 143a ust. 1 punkt 1) i 2) ustawy pzp, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na zobowiązaniu wykonawcy do zapłaty podwykonawcom (w celu uzyskania zapłaty od Zamawiającego) także wynagrodzenia niewymagalnego w zakresie odbioru końcowego, tj. przedstawienia ostatniej faktury częściowej (§ 33 ust. 10 wzoru Umowy);
- 5) art. 353(1) kc w związku z art. 143c ustawy pzp, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i

uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na zastrzeżeniu dla zamawiającego prawa zatrzymania kwot wynagrodzenia odpowiadającego nieuregulowanej należności wykonawcy wobec podwykonawcy w zakresie kwot niewymagalnych (§ 32 ust. 19 zdanie drugie wzoru Umowy);

- 6) art. 353(1) kc w związku z art. 484§1 kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyznaniu jedynie Zamawiającemu prawa do dochodzenia kar umownych za odstąpienie, z jednoczesnym zaniechaniem przewidzenia kar umownych przysługujących Wykonawcy, jak również przyznanie jedynie Zamawiającemu prawa dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (§ 35 ust. 4 wzoru umowy);
- 7) art. 353(1) kc w związku z art. 484§1 kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyznaniu Zamawiającemu prawa do odstąpienia w terminie 100 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia, podczas gdy standardowo w umowach w sprawie zamówienia publicznego praktykowany jest termin 30 dni (§ 38 ust. 4 wzoru Umowy);
- 8) art. 353(1) kc w związku z art. 484§1 kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez nakazanie Wykonawcy uwzględnienie w treści opinii o stanie technicznym obiektów i budynków sąsiednich ewentualnych szkód w okresie 5 lat po zakończeniu robót, co stanowi nieuprawnione przerzucanie odpowiedzialności z inwestora na wykonawcę robót, podczas gdy odpowiedzialność za szkody wyrządzone wynika z przepisów powszechnie obowiązujących (w tym przepisów KC) i jeśli szkoda zostanie wyrządzona z wyłącznej winy Zamawiającego, wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności z tego tytułu (§ 11 ust. 9 wzoru Umowy).

Z uwagi na powyższe, wnoszę o:

- 1) o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na modyfikacji dokumentacji postępowania tj.:
 - a) (dot. zarzutu nr 1) zmianę treści gwarancji poprzez zastąpienie jej usługami utrzymania zieleni oraz wydzieleniem płatności za te usługi w formie ryczałtu wypłacanej co miesiąc w równych częściach;
 - b) (dot. zarzutu nr 2) nadanie § 3 ust. 8 wzoru Umowy następującej treści: „Zamawiający lub Wykonawca w każdym czasie ma prawo wnioskować o aktualizację...”
 - c) (dot. zarzutu nr 2) usunięcie § 32 ust. 18 wzoru Umowy;
 - d) (dot. zarzutu nr 3) uzupełnienie w § 1 wzoru Umowy w pozycji „Dokumentacja Zamawiającego” o szczegółowe informacje o dokumentacji, jaka zostanie przekazana Wykonawcy i jaka powinna być uwzględniona w toku realizacji umowy;
 - e) (dot. zarzutu nr 4) usunięcie słowa „i niewymagalnego” z § 33 ust. 10 wzoru Umowy;
 - f) (dot. zarzutu nr 5) – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 4, dodanie w § 31 ust. 19 zdanie 2 „za wyjątkiem wierzytelności niewymagalnych”;
 - g) (dot. zarzutu nr 6) nadanie następującej treści § 35 ust. 4 wzoru umowy: „W przypadku poniesienia szkody przewyższającej zastrzeżone w niniejszej Umowy kwoty kar umownych, Zamawiający oraz Wykonawca...” oraz dodanie w § 38 pkt 9 wzoru Umowy

„Wykonawcy z tytułu odstąpienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, przysługuje kar umowna w wysokości 20 % całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 32 ust. 1”;

- h) (dot. zarzutu nr 7) nadanie § 38 ust. 4 wzoru umowy następującej treści: „Odstąpienie od Umowy z przyczyn wskazanych w ust. 3 pkt 1-3 Umowy powinno nastąpić w formie pisemnej w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach”;
 - i) (dot. zarzutu nr 8) usunięcie z § 11 ust. 9 wzoru Umowy sformułowania „jak i w okresie 5 lat po ich zakończeniu”;
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwoływającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W razie uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwoływający żąda od Zamawiającego dokonania czynności, o których mowa we wnioskach wskazanych powyżej.

Legitymacja do wniesienia odwołania:

Odwoływający posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia, a sformułowanie postanowień OPZ przez Zamawiającego uniemożliwia mu lub poważnie utrudnia ubieganie się o jego udzielenie, gdyż Wykonawca nie jest w stanie oszacować pewnych ryzyk lub – jak w przypadku jednego z zarzutów – wycenić i rozliczyć pewnych elementów świadczenia usług. Rodzi to po stronie Odwoływającego ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym i należnego wynagrodzenia z tego tytułu. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: *Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r. KIO 1776/17).

Termin na wniesienie odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, podobnie jak SIWZ w dniu 22.12.2020 r., zatem wniesienie odwołania w dniu 28 grudnia 2020 r. należy uznać za czyniące zadość ustawowemu terminowi.

Doręczenie kopii Odwołania Zamawiającemu:

Kopia niniejszego odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 28 grudnia 2020 r., a zatem z poszanowaniem ustawowego terminu (dowód doręczenia Zamawiającemu kopii odwołania - w załączeniu).

UZASADNIENIE

Publikując ogłoszenie o zamówieniu z dnia 22 grudnia 2020 r., Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Projekt „OdNowa Parku Helenów” Rewitalizacja Parku Helenów polegająca na zmianie sposobu zagospodarowania terenu, budowie małej architektury, a także przebudowie, rozbudowie i zmianie sposobu użytkowania części budynku usługowego wraz z towarzyszącymi urządzeniami budowlanymi wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej oraz wykonaniem rozbiórek w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, numer referencyjny: ZIM-DZ.2621.28.2020, dalej jako „Postępowanie”*. Analiza opublikowanych wraz z ogłoszeniem postanowień przytoczonych elementów OPZ oraz umowy, w ocenie Odwołującego prowadzi do wniosku o ich nieprawidłowym, sprzecznym z normami przepisów art. 29 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp sformułowaniu, co ogranicza Odwołującemu możliwość wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp 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. Zgodnie z kolei z przepisem ust. 2 tego artykułu, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wykładnia powyższych przepisów prezentowana w orzecznictwie KIO wskazuje, że prawo Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia nie stanowi o jego absolutnej dowolności i jak każda czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego licować też musi z naczelnymi zasadami rządzącymi takim postępowaniem, uregulowanymi w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości: *Zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda Zamawiającego w tym zakresie nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężyć kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 p.z.p. należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2020 r. KIO 1694/20). Zasadą sporządzenia prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jest też jego jednoznaczność, rozumiana jako zakaz takiego ustanawiania wymagań przez Zamawiającego, które mogą być interpretowane odmiennie: *Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w SIWZ winien przestrzegać reguł opisanych w art. 29 ust. 1 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem 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. Należy podkreślić, że zawarte w cytowanym przepisie sformułowanie "jednoznaczny" należy rozumieć jako takie, które nie pozwala na ich dowolną interpretację* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2020 r. KIO 1507/20). Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia powinien być także wyczerpujący: *Istota tego przepisu (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. pełnomocnika) sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2020 r. KIO 1089/20). *Zasady wyrażone w art. 7 ust 1 ustawy Pzp wymagają, aby wszystkie informacje*

niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnie z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach oraz w tym samym czasie. Zakres usług – możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny (wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2018 r., KIO 2682/17).

Zakwestionowanie przez wykonawcę prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, nakłada na Zamawiającego ciężar dowodu, co do jego należytego sporządzenia, uzasadnionych potrzeb oraz zadośćuczynienia zasadzie uczciwej konkurencji: *Z całą mocą podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych i przekonujących argumentów uzasadniających takie działanie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2020 r. KIO 1592/20). Fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2011 r. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2017 r. KIO 1174/17).*

W ocenie Odwołującego, kwestionowane niniejszym postanowienia OPZ – także w części dotyczącego proponowanych postanowień umownych - niezgodne są z powyżej opisanymi nakazami, co zostanie uzasadnione poniżej.

Zarzut nr 1

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i obciążający Wykonawcę szeregiem ryzyk związanych z utrzymaniem zieleni, wyrażające się w przerzuceniu na Wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z utrzymaniem zieleni w ramach gwarancji, w tym zobowiązanie Wykonawcy do wymiany uszkodzonego materiału roślinnego bez względu na przyczynę uszkodzenia (także dewastację) oraz rozszerzeniu w treści Załącznika pielęgnacyjnego (str. 91-96) obowiązków gwarancyjnych o utrzymanie całego parku w każdym aspekcie dotyczącym zieleni (pielenie, koszenie, nawadnianie nawet utrzymanie alejek w okresie zimowym), z jednoczesnym brakiem rozliczenia ww. obowiązków w comiesięcznym wynagrodzeniu Wykonawcy, co jest niezgodnie z przepisami podatkowymi oraz w znacznym wymiarze wykracza ponad standardowe obowiązki gwarancyjne dotyczące jakości wykonanych robót. W uzasadnieniu powyższego zarzutu wskazać należy, że inną instytucją jest gwarancja jakości (występująca obok rękojmi) o charakterze bezpłatnych i nie należy ich mylić z usługami utrzymania – które jak każde zamówienie publiczne – mają charakter odpłatny. Zamawiający oczekuje kształtując w taki sposób obowiązki wykonawcy, że dokona on napraw zdewastowanych przez podmioty trzecie nasadzeń, jak również rozszerzenie tych obowiązków poza sezony wegetacyjne wynikające z normalnego wzrostu zasadzonych roślin.

O ile zatem klasyczna gwarancja jakości obejmuje wady tkwiące w dostarczanym produkcie, referujące do jego wartości, usługi utrzymania (pielęgnacji) rozszerzają te obowiązki do wykonywania czynności pielęgnacyjnych ponad standardowy okres wzrostu (wegetacji). Tym samym mają one charakter – jak każda usługa w rozumieniu ustawy Pzp – charakter odpłatny, z czym immanentnie związane są obowiązki publicznoprawne, takie jak podatek VAT. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT opodatkowaniu podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług, w terminie wynikającym z przepisów o VAT. Usługi pielęgnacyjne w zakresie zieleni są opodatkowane stawką w wysokości 8%, a tym samym powinny być sklasyfikowane jako odpłatne. Wykonawca realizując takie usługi ponosi koszty pracowników czy też dodatkowych nasadzeń (niezbędnych w wyniku zniszczenia rośliny przez osoby trzecie lub upływu okresu wegetacyjnego rośliny) i są one oderwane od „klasycznej” postaci gwarancji. Wykonawca został bowiem pozbawiony możliwości rozliczenia takich kosztów, gdyż całość wynagrodzenia została zapłacona, zaś VAT i podatek dochodowy od niej odprowadzony. Jako doskonały przykład należy wskazać budowę drogi – jeśli przedmiotem zamówienia jest jej budowa wraz z okresem gwarancji, nie sposób uznać, że w zakres gwarancji wchodzi także jej odśnieżanie. Na tej samej zasadzie Zamawiający w całości nieuprawniony sposób w ramach gwarancji oczekuje także ośnieżania alejek – mimo że wykracza to ponad standardowy zakres zamówienia. Zamawiający oczekuje także nawadniania roślin – bez wskazania kto ponosi koszty wody, jak również naprawy uszkodzonych wskutek wandalizmu linii nawadniających. Oczekiwanie tak szerokiego zakresu prac – jedynie przykładowo wymienionego powyżej, o olbrzymiej wartości jest całkowicie nieuzasadnione i godzi w interesy wszystkich wykonawców funkcjonujących na rynku. Gwarancja jakości nie może obejmować bowiem uszkodzeń wynikających z dewastacji czy przykładowo nawadniania roślin czy nawet utrzymania alejek w okresie zimowym – gdyż są to obowiązki daleko wykraczające poza standardowe obowiązki gwaranta.

Zarzut nr 2

Zamawiający kształtując postanowienia umowne przyjął, że w przypadku postania ważnego interesu Zamawiającego, lub ważnego interesu publicznego lub też niespójnością z faktycznym postępowaniem prac lub zobowiązaniami Wykonawcy, Wykonawca jest uprawniony do aktualizacji tego harmonogramu wyłącznie na polecenie Zamawiającego z pominięciem inicjatywy Wykonawcy (§ 3 ust. 8 wzoru Umowy). W szczególności Zamawiający zastrzegł, że zapłata za wykonane prace nie może przekroczyć kwot określonych w zaakceptowanym Harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 32 ust. 18 wzoru Umowy), podczas gdy teoretycznie, Zamawiający może nie zaakceptować sprawniejszego wykonywania robót przez Wykonawcę i w sposób nieuprawniony doprowadzić do sytuacji braku rozliczenia prawidłowo wykonanych robót. Zgodnie z postanowieniami wzoru Umowy Wykonawca jest zobowiązany do zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z życzeniem i wskazaniem Zamawiającego. Jest to nieuzasadniona możliwość ingerencji zamawiającego w przyjętą przez wykonawcę chronologię prac, w ich organizację, a co za tym idzie również istotny wpływ na koszty prowadzenia przedsiębiorstwa Wykonawcy. Ponadto, w sytuacji gdy harmonogram stanie się niespójny z faktycznym postępowaniem pracy Wykonawca jest de facto pozbawiony możliwości jego korekty, bowiem aktualizacja może się odbywać wyłącznie na polecenie Zamawiającego. W szczególności w obecnej sytuacji możliwych nagłych zmian w organizacji pracy przedsiębiorstwa wykonawcy wskutek pandemii wydaje się, że omawiany zapis stanowi nieuprawnione i nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, mając jednocześnie jawnie represyjny wydźwięk wobec wykonawcy.

Zgodnie ze wzorem umowy (i całą logiką postępowania przetargowego) wykonawca ma złożyć ofertę na wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy i realizować je zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowych, zaś zapłata ma nastąpić na podstawie wykonanych i odebranych robót. Zamawiający zastrzegł, że zapłata za wykonane prace nie może przekroczyć kwot określonych w zaakceptowanym Harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 32 ust. 18 wzoru Umowy), lecz brak jest logiki w takim przyjęciu – Zamawiającemu także zależy na terminowej realizacji prac, zaś niezbędnym odbiorom powinny podlegać prace podlegające zakryciu. Skoro obowiązkiem ustawowym Zamawiającego jako inwestora jest dokonanie odbioru prac, nie może on ich uzależniać od zgodności z Harmonogramem, który może ulegać w toku realizacji zmianom jedynie wskutek aktywności Zamawiającego. W takiej sytuacji Wykonawca pomimo prawidłowej i terminowej realizacji prac może zostać pozbawiony przysługującego mu wygradzenia, co doprowadzi do wstrzymania prac z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zarzut nr 3

Zamawiający zaniechał przekazania szczegółowych informacji, o treści i charakterze dokumentacji zostanie przekazana Wykonawcy przez Zamawiającego, podczas gdy jest to z punktu widzenia realizacji oraz przebiegu Umowy informacja o strategicznym znaczeniu (§ 1 oraz § 16 ust. 1 pkt 4 wzoru Umowy). Opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać wszelkie informacje niezbędne do złożenia wiążącej i konkurencyjnej oferty. Jeśli wykonawca ma w toku realizacji uwzględniać dokumentację, jaką przekaze mu Zamawiający, powinna ona zostać co najmniej wymieniona lub także opublikowana wraz z SIWZ. Jak zostało wskazane w wyroku KIO z dnia 21 lutego 2017 roku (sygn. akt KIO 269/17), „nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować, nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania oferty”.

Zarzut nr 4 oraz 5

Wykonawca w treści umowy został zobowiązanych do zapłaty podwykonawcom (w celu uzyskania zapłaty od Zamawiającego) także wynagrodzenia niewymagalnego w zakresie odbioru końcowego, tj. przedstawienia ostatniej faktury częściowej (§ 33 ust. 10 wzoru Umowy). Co więcej, Zamawiający zastrzegł prawo zatrzymania kwot wynagrodzenia odpowiadającego nieuregulowanej należności wykonawcy wobec podwykonawcy w zakresie kwot niewymagalnych (§ 32 ust. 19 zdanie drugie wzoru Umowy). Zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 143a-143c), zamawiający są uprawnieni do weryfikacji rzetelności postępowania wykonawców wobec ich podwykonawców i dalszych podwykonawców i wywiązywania się z zobowiązań płatniczych na ww. określonej linii. Ustawa Pzp ogranicza jednak uprawnienia zamawiających do kwot wynagrodzenia wymagalnego dla podwykonawców i dalszych podwykonawców. Tymczasem zawarte we wzorze Umowy postanowienia rozciągają te uprawnienia także na wynagrodzenie niewymagalne. Tego typu uregulowania w sposób nadmierny uprzywilejowują zamawiającego i podwykonawców, całą odpowiedzialność i ryzyko przerzucając na Wykonawcę. „Wymagalność” oznacza upływ terminu na zapłatę, zaś żaden z przepisów powszechnie obowiązujących nie nakazuje dokonywania płatności przed terminem. Tym samym wymaganie takie jest nadmiarowe i rażąco narusza interesy wykonawcy, obciążając go dodatkowymi ryzykami.

Zarzut nr 6

Treść umowy przyznaje jedynie Zamawiającemu prawa do dochodzenia kar umownych za odstąpienie, z jednoczesnym zaniechaniem przewidzenia kar umownych przysługujących Wykonawcy. Ponadto, jedynie Zamawiający posiada prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (§ 35 ust. 4 wzoru umowy). Umowa nie zawiera ograniczenia odpowiedzialności którejkolwiek ze stron do wartości szkód rzeczywiście poniesionych, lecz jednocześnie zastrzega szereg kar umownych od wykonawcy na rzecz zamawiającego i żadnych kar od zamawiającego na rzecz wykonawcy. Takie postanowienia stanowią nieuzasadnione uprzywilejowanie zamawiającego dysponującego środkami publicznymi względem równorzędnej strony umowy, która także wskutek odstąpienia umowy w wyniku działań Zamawiającego może ponieść szkodę. Niemniej jednak przyznanie w takim przypadku (przy istniejącej już dysproporcji i nierówności stron) dodatkowo jeszcze tylko zamawiającemu prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych jest już przekroczeniem zasad dopuszczalnego uprzywilejowania. W sytuacji, gdy do odstąpienia od umowy miałyby dojść z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający wykonawca winien być uprawniony do poszukiwania zaspokojenia swoich słusznym roszczeń odszkodowawczych przed sądem (jeśli oczywiście przenosiłyby wysokość zastrzeżonej kary umownej). W przeciwnym przypadku zamawiający nie czułby się w ogóle zobligowany do współdziałania oraz wykazywania się należyłą starannością przy wykonaniu obciążających go obowiązków kontraktowych, bowiem z góry wiedziałby, że może go to kosztować wyłącznie 20% wynagrodzenia umownego brutto. Przyznanie wykonawcy prawa do dochodzenia przed sądem odszkodowania uzupełniającego jest w istocie jedynym kontraktowym elementem nacisku na zamawiającego i jedynym elementem dyscyplinującym.

Zarzut nr 7

Przyznanie Zamawiającemu prawa do odstąpienia w terminie 100 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia, podczas gdy standardowo w umowach w sprawie zamówienia publicznego praktykowany jest termin 30 dni (§ 38 ust. 4 wzoru umowy). Dla strony umowy ważną jest stabilność stosunku umownego, w szczególności o tak złożonym charakterze jakim jest niniejsze zamówienie.

Zarzut nr 8

Zamawiający z opinii o stanie technicznych obiektów i budynków sąsiedzkich nakazał uwzględnienie ewentualnych szkód w okresie 5 lat po ich zakończeniu. Przedmiotowe działanie w sposób jasny stanowi próbę przerzucenia odpowiedzialności na wykonawcę, która jednoznacznie – podobnie jak odpowiedzialność inwestora – wynika z przepisów KC (np. art. 435 KC). W konsekwencji nie sposób wymagać od Wykonawcy przewidzenia każdej szkody jaka może powstać w budynku sąsiednim w okresie 5 lat po zakończeniu robót, gdyż w dużej mierze prawidłowość wykonanych robót i uwzględnienie wszelkich ryzyk znanych inwestorowi i przekazanych wykonawcy pozwoli na uniknięcie powstania szkód w budynkach sąsiednich. Postanowienia umowne nie mogą zatem i nie powinny zmieniać zasad odpowiedzialności każdej ze stron za własne działania.

W konsekwencji wniosek o zmianę postanowień SIWZ jest uzasadniony i konieczny.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum* odwołania.

Załączniki:

- 1) wydruk CEIDG;
- 2) potwierdzenie uiszczenia wpisu;
- 3) potwierdzenie przestania kopii odwołania Zamawiającemu.



POTWIERDZENIE WYKONANIA PRZELEWU - DUPLIKAT

mBank S.A.

Bankowość Detaliczna
Skrytka Poczтовая 2108, 90-959 Łódź 2

Informacje o transakcji

Rachunek:	Winien (Nadawca)	Rachunek:	Ma (Odbiorca)
Nr Rachunku:	31 1140 2004 0000 3402 4836 3744	Nr Rachunku:	60 1010 1010 0081 3622 3100 0000
Nazwa Banku:	MBANK S.A.	Nazwa Banku:	NBP O/Okr. w Warszawie
Nadawca:	SZADEK DARIUSZ SZADKOWSKI UL.CHODKIEWICZA 21 94-028 ŁÓDŹ	Odbiorca:	URZĄD ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH

Tytuł operacji: ODWOŁANIE OD TREŚCI SIWZ . POSTĘPOWANIE NR
ZIM-DZ.2621.28.2020 . NR OGŁOSZENIA BZP/TED/NR
REFERENCYJNY 769713-N-2020

Rodzaj operacji: PRZELEW SORBNET WYCHODZĄCY

Nr referencyjny operacji: 48363744-000010439

Data operacji: 2020-12-28
Data księgowania: 2020-12-28
Kwota przelewu: 20 000,00 PLN

Data wystawienia dokumentu: 2020-12-28

Wygenerowane elektronicznie potwierdzenie wykonania przelewu. Dokument sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz.U.Nr 140 z 1997 roku, poz.939 z późniejszymi zmianami). Nie wymaga podpisu ani stempla.



Dane podstawowe

Imię Dariusz
Nazwisko Szadkowski
Numer NIP 7272289001
Numer REGON 100309935
Firma przedsiębiorcy **Dariusz Szadkowski "SZADEK"**

Dane adresowe

Stale miejsce wykonywania działalności gospodarczej woj. łódzkie, pow. Łódź, gm. Łódź-Polesie, miejsc. Łódź, ul. Jana Karola Chodkiewicza, nr 21, 94-028, poczta Łódź
Dodatkowe stałe miejsca wykonywania działalności gospodarczej , miejsc. Łódź, Wileńska, opis miejsca Nr nieruchomości: 9 A
Adres do doręczeń woj. łódzkie, pow. Łódź, gm. Łódź-Polesie, miejsc. Łódź, ul. Jana Karola Chodkiewicza, nr 21, 94-028, poczta Łódź
Przedsiębiorca posiada obywatelstwa państw Polska



Dane dodatkowe

Data rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej 2007-02-01
Data zawieszenia wykonywania indywidualnej działalności -
Data wznowienia wykonywania indywidualnej działalności -
Data zaprzestania wykonywania działalności gospodarczej -
Data wykreślenia wpisu z rejestru -
Przeważająca działalność gospodarcza (kod PKD) 43.11.Z Rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych
Wykonywana działalność gospodarcza (kody PKD) 43.11.Z, 38.11.Z, 41.20.Z, 42.11.Z, 42.12.Z, 42.13.Z, 42.21.Z, 42.99.Z, 43.12.Z, 43.13.Z, 43.22.Z, 43.29.Z, 43.31.Z, 43.33.Z, 43.34.Z, 43.39.Z, 43.91.Z, 43.99.Z, 45.11.Z, 45.31.Z, 45.32.Z, 46.22.Z, 46.71.Z, 46.73.Z, 46.90.Z, 47.30.Z, 47.76.Z, 47.82.Z, 47.89.Z, 49.41.Z, 49.42.Z, 81.10.Z, 81.21.Z, 81.22.Z, 81.29.Z, 81.30.Z
Mażeńska wspólność majątkowa -
Status indywidualnej działalności gospodarczej Aktywny



CEIDG



Spółki cywilne, których współnikiem jest przedsiębiorca
brak wpisów

Zakazy
brak wpisów

Informacje dotyczące upadłości / postępowania naprawczego / postępowania restrukturyzacyjnego
brak wpisów

Zarządca sukcesyjny
brak wpisów

Informacja o kwalifikacjach zawodowych
brak wpisów

Wpis w CEIDG jest wolny od wszelkich opłat na rzecz Skarbu Państwa.

Przedsiębiorca ma obowiązek posiadać tytuł prawny do nieruchomości, której adres wpisano do CEIDG, pod rygorem wykreślenia z CEIDG.

Przedsiębiorca ma obowiązek dokonywać zmian wpisu w terminach, określonych w art. 15 ust. 1 ustawy o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy pod rygorem wykreślenia z CEIDG.

Osoba fizyczna wpisana do CEIDG może ponieść odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną zgłoszeniem do CEIDG nieprawdziwych danych, jeżeli podlegały obowiązkowi wpisu na jej wniosek, a także niezgłoszeniem danych podlegających wpisowi do CEIDG w ustawowym terminie albo niezgłoszeniem zmian danych objętych wpisem.

Organy administracji publicznej nie mogą domagać się od przedsiębiorców okazywania, przekazywania lub załączania do wniosków i innych przedkładanych przed nimi pism, zaświadczeń o wpisie do CEIDG.

