

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę: Remondis Opole sp. z o.o., ul. Aleja Przyjaźni 9, 45-573 Opole w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1, 45-594 Opole, przy udziale wykonawcy: ELKOM Sp. z o.o., ul. Norweska 11, 45-920 Opole zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez:

1) zamieszczenie w ramach SIWZ uszczegółowienia danych dotyczących

zakresu przedmiotu zamówienia - całorocznego oczyszczania pasów drogowych Rejonu I i II, w tym oczyszczania chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych oraz przejść podziemnych, w oparciu o informacje posiadane przez Zamawiającego (dane historyczne) z wykonania odpowiednich umów z lat ubiegłych w zakresie oczyszczania letniego i zimowego, z uwzględnieniem asortymentu prac;

2) określenie w treści SIWZ minimalnego gwarantowanego zakresu przedmiotu zamówień częściowych na usługi oczyszczania letniego i zimowego pasów drogowych Rejonu I i II;

3) doprecyzowanie warunków i zasad dotyczących zawierania umów częściowych na wykonanie oczyszczania zimowego, w szczególności

w zakresie prac planowanych z wyprzedzeniem 15-dniowym, w zakresie zadań zleczanych do wykonania z wyprzedzeniem 48-godzinnym oraz w zakresie zadań tzw. pilnych, zleczanych z wyprzedzeniem 1-godzinnym;

4) doprecyzowanie, jakie warunki muszą być spełnione żeby można było uznać, że brak jest możliwości zgłoszenia wykonawcy konieczności prac, co będzie stanowiło podstawę do naliczenia kary umownej, określonej w §15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej;

2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie, w jakim:

1) w kosztorysie ofertowym - wykazie cen stanowiącym załącznik do formularza ofertowego Zamawiający przewidział cenę jednostkową za zimowe oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola oraz cenę jednostkową za letnie oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola: oczyszczanie chodników, placów, zieleńców, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych oraz rond (tereny zielone) i przejść podziemnych, a zatem za

zastosowanie dwóch z trzech dopuszczonych przez niego technologii, co uniemożliwia należyte oszacowanie ceny oferty, gdyż pomija technologię zamienną oraz nie rozróżnienia podziału technologii zamiennej na dwie kategorie - oczyszczanie mechaniczne i ręczne, które generują zupełnie różne koszty;

2) w definicji „mechanicznego zmiatania chodników” (pkt 2 SIWZ) Zamawiający wskazał, że w przypadku niemożności przeprowadzenia mechanicznego zmiatania danej powierzchni np. ze względu na parkujące pojazdy należy pozamiatać ją ręcznie, co jest nieefektywne i powoduje, że wykonawca zostaje obciążony ryzykiem uszkodzenia pojazdów i w efekcie może zostać zobowiązany do zapłaty odszkodowania;

3) w definicji „zbieranie worków” (pkt 9 SIWZ) Zamawiający nie doprecyzował, jakiego rodzaju odpady znajdują się w workach zobowiązany będzie odbierać wykonawca,

które zostały cofnięte przez Odwołującego na etapie posiedzenia,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1, 45-594 Opole, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Remondis Opole sp. z o.o., ul. Aleja Przyjaźni 9, 45-573 Opole tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1, 45-594 Opole na rzecz wykonawcy: Remondis Opole sp. z o.o., ul. Aleja Przyjaźni 9, 45-573 Opole, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Opolu.

Sygn. akt: KIO 1555/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zarząd Dróg w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Oczyszczanie miasta w zakresie: całoroczne oczyszczanie pasów drogowych Rejonu I i II, w tym oczyszczanie chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych oraz przejść podziemnych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 145-357227.

Wykonawca Remondis Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w części I i części II zamówienia. Odwołujący podniósł, że w toku postępowania naruszono następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich

wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim:

- a) Zamawiający przewiduje, że za wykonanie przedmiotu umowy częściowej zapłaci wykonawcy jedynie wynagrodzenie kosztorysowe stanowiące wynik ilości faktycznie wykonanych prac potwierdzonych przez Zamawiającego w protokole odbioru prac oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie, nie gwarantując przy tym ilości ani częstotliwości zleconych prac (§5b wzoru umowy ramowej) oraz wymagając od wykonawcy utrzymania gotowości do świadczenia usług na określonym poziomie przez cały okres obowiązywania umowy ramowej bez jednoczesnego przewidzenia jakiegokolwiek wynagrodzenia za pozostawanie przez wykonawcę w gotowości, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia, a samo świadczenie jest uznaniowe;
- b) Zamawiający nie precyzuje, na jakich zasadach będzie zlecał zimowe oczyszczanie, w tym, z jakim wyprzedzeniem będzie informował i uzgadniał z wykonawcą zakres prac;
- c) w kosztorysie ofertowym - wykazie cen stanowiącym załącznik do formularza ofertowego Zamawiający przewidział cenę jednostkową za zimowe oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola oraz cenę jednostkową za letnie oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola: oczyszczanie chodników, placów, zieleńców, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych oraz rond (tereny zielone) i przejść podziemnych, a zatem za zastosowanie dwóch z trzech dopuszczonych przez niego technologii, co uniemożliwia należyte oszacowanie ceny oferty, gdyż pomija technologię zamienną oraz nie rozróżnienia podziału technologii zamiennej na dwie kategorie - oczyszczanie mechaniczne i ręczne, które generują zupełnie różne koszty;
- d) w definicji „mechanicznego zmiatania chodników” (pkt 2, str. 17 SIWZ) Zamawiający wskazał, że w przypadku niemożności przeprowadzenia mechanicznego zmiatania danej powierzchni np. ze względu na parkujące pojazdy należy pozamiatać ją ręcznie, co jest nieefektywne i powoduje, że wykonawca zostaje obciążony ryzykiem uszkodzenia pojazdów i w efekcie może zostać zobowiązany do zapłaty odszkodowania;
- e) w definicji „mechanicznego zmiatania chodników” (pkt 2, str. 17 SIWZ) i „ręcznego zmiatania chodników” (pkt 4, str. 18 SIWZ) Zamawiający wprowadził obowiązek podkaszania przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika na głębokości 0,3 m w całym ciągu oczyszczanego chodnika, nie przewidując przy tym w kosztorysie ofertowym odrębnej ceny jednostkowej za wykonanie tego elementu prac oraz nie uwzględniając i nie podając powierzchni objętej podkaszaniem w załącznikach nr 7a i nr 7b stanowiących wykaz powierzchni do oczyszczania;
- f) w definicji „zbieranie worków” (pkt 9, str. 19 SIWZ) Zamawiający nie doprecyzował, jakiego rodzaju odpady znajdujące się w workach zobowiązany będzie odbierać wykonawca.

2. art. 353¹ oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art.

29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 2 pkt 9a Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy ramowej w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i zaburzający wzajemność świadczeń w zakresie, w jakim zgodnie z §15 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy ramowej, wykonawca będzie zobowiązany zapłacić na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 500,00 zł w okresie letnim i w wysokości 10.000,00 zł w okresie zimowym za każdy stwierdzony przypadek odmowy zawarcia umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej, co pozostaje w sprzeczności z zasadami i z celem zawarcia umowy ramowej;

3. art. 353¹ oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art.

29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy ramowej w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający w §15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej, przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za każdy przypadek braku możliwości zgłoszenia wykonawcy konieczności wykonania prac w wysokości 500,00 zł, a okoliczności, których wystąpienie uprawnia do naliczenia kary zostały określone w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmodyfikowania opisu przedmiotu zamówienia poprzez:

a) zmodyfikowanie zasad zapłaty wykonawcy wynagrodzenia poprzez określenie, że Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego

(płaconego w okresach miesięcznych przez cały okres obowiązywania umowy) za utrzymanie standardu oczyszczania oraz określenie standardu utrzymania zimowego i letniego, ewentualnie - poprzez określenie, że Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego (płaconego w okresach miesięcznych przez cały okres obowiązywania umowy) za świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia na zagwarantowanym minimalnym, stałym poziomie przez cały okres realizacji zamówienia oraz wynagrodzenia dodatkowego kosztorysowego stanowiącego wynik ilości prac wykonanych ponad zagwarantowane przez Zamawiającego minimum, które będą zlecane na podstawie umów cząstkowych i z uwzględnieniem cen jednostkowych podanych w kosztorysie, przy jednoczesnym zwiększeniu zakresu czynności dla których zostaną w kosztorysie podane ceny jednostkowe do co najmniej następującego katalogu czynności:

- całodobowy dyżur na przyjmowanie zgłoszeń;
- stały (w określonych z góry dniach i godzinach) patrol mający na celu usuwanie drobnych zanieczyszczeń;
- wywóz 1 m³ śniegu;
- wywóz i zagospodarowanie 1 m³ lub 1 szt. worka z odpadami;
- realizacja sprzętania interwencyjnego;
- oczyszczanie zamienne w okresie zimowym;
- letnie i zimowe oczyszczanie schodów;
- mechaniczne oczyszczanie pasów drogowych technologią zamienną w okresie zimowym;
- ręczne oczyszczanie pasów drogowych technologią zamienną w okresie zimowym;
- letnie mechaniczne oczyszczanie powierzchni oczyszczanych regularnie;
- letnie mechaniczno - ręczne oczyszczanie powierzchni oczyszczanych sporadycznie (rzadziej niż 1 raz w miesiącu);
- zbieranie pojedynczych zanieczyszczeń z określonej powierzchni;
- zimowe oczyszczanie powierzchni ze śniegu lub lodu;
 - zimowe utrzymanie powierzchni z zastosowaniem środków uszorstniających;
- mycie ławek;
- mechaniczne szorowanie płyty rynku;

b) doprecyzowanie zasad, na jakich Zamawiający będzie zlecał zimowe oczyszczanie

poprzez wskazanie, że zakres usług zimowego utrzymania będzie uzgadniany pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą na podstawie prognozy pogody z odpowiednim wyprzedzeniem, przy przyjęciu m.in. zasady, że konieczność wykonywania prac w porze nocnej będzie uzgadniana przez strony do godz. 10:00 rano dnia poprzedzającego i ewentualnie w przypadku niepewnych warunków pogodowych wprowadzenie płatnego dyżuru pracowników lub ryczałtu za gotowość od świadczenia usług;

c) wprowadzenie w kosztorysie ofertowym, oprócz ceny jednostkowej za zimowe i letnie oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola, odrębnej ceny jednostkowej za oczyszczanie w technologii zamiennej, na którą będą się składały: cena jednostkowa za mechaniczne oczyszczanie i cena jednostkowa za ręczne oczyszczanie (odrębnie wyceniane);

d) zmodyfikowanie definicji „mechanicznego zamiatania chodników” (str. 17 SIWZ) poprzez wskazanie, że w przypadku niemożności przeprowadzenia mechanicznego zamiatania danej powierzchni np. ze względu na parkujące pojazdy wykonawca może według własnego wyboru pozamiatać ją ręcznie lub przy użyciu specjalistycznych dmuchaw,

ewentualnie poprzez wskazanie, że wykonawca nie jest zobowiązany do zamiatania powierzchni pod zaparkowanymi samochodami;

e) wprowadzenie w kosztorysie ofertowym odrębnej ceny jednostkowej za realizację obowiązku podkaszania przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika na głębokości 0,3 m w całym ciągu oczyszczanego chodnika oraz podanie w załączniku nr 7a i

nr 7b danych dotyczących powierzchni objętej podkaszaniem;

f) doprecyzowanie w definicji „zbieranie worków”, że wykonawca będzie zobowiązany do usuwania z pasów drogowych tylko tych worków, które zawierają odpady o kodzie 20 03 01 i 20 03 99;

2. usunięcie kary umownej zastrzeżonej w §15 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy ramowej,

3. usunięcie kary umownej zastrzeżonej w §15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej, ewentualnie - obniżenie kary umownej przewidzianej w tym postanowieniu umowy do 100 zł oraz doprecyzowanie, że kara będzie mogła zostać nałożona na wykonawcę jedynie w przypadku gdy brak możliwości zgłoszenia trwa nieprzerwanie przez okres dłuższy niż 3 godziny i wynika z okoliczności leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Pzp. Zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Brak precyzyjnego i wyczerpującego ukształtowania SIWZ powoduje, iż na jego podstawie nie jest możliwym należyte oszacowanie przez wykonawcę ceny oferty.

1. Wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia.

W ramach postępowania Zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą. Zgodnie z zawartą w SIWZ definicją sposobu realizacji zamówienia, na podstawie umowy ramowej Zamawiający przewiduje udzielanie zamówień częściowych wykonawcy na wykonanie określonego zakresu prac. Zamówienia częściowe udzielane będą według bieżących potrzeb Zamawiającego i środków finansowych przeznaczonych na ten cel. Podstawą do realizacji zamówienia częściowego będzie umowa częściowa zawarta z wykonawcą, w której zostanie określony m.in. asortyment prac, zakres oraz lokalizacja prac, a także termin rozpoczęcia i zakończenia prac.

Zgodnie z § 5b ust. 1 wzoru umowy ramowej, za wykonanie przedmiotu umowy częściowej Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie kosztorysowe stanowiące wynik ilości faktycznie wykonanych prac potwierdzonych przez Zamawiającego w protokole odbioru oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie załączonym do umowy ramowej (kosztorysie ofertowym - wykazie cen).

W kosztorysie ofertowym dla części I wykonawca zobowiązany jest podać tylko dwie ceny jednostkowe: cenę jednostkową za m2 letniego oczyszczania pasów drogowych miasta Opola i cenę jednostkową za m2 zimowego oczyszczania pasów drogowych miasta Opola. Z kolei dla części II, trzy ceny jednostkowe:

- 1) cenę jednostkową za m2 letniego oczyszczania pasów drogowych miasta Opola,
- 2) cenę jednostkową za m2 zimowego oczyszczania pasów drogowych miasta Opola,
- 3) cenę jednostkową za m2 zmywanie Płyty Rynku i ul. Krakowskiej.

Oprócz ww. cen jednostkowych Zamawiający nie przewidział żadnego dodatkowego wynagrodzenia za utrzymywanie przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług w okresach, kiedy nie realizuje umów częściowych. Jednocześnie Zamawiający wymaga utrzymywania przez wykonawcę określonych elementów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz podejmowania działań, które nie kwalifikują się do żadnej z pozycji objętych ceną jednostkową, przykładowo:

- wywozu całego śniegu zgromadzonego na chodnikach, w tym również tego uprzątniętego z chodników przez właścicieli nieruchomości przyległych do drogi publicznej (chodniki nie objęte oczyszczaniem) - wszelkie zanieczyszczenia (wraz ze śniegiem i lodem) muszą być usuwane na bieżąco wraz z postępem prac porządkowych, aż do ich całkowitego wywiezienia nie dłużej niż 2 godziny po zakończeniu prac;

- w okresie zimowym wykonywania prac w porze dziennej lub nocnej - każdorazowo uzależnione od temperatury - tj. poniżej zera - w porze nocnej, w technologii zamiennej, tj. stosowanej powyżej zera w porze dziennej - pory zmieniane z dnia na dzień;

- zapewnienia przez wykonawcę przez cały okres trwania umowy, stałego, co najmniej

jednoosobowego patrolu, którego zadaniem będzie bieżące usuwanie zanieczyszczeń;

- gotowości podjęcia prac wynikających z umowy również w soboty, niedziele i Święta;

- w przypadku, gdy natychmiastowe niewykonanie prac skutkować będzie zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, bądź bezpieczeństwa ruchu pojazdów, stawiennictwo Wykonawcy na terenie prac winno nastąpić w terminie nie dłuższym niż 1 godzina od momentu zgłoszenia potrzeby wykonania prac w trybie pilnym.

Ponadto, niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie wykonawca realizuje zamówienia częściowe, przez cały okres obowiązywania umowy ramowej zobowiązany jest posiadać ściśle określony potencjał sprzętowy i kadrowy, w szczególności:

- bazę sprzętowo - magazynową wyposażoną m. in. w legalizowaną wagę, zadaszony magazyn środków do zwalczania śliskości, zaplecze biurowe - dyspozytornię wyposażoną w całodobową łączność telefoniczną;

- opisany szczegółowo sprzęt w tym wysokiej klasy zmiatarkę oraz łącznie 15 różnego rodzaju pojazdów (ciągniki, samochody skrzyniowe i ciężarowe, ładowarka itp.) oraz wiele dodatkowych urządzeń;

- zapewnić całodobowe dysponowanie samochodem dla celów kontroli wykonywania prac na powierzonym rejonie;

- pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o prace w zakresie i okresie realizacji zamówienia.

Sformułowane przez Zamawiającego wymogi nakładają na wykonawcę obowiązek zachowania gotowości do świadczenia usług de facto w pełnym zakresie przez cały okres obowiązywania umowy ramowej (wykonawca nie ma pewności kiedy i czy zostanie mu zlecona usługa w ramach umowy częściowej dlatego przez cały okres obowiązywania umowy ramowej musi utrzymywać taką gotowość, jakby realizował usługę), co powoduje że generują konieczność poniesienia bardzo wysokich kosztów stałych - niezależnych od ilości zrealizowanej pracy, jak i zmiennych. Same nakłady na zakup niezbędnego sprzętu to kwota rzędu ponad 1 000 000,00 zł, natomiast miesięczne koszty wynagrodzeń grupy pracowników niezbędnej do realizacji zadań przy zleceniu pełnego średniego zakresu zadań wynikającej chociażby z formularza ofertowego oraz amortyzacji wymaganego sprzętu, niezależne od zakresu faktycznie zrealizowanych prac to kwota rzędu 140 000,00 - 150 000,00 zł. Do kosztów tych należy doliczyć uzależnione już od ilości zleceń, również niebagatelne koszty paliwa i zagospodarowania odpadów czy też środków uszrostniających.

W § 5b ust. 5 wzoru umowy ramowej wskazano, że ilości określone w kosztorysie ofertowym i wykazie powierzchni do oczyszczania są ilościami szacunkowymi. Wykonawca nie będzie zgłaszał roszczeń z tytułu niewykonania zamówienia w ilościach tam podanych, co oznacza, że Zamawiający może nie zrealizować pełnego zakresu wynikającego z kosztorysu ofertowego i wykazu powierzchni do oczyszczania. Ponadto, stosownie do ust. 6, jeżeli jest to niezbędne do realizacji prac Zamawiający ma prawo na piśmie zlecać wykonawcy:

1) zwiększenie lub zmniejszenie ilości i częstotliwości prac objętych kosztorysem ofertowym i wykazem powierzchni do oczyszczania;

2) pominięcie jakichkolwiek prac;

3) zmienić kolejność wykonania prac.

W § 5 b ust. 7 wzoru umowy ramowej, Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany ilości i częstotliwości prac podanych w kosztorysie ofertowym i wykazie powierzchni do oczyszczania zgodnie z ust. 6 pkt 1 - 3, z zastrzeżeniem, że ostateczna wartość wykonanych prac nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 3 tego postanowienia umowy.

Takie ukształtowanie postanowień SIWZ i OPZ uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty. Powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia a samo świadczenie jest uznaniowe. Możliwość dowolnego kształtowania przez Zamawiającego zakresu świadczenia wpływa nie tylko na brak możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia, ale powoduje również, że w postępowaniu brak jest zagwarantowania planowania działań, tj. pracy dziennej w określonym wymiarze godzinowym. Wykonawca ma być w gotowości całodobowej z pilną reakcją na każdą interwencję, co zwłaszcza w okresie zimowym kompletnie nie pozwala na zapewnienie planowania pracy pracownikom.

Określenie przez Zamawiającego minimalnego poziomu zleconych prac w ciągu miesiąca ma także wpływ na bieżące działania operacyjne wykonawcy, który mając około 20

osób na jedno zadanie zatrudnionych na umowę o pracę, wie mniej więcej w jaki sposób planować urlopy pracowników i efektywnie zarządzać ich pracą w przeciągu dnia/tygodnia/miesiąca. Pozwala to uniknąć sytuacji, w której w ciągu jednego tygodnia zamawiający zleca do wykonania tylko 10 000 m² przy pełnej obsadzie pracowników wykonawcy, a w tygodniu kolejnym (np. obfitych opadów śniegu) otrzymuje on zlecenie na codzienne wykonanie akcji odśnieżania i zwalczania śliskości na całym rejonie np. II, tj. ok. 4 000 000 m², czego wykonawca nie jest w stanie zrealizować w terminie.

2. Zlecenie usług w ramach zimowego utrzymania.

Zamawiający nie precyzuje, na jakich zasadach będzie zlecał zimowe oczyszczanie, w tym, z jakim wyprzedzeniem będzie informował i uzgadniał z wykonawcą zakres prac.

Doprecyzowanie zasad, na jakich Zamawiający będzie zlecał ww. prace jest niezbędne, gdyż bez tych informacji wykonawca nie jest w stanie w należyty sposób oszacować cenę oferty. Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości, co w przypadku okresu zimowego jest bardzo kosztotwórcze, gdyż wymaga zapewnienia zarówno sprzętu, jak i zagwarantowania pracowników, których będzie można oddelegować do świadczenia usług oczyszczania. Z uwagi na regulację prawa pracy oraz sytuację na rynku pracowniczym wykonawca nie jest w stanie zapewnić ciągłej dostępności wymaganego personelu, np. w ciągu 1 godziny (również w porze nocnej) zapewnić skierowanie do pracy 25 osób.

W związku z powyższym, zasadne jest żądanie wprowadzenia postanowień, zgodnie z którymi uzgodnienie prac związanych z zimowym oczyszczaniem będzie następowało

z odpowiednim wyprzedzeniem i przy wprowadzeniu wynagrodzenia za gotowość.

3. Formularz ofertowy - cena jednostkowa.

Zgodnie z pkt 16 SIWZ definicje, Zamawiający przewidział trzy różne technologie oczyszczania: technologię letnią, technologię zimową oraz technologię zamienną. Każda z nich została odrębnie zdefiniowana i obejmuje inny zakres czynności oraz wymaga zaangażowania przez wykonawcę innych sił i środków technicznych w celu oczyszczenia danej powierzchni.

Technologia zamienna nie może być rozliczana w ramach technologii zimowej, gdyż obie te technologie generują zupełnie różne koszty i nie jest możliwym zaoferowanie jednej uśrednionej ceny jednostkowej za realizację tego elementu przedmiotu zamówienia, która będzie adekwatna niezależnie od zastosowanej technologii oczyszczania. W wielu przypadkach może dojść do sytuacji, gdy cały miesiąc zimowy będzie realizowany przy zastosowaniu technologii zamiennej. Technologia zamienna nie powinna być rozliczana przy zastosowaniu technologii zimowej, ponieważ nie są w niej przewidziane chociażby koszty związane ze środkami do zwalczania śliskości. Ponadto, nie sposób na etapie składania ofert przewidzieć, w jakich proporcjach wykonawca będzie świadczył usługi w danej technologii, ponieważ wybór technologii uzależniony jest bezpośrednio od warunków atmosferycznych.

Technologia zamienna nie powinna być również rozliczana stawką, jak za technologię letnią, ponieważ stan przygotowania sprzętowego oraz personalnego w okresie zimowym jest znacznie większy niż w okresie letnim, a tym samym, koszty stałe są większe niż w okresie letnim. W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości, że rozliczenie stosowania technologii zamiennej powinno być realizowane przy zastosowaniu oddzielnej ceny jednostkowej.

Ponadto, technologia zamienna generuje różne koszty w zależności od tego, czy wykonawca będzie zobowiązany zastosować oczyszczenie mechaniczne czy ręczne (różne zaangażowanie sprzętowe i osobowe), co przy braku podziału tej technologii na dwie kategorie również w tym zakresie uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia.

4. Mechaniczne zamiatanie chodników - parkujące pojazdy.

W definicji „mechanicznego zamiatania chodników” (SIWZ) Zamawiający narzucił wykonawcom sposób realizacji usługi, wskazując, że w przypadku niemożności przeprowadzenia mechanicznego zamiatania danej powierzchni, np. ze względu na parkujące pojazdy, należy pozamiatać ją ręcznie, co jest nieefektywne i powoduje, że wykonawca zostaje obciążony ryzykiem uszkodzenia pojazdów, i w efekcie może zostać zobowiązany do zapłaty odszkodowania. Dużo bardziej efektywne i generujące dużo mniejsze ryzyko uszkodzenia zaparkowanych pojazdów jest oczyszczanie powierzchni pod zaparkowanymi pojazdami za pomocą dmuchaw.

5. Podkaszanie przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika.

W definicji „mechanicznego zmiatania chodników” (pkt 2 SIWZ) i „ręcznego zmiatania chodników” (pkt 4 SIWZ) Zamawiający wprowadził obowiązek podkaszania przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika na głębokości 0,3 m w całym ciągu oczyszczanego chodnika, nie przewidując przy tym w kosztorysie ofertowym odrębnej ceny jednostkowej za wykonanie tego elementu prac oraz nie uwzględniając i nie podając powierzchni objętej podkaszaniem w załączniku nr 7a i nr 7b stanowiących wykaz powierzchni do oczyszczania, co uniemożliwia oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty. Przy ogólnym założeniu, że w ramach części 1 zamówienia usługą oczyszczania objętych jest pok. 70 km chodników, dodatkowe wykaszanie może objąć powierzchnię koszenia ponad 20 000 m². Brak informacji o obszarze, jaki może zostać objęty podkaszaniem i przyjęcie przez wykonawców w tym zakresie różnych założeń może doprowadzić do nieporównywalności ofert.

6. Zbieranie worków.

Zgodnie z definicją zawartą w pkt 9 SIWZ, poprzez zbieranie worków należy rozumieć usuwanie worków z zanieczyszczeniami z pasów drogowych poszczególnych rejonów. Zebrane worki należy wywieźć na składowisko odpadów. Przewidywana ilość worków z zanieczyszczeniami przeznaczonymi do usunięcia w Rejonie I i w Rejonie II to po 5 000 szt.

Zamawiający nie doprecyzował, jakiego rodzaju odpady znajdujące się w workach zobowiązany będzie odbierać wykonawca, co uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty. Koszt zbierania odpadów różni się w zależności od ich rodzaju. Inne są koszty odbioru worków zawierających odpady zmieszane, a inne są koszty np. odbioru odpadów gabarytowych, budowlanych czy niebezpiecznych.

II. Odnosnie zarzutów dotyczących wzoru umowy.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Treść postanowień umownych jest istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia.

1. Kara umowna za każdy przypadek odmowy zawarcia umowy częściowej.

W §15 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy ramowej Zamawiający określił karę umowną w wysokości 500 zł w okresie letnim i w wysokości 10.000,00 zł w okresie zimowym za każdy stwierdzony przypadek odmowy przez wykonawcę zawarcia umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej, co pozostaje w sprzeczności z zasadami i z celem zawarcia umowy ramowej.

Zgodnie z art. 2 pkt 9a Pzp, przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości.

Skoro z istoty umowy ramowej wynika, że zawarcie jej nie powoduje powstania po stronie wykonawcy zobowiązania do uczestnictwa w postępowaniach zmierzających do udzielenia zamówień częściowych, to za niezasadnione oraz sprzeczne z zasadami i celem zawarcia umowy ramowej należy uznać zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kary umownej za odmowę zawarcia umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej. Zwłaszcza, gdy tak jak w tym przypadku, Zamawiający nie gwarantuje żadnego minimalnego poziomu usług, a wykonawca nie ma żadnej pewności co do tego, kiedy i na jaki okres otrzyma zamówienie w ramach umowy częściowej.

2. Kara umowna za każdy przypadek braku możliwości zgłoszenia konieczności wykonania prac.

W §15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej, Zamawiający określił karę umowną w wysokości 500,00 zł za każdy przypadek braku możliwości zgłoszenia wykonawcy konieczności wykonania prac (telefon wyłączony, znajdujący się poza zasięgiem lub inną okoliczność uniemożliwiająca zgłoszenie). Przedmiotowa kara umowna jest rażąco wygórowana, zwłaszcza że brak możliwości zgłoszenia konieczności prac może wynikać z przyczyn niezależnych i niezawinionych przez wykonawcę, takich jak np. awaria sieci operatora telekomunikacyjnego czy też brak zasięgu operatora na danym terenie, na co wykonawca nie ma żadnego wpływu. Ponadto, przedmiotowe postanowienie nie precyzuje, jakie warunki muszą być spełnione żeby można było uznać, że brak jest możliwości zgłoszenia

konieczności prac - czy wystarczy jednorazowa nieudana próba Zamawiającego czy konieczny jest upływ jakiegoś okresu czasu np. 2-3 godzin, w ciągu których Zamawiający nie może skontaktować się z wykonawcą.

W toku posiedzenia Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty zawarte w odwołaniu w podpunkcie 1 litera c, d i f. Odwołujący podtrzymał pozostałe zarzuty w całości.

Wykonawca ELKOM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. W wyniku uwzględnienia odwołania Przystępujący będzie miał możliwość sporządzenia i złożenia właściwie skalkulowanej oferty z szansą na uzyskanie zamówienia. Przystępujący przyłączył się do wniosków Odwołującego zgłoszonych w odwołaniu, popierając argumentację w ramach podniesionych zarzutów

Pismem z dnia 22 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 20.08.2019 r. dokonał zmian w treści SIWZ w celu doprecyzowania postanowień w zakresie: rozdziału 4 (opis przedmiotu zamówienia); rozdziału 9 (wykluczenie warunki udziału w postępowaniu); załącznika nr 3 (wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia); załącznika nr 4 (wykaz usług); części II SIWZ (umowie ramowej w §5b ust. 5, ust. 6 i 7); rozdziale 18 (miejsce, termin i sposób złożenia oferty); rozdziale 19 (miejsce i termin otwarcia ofert); rozdziale 20 (termin związania ofertą). Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Zamawiający podniósł, co następuje.

Zamawiający wskazał, iż z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia zmuszony jest zawierać umowy cząstkowe przez cały rok. Nie jest jednak w stanie określić z góry na cały rok częstotliwości, a tym samym ilości prac koniecznych do wykonania z przyczyn niezależnych od Zamawiającego takich jak warunki atmosferyczne, zachowania mieszkańców, odbywające się wydarzenia społeczno — kulturalne itp. W załączeniu Zamawiający przedstawił wykaz umów cząstkowych realizowanych w latach 08.2017 r. - 08.2019 na potwierdzenie, że zawierał umowy cząstkowe z jednym wykonawcą sposób ciągły.

Zdaniem Zamawiającego, ustalone w SIWZ zasady rozliczania kosztorysowego w przypadku tego rodzaju przedmiotu zamówienia w pełni odpowiadają określonym przepisami prawa zasadom wydatkowania przez Zamawiającego środków publicznych określonych w art. 44 ust. 3 pkt 1-2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Zamawiający wyjaśnił, że koszty wywozu śniegu zgromadzonego na chodnikach, w tym również tego uprzątniętego z chodników przez właścicieli nieruchomości przyległych do drogi publicznej wykonawca powinien uwzględnić w cenach jednostkowych za oczyszczanie, podobnie jak koszty wykonywania prac w porze dziennej lub nocnej w okresie zimowym.

Zamawiający wskazał, że wymóg zapewnienia przez wykonawcę przez cały okres trwania umowy stałego, co najmniej jednoosobowego patrolu, którego zadaniem będzie bieżące usuwanie zanieczyszczeń dotyczy jedynie godzin rzeczywistej realizacji oczyszczania przez wykonawcę.

Ponadto, wykonawca, w związku z możliwością zmiany harmonogramu wykonywanych prac, musi być gotowy podjąć prace wynikające z umowy również w soboty, niedziele i Święta. Obowiązek ten nie dotyczy zbierania i wywiezienia zanieczyszczeń uprzątniętych z chodników

przez właścicieli nieruchomości przyległych do drogi publicznej. Dni, w których mają się odbywać prace porządkowe muszą być wcześniej ustalone z Zamawiającym. Ma to związek z warunkami atmosferycznymi, które mogą uniemożliwić należyte wykonanie prac (deszcz), bądź spowodują, że zlecone prace zostaną wykonane, ale efekt będzie krótkotrwały (wichury); imprezami plenerowymi, które wymuszą przesunięcie prac na inny dzień, niż zakłada harmonogram; niedzielami i świętami, jeśli niezbędne będzie oczyszczenie danego obszaru w związku z ich obchodami. Koszty związane z wykonywaniem prac wynikających z umowy również w soboty, niedziele i Święta, wykonawca powinien uwzględnić w cenach jednostkowych za oczyszczanie.

W przypadku, gdy natychmiastowe niewykonanie prac skutkować będzie zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, bądź bezpieczeństwa ruchu pojazdów, stawiennictwo wykonawcy na terenie prac winno nastąpić w terminie nie dłuższym niż 1 godzina od momentu zgłoszenia potrzeby wykonania prac w trybie pilnym. Wymóg ten dotyczy nadzwyczajnych sytuacji,

trudnych do przewidzenia, a koszty związane z czasem reakcji w trybie pilnym wykonawca powinien uwzględnić w cenach jednostkowych za oczyszczanie.

W związku z charakterem prac objętych postępowaniem Zamawiający określił w SIWZ, iż pożądanym jest w okresie realizacji umów częściowych dysponowanie przez wykonawcę sprzętem, bazą sprzętowo-magazynową oraz osobami w odpowiedniej ilości umożliwiającym wykonanie umowy częściowej.

Zamawiający wyjaśnił, że nie wymaga od wykonawcy świadczenia usług wyłącznie na jego rzecz. Wskazał, że Odwołujący oprócz zamówienia na całoroczne oczyszczanie chodników realizuje dla Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu również inne zamówienia związane z oczyszczaniem pasów drogowych (w załączeniu wykaz umów). W tych warunkach trudno podzielić argumenty Odwołującego o konieczności poniesienia wysokich kosztów stałych, jak i zmiennych, w tym nakładów na zakup niezbędnego sprzętu oraz kosztów osobowych na potrzeby tego zadania. Przy tym Odwołujący, jak wynika z wpisu na jego oficjalnej stronie internetowej, jest profesjonalistą w świadczeniu usług, o których mowa w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wyjaśnił, że wprowadził zmiany do SIWZ w §5b ust. 5, ust. 6 i 7 wzoru umowy ramowej. Zdaniem Zamawiającego, pod pozorem nieprawidłowości w opisanu przedmiotu zamówienia Odwołujący usiłuje narzucić Zamawiającemu rozliczenie usług według miesięcznego ryczaftu nie odpowiadającego faktycznemu ich wykonaniu w miejsce wynagrodzenia za faktyczną ilość wykonanych prac, gdy ceny jednostkowe za m² oczyszczonej powierzchni pozwalają kształtować wynagrodzenie wykonawcy w odniesieniu do faktycznego wykonania usług. Wykonawca ma pełną swobodę w kształtowaniu swojej ceny ofertowej, a tym samym może uwzględnić w cenie koszty pozostawiania w tzw. gotowości do wykonania usług czy też koszty sprzętu oraz ewentualne ryzyko, gdyż nie jest możliwe zagwarantowanie ilości i częstotliwości oczyszczania chodników z rocznym wyprzedzeniem. To warunki atmosferyczne oraz wydarzenia na terenie miasta Opola determinują w istotnej mierze zakres konieczny oczyszczania.

Argumentacja Odwołującego nie uzasadnia zmiany przez Zamawiającego charakteru umowy na umowę z miesięcznym wynagrodzeniem ryczałtowym. Takie ukształtowanie wynagrodzenia nie odpowiadałoby rzeczywistemu wykonaniu usług w danym miesiącu. Zaś określenie z góry na cały rok ilości i częstotliwości spowoduje, że albo Zamawiający zleci więcej usług niż potrzebuje z naruszeniem zasady celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych, albo zleci za mało, ryzykując niezachowanie czystości lub usuwania śliskości w mieście, a przy tym z naruszeniem interesu publicznego, który wymaga, aby środki publiczne na realizację zadań publicznych wydatkowane były przez jednostkę sektora finansów publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących. osiągnięciu założonych celów; w sposób umożliwiający terminową realizację zadań.

Na koszty wykonawcy decydujący wpływ ma ilość oczyszczonej powierzchni i za pomocą tego miernika powinno być kształtowane wynagrodzenie wykonawcy. Wykonawca jest w stanie określić w oparciu o jawne dane historyczne minimalny i maksymalny zakres oczyszczania w roku, a nawet w poszczególnych miesiącach. Zamawiający podkreślił, że oczyszczanie chodników jest zadaniem całorocznym. Zamawiający zawierał umowy częściowe średnio na okres dwóch tygodni, określając ulice (wraz z powierzchnią oczyszczaną) oraz krotność oczyszczania w danym okresie. Zamawiający nie widział potrzeby określenia harmonogramu oczyszczania poszczególnych ulic zdając się na profesjonalizm wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego, wykonawca w istocie niniejszym odwołaniem wymusza na Zamawiającym przerzucenie na Zamawiającego ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia z całą pewnością pozwala na rzetelne sporządzenie oferty, poprzez obliczenie stosownych danych oraz wycenę ryzyka, które może zaistnieć podczas wykonania umowy. Z całą pewnością dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, dostępne dane historyczne z realizacji umów tego rodzaju w poprzednich latach nie daje podstaw do twierdzenia, że sporządzenie oferty przez Odwołującego jest niemożliwe bądź obarczone nadmiernym ryzykiem.

W związku z powyższym nieuzasadnione jest żądanie zmodyfikowania zasad zapłaty wynagrodzenia na ryczałtowe (płacone w okresach miesięcznych przez cały okres obowiązywania umowy) za utrzymanie standardu oczyszczania oraz określenie standardu utrzymania zimowego i letniego.

Zamawiający wskazał również, że uregulowanie zasad zimowego oczyszczania określone w SIWZ jest wystarczające i nienaruszające prawa, albowiem:

- zgodnie z §5 ust. 3 wzoru umowy ramowej:

Zamawiający zgłosi Wykonawcy na adres e—mail lub nr faksu wskazany w niniejszej Umowie, a w przypadku konieczności, również drogę telefoniczną, potrzebę wykonania Prac przekazując postanowienia Umowy częściowej. Zgłoszenie prac planowanych do wykonania w danym okresie rozliczeniowym stanowiącym miesiąc kalendarzowy będzie przekazywane

Wykonawcy do 15 dnia poprzedniego miesiąca, co nie wyłącza możliwości zgłoszenia prac w każdym czasie z 48-godzinny wyprzedzeniem, gdy zaistnieje taka potrzeba.”.

Zgodnie z SIWZ, „Zamawiający zastrzega, że częstotliwość prac przypadająca na tydzień będzie regulowana w zależności od potrzeb Zamawiającego na chodnikach, placach zieleniach, ciągach pieszych i pieszo-rowerowych oraz rondach (terenach zielonych) i przejściach podziemnych — nie dotyczy oczyszczania zimowego, ponieważ tutaj częstotliwość i powierzchnia przeznaczona do oczyszczania jest uzależniona od warunków atmosferycznych (intensywność i częstotliwość opadów śniegu, mróz)”.

„Dni, w których mają się odbywać prace porządkowe muszą być wcześniej ustalone z Zamawiającym. Ma to związek z: warunkami atmosferycznymi, które mogą uniemożliwić należyte wykonanie prac (deszcze), bądź spowodują, że zlecone prace zostaną wykonane, ale efekt będzie krótkotrwały (wichury): imprezami plenerowymi, które wymuszą przesunięcie prac na inny dzień, niż zakłada harmonogram: niedzielami i świętami, jeśli niezbędne będzie oczyszczenie danego obszaru w związku ich obchodami”: Nadto Zamawiający określił w SIWZ, że w te miesiące roku, kiedy temperatura powietrza jest ujemna, występują opady śniegu, marznącego deszczu, itp. (w okresie zimowym) prace będą wykonywane w porze nocnej (od 22.00 do 600). Prace mają być wykonywane tak aby zapewnić bezpieczeństwo mieszkańców na chodnikach i przystankach w ciągu dnia. Praca w porze dziennej odbywać się może tylko jako kontynuacja rozpoczętych prac nocnych, i tylko wtedy gdy będą tego wymagały warunki atmosferyczne i będzie to niezbędne w celu zapewnienia bezpieczeństwa mieszkańców.

Nadto, zgodnie z zapisami SIWZ zawartymi w rozdziale 4 (czas reakcji na wykonanie prac w trybie pilnym, w przypadku, gdy natychmiastowe niewykonanie prac skutkować będzie zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, bądź bezpieczeństwa ruchu pojazdów, stawiennictwo Wykonawcy na terenie prac winno nastąpić w terminie nie dłuższym niż 1 godzinę od momentu zgłoszenia potrzeby wykonania prac w trybie pilnym. Przyjmuje się zatem, że niniejszy okres stanowi czas reakcji wskazany w formularzu oferty. Powyższe ma zastosowanie w okresie zimowym, tj. od 1 listopada do 31 marca.

Zamawiający wyjaśnił, że w ramach dokonanej zmiany treści SIWZ w pkt 15 (technologie oczyszczania) określono dwie technologie oczyszczania, tj. a) technologię letnią i b) technologię zimową.

W odniesieniu do mechanicznego zmiatania chodników Zamawiający precyzyjnie określił sposób wykonania czynności składających się na przedmiot zamówienia, zaś wykonawca w sposób nieuprawniony kwestionuje wymagania zamawiającego. Stosowanie dmuchaw na terenie miasta Opola jest zabronione na mocy uchwały Nr XXXV 11/403/2018 Sejmiku Województwa Opolskiego z dnia 30 stycznia 2018 r., w sprawie przyjęcia „Programu ochrony powietrza dla strefy opolskiej i miasta Opola ze względu na Przekroczenie poziomów dopuszczalnych pyłu PM 10 i poziomiu docelowego benzo(a)pirenu oraz poziomów dopuszczalnych pyłu PM 2,5, ozonu i benzenu dla strefy opolskiej”, w której *in. in* jest zapis dot. całorocznego zakazu używania dmuchaw do sprzątania ulic, chodników i placów oraz usuwania liści z ulic, chodników i trawników na terenach zabudowanych.

W zakresie obowiązku podkaszania przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika Zamawiający wyjaśnił, że wprowadził zmiany w SIWZ w zakresie warunków wykonania przedmiotu zamówienia i zawartych w pkt2 i 3 definicji („mechanicznego zmiatania chodników ” i „ręcznego zmiatania chodników. Podkaszanie przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika należy wykonać tak, aby było widoczne obrzeże lub krawędź chodnika, w całym ciągu oczyszczanego chodnika. Zmiatanie wiąże się z usunięciem zanieczyszczeń z całej czyszczonej powierzchni, a także z zebraniem, transportem i wywiezieniem odpadów na składowisko odpadów. Jednocześnie, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego jest żądanie określenia powierzchni zajętej przez rośliny zachodzące na chodnik. Mając nawet dane, co do długości terenu zielonego wzdłuż wszystkich chodników w mieście Opolu. Zamawiający nie jest w stanie określić na rok z góry, że rośliny z tego terenu będą zachodzić na chodnik. A więc wymaganie Odwołującego podania powierzchni objętej podkaszaniem w załącznikach nr 7a i nr 7b stanowiących wykaz powierzchni do oczyszczania jest tak samo niewykonalne jak określenie ilości brudu na chodnikach czy prognozy pogody na cały rok. Wykonawca powinien uwzględnić cenę za wykonanie tego rodzaju prac w cenie jednostkowej za oczyszczanie.

W zakresie definicji „zbieranie worków” Zamawiający celem doprecyzowania wprowadził zmiany w SIWZ w zakresie warunków wykonania przedmiotu zamówienia

i zawartej w pkt 8 definicji zbierania worków.

Odnosnie zarzucanego naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 §2 k.c. w związku z art. 7, art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 2 pkt 9a Pzp, poprzez sporządzenie wzoru umowy ramowej w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i zaburzający wzajemność świadczeń w zakresie, w jakim zgodnie z § 15 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy ramowej, wykonawca będzie zobowiązany zapłacić na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 500,00 zł w okresie letnim i w wysokości 10.000,00 zł w okresie zimowym za każdy stwierdzony przypadek odmowy zawarcia umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej, co pozostaje w sprzeczności z zasadami i z celem zawarcia umowy ramowej, Zamawiający wskazał, że uregulowanie we wzorze umowy ramowej ww. kary umownej — zarówno co do samej jej zasady jak i co do jej wysokości w żadnym razie nie narusza zasad i celu zawarcia umowy ramowej. W sytuacji, w której Zamawiający będzie zobowiązany zlecać realizację umów częściowych w danym okresie jednemu tylko wykonawcy, wprowadzona do wzoru umowy ramowej kara umowna za każdy stwierdzony przypadek odmowy zawarcia umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej (§ 15 ust. 1 pkt 3) jest konieczna i uzasadniona. Ustalone stawki kar umownych (tj. wyższa w okresie zimowym — 10 000 zł z uwagi na obiektywnie większe skutki jakie może spowodować odmowa zawarcia umowy częściowej w tym czasie oraz niższa w okresie letnim — 500 zł) według Zamawiającego będą skutecznie chroniły interes publiczny, który w przypadku braku tego rodzaju kar umownych byłby zagrożony, choćby z uwagi na fakt. Zamawiający pozbawiłby się możliwości zlecenia realizacji usług podmiotowi, którego oferta była uznana za najkorzystniejszą.

Przepisy Pzp regulujące instytucję umowy ramowej nie stoją w sprzeczności takiemu ukształtowaniu jej treści na zasadzie swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., aby w jak najwyższym stopniu zabezpieczyć interes publiczny, w tym Zamawiającego. Umowa ramowa nie może być „martwa” i nie zabezpieczać w sposób skuteczny interesu publicznego, w sytuacji w której Zamawiający będzie nabywał usługi objęte umową ramową od jednego wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego przyjąć trzeba, że dopuszczalny będzie zapis umowy ramowej dotyczący zasad naliczania kar umownych za odmowę zawarcia umowy częściowej w sytuacji, w której umowa ramowa zawarta będzie z jednym tylko wykonawcą. Tego rodzaju regulacja w zakresie kar umownych nie sprzeciwia się naturze stosunku łączącego strony umowy ramowej. ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Podkreślił, że zapisy tego rodzaju były stosowane w uprzednio zawieranych umowach ramowych pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym. Odwołujący nigdy nie protestował przeciwko ich treści.

W ocenie Zamawiającego, za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 7, art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie wzoru umowy ramowej w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający w §15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej, przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za każdy przypadek braku możliwości zgłoszenia wykonawcy konieczności wykonania prac w wysokości 500,00 zł, a okoliczności, których wystąpienie uprawnia do naliczenia kary zostały określone w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Zamawiający wyjaśnił, że okoliczności wskazane w § 15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej uprawniające Zamawiającego do naliczenia kary umownej są określone w sposób zrozumiały. Wymienione okoliczności, aby zaktualizować określoną sankcję cywilną muszą powodować skutek w postaci braku możliwości zgłoszenia wykonawcy przez Zamawiającego wykonania prac, co wynika wprost z treści ww. przepisu umowy. W jego ocenie, stawka kary umownej 500,00 zł nie jest rażąco wygórowana. Jest adekwatna do rodzaju naruszenia warunków umowy ramowej, a przy tym pozwoli skutecznie ochronić interes publiczny w realizacji umowy. Kara umowna w przypisanej wysokości ma na celu ograniczenie ryzyka niezachowania czystości lub usuwania śliskości w mieście Opolu w danym okresie czasu. Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem obciążyć wykonawców. Zauważyć należy, że wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi obciążony poprzez właściwą wycenę oferty (tu: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt sprawy: X Ga 67/08).

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgłaszający przystąpienie wykonawca ELKOM sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: „Oczyszczanie miasta w zakresie: całoroczne oczyszczanie pasów drogowych Rejonu I i II, w tym oczyszczanie chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych oraz przejść podziemnych”. Przedmiotowe zadanie zostało podzielone na 2 części (2 Rejony).

Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu umowy zobowiązany jest m.in. do:

- a) Oczyszczania chodników w zakresie: mechaniczne zamiatanie chodników, ręczne zamiatanie chodników, usuwanie zanieczyszczeń, likwidacja śliskości zimowej
- b) Oczyszczania ciągów pieszych i pieszo-rowerowych w zakresie: mechaniczne zamiatanie, ręczne zamiatanie, usuwanie zanieczyszczeń, likwidacja śliskości zimowej
- c) Oczyszczania terenów zieleni w pasach drogowych w zakresie: usuwanie zanieczyszczeń, zgrabienie drobnych gałęzi i zalegających liści;
- d) Oczyszczania przejść podziemnych i schodów w zakresie: mechaniczne zamiatanie, ręczne zamiatanie, usuwanie zanieczyszczeń, likwidacja śliskości zimowej.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i warunki realizacji zadania zawierają zapisy SIWZ wraz z załącznikami oraz zapisy umowy ramowej.

Zamawiający określił, że „na podstawie Umowy Ramowej przewiduje się udzielanie Zamówień częściowych Wykonawcy na wykonanie określonego przez Zamawiającego zakresu Prac. Zamówienia częściowe udzielane będą według bieżących potrzeb Zamawiającego i środków finansowych przeznaczonych na ten cel. Podstawą do realizacji Zamówienia częściowego będzie Umowa częściowa zawarta z Wykonawcą w formie pisemnej, w której zostaną określone następujące postanowienia:

- asortyment prac,
- zakres oraz lokalizacja prac,
- termin rozpoczęcia i zakończenia realizacji prac.

a w razie potrzeby także:

- harmonogram realizacji prac,
- termin przekazania terenu prac, jeżeli jest inny niż termin rozpoczęcia prac.”

Zamawiający określił Szczegółowe warunki realizacji zamówienia, wskazując m.in., że „W ramach realizacji zadania Wykonawca ma obowiązek przestrzegania następujących szczegółowych warunków realizacji zamówienia:

- Tereny objęte sprzątnięciem dotyczą całości chodników, placów, zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych oraz rond (terenów zielonych) i przejść podziemnych z wyłączeniem terenów mających inną przynależność niż do Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu wymienione w załączniku pn. Wykaz powierzchni do oczyszczania - Rejon 1, których obowiązek utrzymania w czystości - zgodnie z wyżej cytowanymi regulacjami ustawowymi - należy do gminy Miasta Opola, tj. Zamawiającego. Są to wszystkie chodniki, które nie przylegają bezpośrednio do granicy nieruchomości sąsiadującej z pasem drogowym (w tym chodniki i schody na mostach i wiaduktach), chyba, że kwalifikują się do wcześniej wymienionych wyjątków (zarówno w porze letniej jak i zimowej).

- Wykonawca ma obowiązek zebrać i wywieźć wszelkie zanieczyszczenia, dotyczy to również śniegu i lodu uprzątniętego z chodników przez Właścicieli nieruchomości przyległych do drogi publicznej zgodnie z wyżej cytowanymi regulacjami.

- Zamawiający zastrzega, że częstotliwość prac przypadająca na tydzień będzie regulowana w zależności od potrzeb Zamawiającego na chodnikach, placach, zieleńcach, ciągach pieszych i pieszo-rowerowych oraz rondach (terenach zielonych) i przejściach podziemnych - nie dotyczy oczyszczania zimowego, ponieważ tutaj częstotliwość i powierzchnia przeznaczona do oczyszczania jest uzależniona od warunków atmosferycznych (intensywność i częstotliwość opadów śniegu, mróz).

- Niedopuszczalne jest w czasie prac porządkowych zabrudzenie innej, nie oczyszczanej w danym momencie części pasa ruchu drogowego (np. zabrudzenie jezdni, zieleńca w czasie oczyszczania chodnika);

- Prace będą wykonywane:

a) W porze dziennej: te miesiące w roku, kiedy temperatura powietrza jest dodatnia (w okresie letnim).

Praca w porze nocnej w okresie letnim może się odbywać tylko w wyjątkowych sytuacjach i tylko po akceptacji przez Zamawiającego w szczególności w chwili wystąpienia anomalii pogodowych, a w tym: wystąpienia ujemnej temperatury powietrza, opadów gradu, śniegu, marznącego deszczu, tzn. warunków które będą wymagały podjęcie prac w porze nocnej dla zapewnienia bezpieczeństwa Mieszkańców.

b) W porze nocnej: te miesiące w roku, kiedy temperatura powietrza jest ujemna, występują opady śniegu, marznącego deszczu, itp. (w okresie zimowym). Prace mają być wykonywane tak aby zapewnić bezpieczeństwo mieszkańców na chodnikach i przystankach w ciągu dnia.

Praca w porze dziennej odbywać się może tylko, jako kontynuacja rozpoczętych prac nocnych, i tylko wtedy gdy będą tego wymagały warunki atmosferyczne i będzie to niezbędne w celu zapewnienia bezpieczeństwa mieszkańców."

„W godzinach rzeczywistej realizacji oczyszczania przez Wykonawcę, Wykonawca ma obowiązek zapewnić stały, co najmniej jednoosobowy patrol, którego zadaniem będzie bieżące usuwanie zanieczyszczeń [...]”.

„Wykonawca w związku z możliwością zmiany harmonogramu wykonywanych prac musi być gotowy podjąć prace wynikające z umowy również w soboty, niedziele i Święta. Obowiązek ten nie dotyczy zbierania i wywiezienia zanieczyszczeń uprzątniętych z chodników przez właścicieli nieruchomości przyległych do drogi publicznej.

UWAGA: W szczególnych przypadkach Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmian godzin mechanicznego lub ręcznego oczyszczania wyznaczonych miejsc oraz do zmian częstotliwości oczyszczanych powierzchni.”

Zgodnie z §5 ust. 3 wzoru umowy ramowej, „Zamawiający zgłosi Wykonawcy na adres e—mail lub nr faksu wskazany w niniejszej Umowie, a w przypadku konieczności, również drogą telefoniczną, potrzebę wykonania Prac przekazując postanowienia Umowy częściowej. Zgłoszenie prac planowanych do wykonania w danym okresie rozliczeniowym stanowiącym miesiąc kalendarzowy będzie przekazywane Wykonawcy do 15 dnia poprzedniego miesiąca, co nie wyłącza możliwości zgłoszenia prac w każdym czasie z 48-godzinnym wyprzedzeniem, gdy zaistnieje taka potrzeba”.

Ponadto, Zamawiający zastrzegł, że „[...] częstotliwość prac przypadająca na tydzień będzie regulowana w zależności od potrzeb Zamawiającego na chodnikach, placach zieleńcach, ciągach pieszych i pieszo-rowerowych oraz rondach (terenach zielonych) i przejściach podziemnych — nie dotyczy oczyszczania zimowego, ponieważ tutaj częstotliwość i powierzchnia przeznaczona do oczyszczania jest uzależniona od warunków atmosferycznych (intensywność i częstotliwość opadów śniegu, mróz) ”.

Zamawiający określił w §5a ust. 2 wzoru umowy ramowej „Czas reakcji na wykonanie prac w trybie pilnym” (w okresie zimowym, tj. od 1 listopada do 31 marca) wskazując, że „W przypadku, gdy natychmiastowe niewykonanie prac skutkować będzie zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, bądź bezpieczeństwa ruchu pojazdów, stawiennictwo Wykonawcy na terenie prac winno nastąpić w terminie nie dłuższym niż 1 godzina od momentu zgłoszenia potrzeby wykonania prac w trybie pilnym. Prace w trybie pilnym należy zrealizować niezwłocznie, lecz nie później niż do 24 godzin od momentu otrzymania przez Wykonawcę

zgłoszenia o konieczności przystąpienia do tychże prac z określeniem postanowień Umowy częściowej.

Zamawiający określił szczegółowe wymagania dotyczące bazy sprzętowo-magazynowej, wskazując, że „W związku z realizacją umów częściowych pożądanym przez Zamawiającego jest, aby Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą

posiadał bazę sprzętowo - magazynową zlokalizowaną w odległości umożliwiającej wykonanie prac w trybie pilnym zgodnie z zapisami umowy ramowej § 5a ust. 2, na terenie której znajdować się będzie:

- a) Zadaszony magazyn środków do zwalczania śliskości,
- b) Waga, posiadająca aktualną legalizację, do określania ilości załadowanych materiałów (waga najazdowa lub ładowarka wyposażona w wagę);
- c) Zaplecze biurowe - dyspozytornia, wyposażona w całodobową łączność telefoniczną (telefon stacjonarny, faks, telefon komórkowy), internet (wraz zarejestrowanym adresem e-mailowym identyfikującym danego wykonawcę) oraz sprzęt umożliwiający całodobową łączność telefoniczną, odbieranie korespondencji elektronicznej, przeglądanie stron internetowych.

Ponadto, wykonawca podczas realizacji umów częściowych winien dysponować samochodem osobowym dla celów kontroli wykonywania prac na powierzonym rejonie oraz kierownikami prac oraz osobami wykonującymi prace wskazane w opisie przedmiotu zamówienia w ilości umożliwiającej wykonanie zadania zgodnie z zapisami SIWZ oraz umowy ramowej.

Zamawiający określił wymogi dotyczące zatrudnienia, wymagając, aby wykonawca, podwykonawcy i dalsi podwykonawcy zatrudniali na podstawie umowy o pracę w zakresie i okresie realizacji zamówienia osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku - Kodeks Pracy (Dz.U. z 2019 r, poz. 917, tj. z późn. zm.).

Zamawiający określił w SIWZ sprzęt konieczny do realizacji zadania. Wykonawca winien realizować umowy częściowe (zadanie) przez cały okres trwania umowy sprzętem, wyposażeniem zakładu umożliwiającym wykonanie przedmiotu umowy w sposób zgodny z zapisami SIWZ oraz umowy ramowej i umowy częściowej. Pożądanie przez Zamawiającego jest dysponowanie m.in. następującym sprzętem:

- a) zamiatarką chodnikową kompaktową samojezdną spełniającą normę pylenia PM 10 o masie całkowitej nie przekraczającej 2,2 tony (2200kg), wyposażoną w odkurzacz zewnętrzny (wąż zasysający zanieczyszczenia),
- b) odchwasczarką mechaniczną,
- c) opryskiwaczem, zasilanym elektrycznie umożliwiającym opryski bez użycia wody,
- d) ssawą wysokiej wydajności (minimum 90m³/minutę) do zbierania liści trawy oraz innych zanieczyszczeń montowana na burcie samochodu dostawczego lub przyczepce samochodowej,
- e) pojazdem o masie całkowitej do 2,5 tony wyposażonym w szczotkę zmiatającą system zraszania wodą oraz zbierania zmiotek gwarantujący oczyszczanie chodników z należytą starannością,
- f) odkurzaczami do liści i drobnych śmieci komunalnych (a w tym: niedopałki, drobne papierki itp.),
- g) specjalistycznym odkurzaczem do zasysania odchodów pochodzenia zwierzęcego,
- h) kosiarkami ręcznymi i podkaszarkami ręcznymi,
- i) samochodami ciężarowymi o masie nie przekraczającej 3,5 tony (3500kg) spełniające normę emisji spalin nim. Euro 4,
- j) wózkami na materiał posypowy (np. piasek, sól, itp.),

- k) nośnikami lub ciągnikami małymi z osprzętem, tj. pługiem i wymiennie szczotkami oraz posypywarką (ciężar całkowity nie może być większy niż 2,2 t.),
- l) ładowarką hydrauliczną kołową,
- m) samochodami skrzyniowymi o DMC 3,5 tony (3500kg),
- n) ciągnikiem o minimalnej mocy 35 kW/47,6 KM z posypywarką, pługiem i wymiennie szczotką,
- o) zmiatarko - oczyszczarkami prowadzonymi ze szczotkami obrotowymi i lemieszem,
- p) samochodem ciężarowym, samowyladowczym lub kontenerowym o pojemności przestrzeni ładunkowej min. 10m³.
- q) urządzeniem myjącym chodniki, samojezdnym lub zamontowanym w dowolny sposób jako osprzęt do zmiatarki chodnikowej, wyposażonym w system dysz i zbiornik na wodę, o szerokości zmywania nie mniejszej niż 1,2 m."

W ramach dokonanej modyfikacji SIWZ z dnia 20 sierpnia 2019 r. Zamawiający zmienił treść § 5b ust. 5, 6 i 7 wzoru umowy ramowej (Część II SIWZ), które otrzymały następujące brzmienie:

„5. Ilości prac określone w Kosztorysie Ofertowym są ilościami szacunkowymi. Wykonawca nie będzie zgłaszał roszczeń z tytułu niewykonania zamówienia w ilościach tam podanych, co oznacza, że Zamawiający może nie zrealizować pełnego zakresu prac wynikającego z

Kosztorysu Ofertowego.

6. Jeżeli jest to niezbędne do realizacji prac Zamawiający ma prawo na piśmie zlecać wykonawcy zwiększenie lub zmniejszenie ilości prac objętych Kosztorysem Ofertowym, z zastrzeżeniem ust. 7.

7. Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany ilości prac podanych w Kosztorysie Ofertowym zgodnie z ust. 6, z zastrzeżeniem, że ostateczna wartość wykonanych prac nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 3 niniejszego paragrafu."

Zgodnie z ustawową definicją zawartą w art. 2 pkt. 9a Pzp, umową ramową jest umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących przyszłych zamówień publicznych udzielanych przez zamawiającego w danym okresie.

Zgodnie z art. 99 Pzp, do procedury prowadzonej w celu jej zawarcia stosuje się odpowiednio przepisy właściwe dla danego trybu udzielenia zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w celu wyboru wykonawcy, z którym zawrze umowę ramową zastosował przepisy o przetargu nieograniczonym.

Celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w ramach wykonania umowy ramowej, w tym cen oraz wielkości lub zakresu tych zamówień. Aby zamawiający mógł zlecać wykonawcy realizację przedmiotu zamówienia w ramach umów częściowych, bez ponownego zwracania się do wykonawcy o złożenia oferty w umowie ramowej muszą być określone wszystkie warunki dotyczące realizacji zamówienia.

Zauważyć należy, że przepisy ustawy Pzp nie regulują kwestii, czy wykonawca, który zawarł umowę ramową jest zobowiązany do przyjęcia zlecenia (udzielenia zamówień realizacyjnych) „Ustawa nie wskazuje, aby poprzez zawarcie umowy ramowej wykonawca zaciągał względem zamawiającego zobowiązanie do każdorazowego uczestniczenia w postępowaniu prowadzonym w celu udzielenia zamówienia realizacyjnego.” (vide: J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012). Autor w komentarzu wskazał, że „Pomimo, że prawo zamówień publicznych nie przesądza, aby ex lege wykonawca zaciągał zobowiązanie uczestnictwa w postępowaniach zmierzających do udzielenia zamówień realizacyjnych, wydaje się jednak, że nie stoi to na przeszkodzie takiemu ukształtowaniu umowy ramowej na mocy czynności prawnej stron. Wówczas treść umowy ramowej przesądzałaby o tym, iż z uprawnieniem zamawiającego do udzielenia zamówienia realizacyjnego skorelowany byłby obowiązek wykonawcy wzięcia udziału w takim postępowaniu. Aby jednak doszło do zaciągnięcia przez wykonawcę (wykonawców) takiego zobowiązania, musi ono jasno wynikać ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej.” (vide: J. Jerzykowski, op. cit.).

W świetle powyższego należy przyjąć, że dopuszczalny jest zapis umowy ramowej dotyczący zasad naliczania kar umownych za niezłożenie przez wykonawcę oferty na zaproszenie skierowane przez zamawiającego lub nieprzyjęcie zlecenia wykonania przedmiotu zamówienia w ramach umowy częściowej przez jednego wykonawcę, z którym zamawiający zawarł umowę ramową. Zastrzeżenie kary umownej w takim przypadku w SIWZ stanowi de facto zobowiązanie wykonawcy do przyjęcia zlecenia od Zamawiającego.

Symetrycznie do powyższego zobowiązania nałożonego na wykonawcę zamawiający powinien się zobowiązać do określenia w umowie ramowej minimalnego zakresu gwarantowanych ilości usług, które będą zlecane w ramach umów częściowych (realizacyjnych).

Podsumowując należy stwierdzić, że wobec braku jednoznacznego określenia w ustawie, charakter umowy ramowej wynikać będzie z treści samej umowy. W świetle motywu 61 Dyrektywy 2014/24/UE, zamawiający może się zobowiązać do realizacji umowy na określonym poziomie wykonania albo do ogłoszenia postępowań wykonawczych na określoną w umowie minimalną wartość.

Istotną kwestię stanowi również zagadnienie precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej. W orzecznictwie podnosi się, że opis przedmiotu umowy ramowej nie może być sporządzany w sposób ramowy (wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2014 r., o sygnaturze KIO 985/14).

W ocenie Izby, z pewnością wymagana szczegółowość opisu przedmiotu zamówienia jest uzależniona od specyfiki przedmiotu zamówienia. Wymóg precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, tak jak w przetargu nieograniczonym, nie stoi w sprzeczności z istotą umowy ramowej zwłaszcza wówczas, gdy ze względu na specyficzny charakter przedmiotu zamówienia wykonawca musi być przygotowany do świadczenia określonych specjalistycznych usług wymagających właściwego planowania i organizacji oraz znacznego nakładu pracy osób i sprzętu. Pomimo, że konkretne warunki realizacji zamówienia wykonawczego (termin, miejsce, dokładny zakres) będą doprecyzowywane dopiero na etapie zamówień częściowych, to w żadnym razie nie można przyjąć, że możliwe jest sformułowanie w umowie ramowej jedynie ogólnego opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ przy udzieleniu zamówień częściowych, ze względu np. na wymagany krótki czas reakcji wykonawcy, jak w przedmiotowym postępowaniu, wynikający z charakteru świadczenia, wszystkie szczegółowe warunki realizacji muszą być znane wykonawcy przed zawarciem umowy realizacyjnej.

Podkreślić również należy, że precyzyjny opis przedmiotu zamówienia ma bardzo istotne znaczenie dla możliwości prawidłowego porównania złożonych ofert w ramach określonych kryteriów wyboru wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa ramowa. Aby oferty były porównywane oraz aby przedmiot zamówienia został wyceniony przez wykonawcę w sposób należyty, wykonawca musi posiadać maksymalnie wszelkie możliwe i dostępne dane określające przedmiot zamówienia. Podkreślić należy, że wszelkie ryzyka wynikające z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia obciążają w ostateczności zamawiającego, który ponosi ich koszty.

Biorąc pod uwagę powyższe, w odniesieniu do zarzutów zawartych w odwołaniu Izba zważyła, co następuje:

W zakresie zarzutów, które zostały cofnięte przez Odwołującego na posiedzeniu, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, tj. w zakresie zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w jakim:

- w kosztorysie ofertowym - wykazie cen stanowiącym załącznik do formularza ofertowego Zamawiający przewidział cenę jednostkową za zimowe oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola oraz cenę jednostkową za letnie oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola: oczyszczanie chodników, placów, zieleńców, ciągów pieszych i pieszo- rowerowych oraz rond (tereny zielone) i przejść podziemnych, a zatem za zastosowanie dwóch z trzech dopuszczonych przez niego technologii, co uniemożliwia należyte oszacowanie ceny oferty, gdyż pomija technologię zamienną oraz nie rozróżnienia podziału technologii zamiennej na dwie kategorie - oczyszczanie mechaniczne i ręczne, które generują zupełnie różne koszty;
- w definicji „mechanicznego zamiatania chodników” (pkt 2 SIWZ) Zamawiający wskazał, że w przypadku niemożności przeprowadzenia mechanicznego zamiatania danej powierzchni np. ze względu na parkujące pojazdy należy pozamiatać ją ręcznie, co jest nieefektywne i powoduje, że wykonawca zostaje obciążony ryzykiem uszkodzenia pojazdów i w efekcie może zostać zobowiązany do zapłaty odszkodowania;

- w definicji „zbieranie worków” (pkt 9 SIWZ) Zamawiający nie doprecyzował, jakiego rodzaju odpady znajdujące się w workach zobowiązany będzie odbierać wykonawca.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia

w zakresie, w jakim:

- Zamawiający przewiduje, że za wykonanie przedmiotu umowy częściowej zapłaci wykonawcy jedynie wynagrodzenie kosztorysowe stanowiące wynik ilości faktycznie wykonanych prac potwierdzonych przez Zamawiającego w protokole odbioru prac oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie, nie gwarantując przy tym ilości ani częstotliwości zleconych prac (§5b wzoru umowy ramowej) oraz wymagając od wykonawcy utrzymania gotowości do świadczenia usług na określonym poziomie przez cały okres obowiązywania

umowy ramowej bez jednoczesnego przewidzenia jakiegokolwiek wynagrodzenia za

pozostawanie przez wykonawcę w gotowości, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia, a samo świadczenie jest uznaniowe;

- Zamawiający nie precyzuje, na jakich zasadach będzie zlecał zimowe oczyszczanie, w tym z jakim wyprzedzeniem będzie informował i uzgadniał z wykonawcą zakres prac;

- w definicji „mechanicznego zamiatania chodników” (pkt 2, str. 17 SIWZ) i „ręcznego zamiatania chodników” (pkt 4, str. 18 SIWZ) Zamawiający wprowadził obowiązek podkaszania przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika na głębokości 0,3 m w całym ciągu oczyszczanego chodnika, nie przewidując przy tym w kosztorysie ofertowym odrębnej ceny jednostkowej za wykonanie tego elementu prac oraz nie uwzględniając i nie podając powierzchni objętej podkaszaniem w załącznikach nr 7a i nr 7b stanowiących wykaz powierzchni do oczyszczania.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 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. W myśl art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego, ale też umożliwiać wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnić, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty porównywalne zarówno co do zakresu przedmiotu zamówienia, jak i co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich jego elementów. Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia na tyle jak tylko jest to możliwe. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.

W danym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, naruszył przepis art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności na należyte oszacowanie i wycenę oferty. W tym:

- Zarzut dotyczący kosztorysowego wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia.

W ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający przewidział zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą. Zgodnie z zamieszczoną w SIWZ definicją sposobu realizacji zamówienia, na podstawie umowy ramowej zawartej z wykonawcą Zamawiający przewiduje udzielanie zamówień częściowych na wykonanie określonego przez Zamawiającego zakresu prac. Zamówienia częściowe udzielane będą według bieżących potrzeb Zamawiającego i środków finansowych przeznaczonych na ten cel. W umowie częściowej zostanie określony m.in. asortyment prac, zakres oraz lokalizacja prac, a także termin rozpoczęcia i zakończenia prac. Zamawiający określił powierzchnię objętą usługami oczyszczania stanowiącymi

przedmiot zamówienia.

Zamawiający przewidział w §5b ust. 1 wzoru umowy ramowej wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie przedmiotu umowy częściowej ustalone na podstawie protokołu odbioru oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie załączonym do umowy ramowej (kosztorysie ofertowym - wykazie cen, który zawierać ma: cenę jednostkową za m2 letniego oczyszczania pasów drogowych miasta Opola i cenę jednostkową za m2 zimowego oczyszczania pasów drogowych miasta Opola w części I zamówienia oraz: cenę jednostkową za m2 letniego oczyszczania pasów drogowych miasta Opola, cenę jednostkową za m2 zimowego oczyszczania pasów drogowych miasta Opola i cenę jednostkową za m2 zmywanie Płyty Rynku i ul. Krakowskiej w części II zamówienia.

Faktem jest, że Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za utrzymywanie przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług w okresach, kiedy nie realizuje on umów częściowych - tj. utrzymywania przez wykonawcę osób i sprzętu na potrzeby realizacji zamówienia oraz na potrzeby podejmowania działań, w tym w szczególności w przypadku, gdy natychmiastowe niewykonanie prac skutkować będzie zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, bądź niebezpieczeństwem w ruchu pojazdów, kiedy to wykonawca ma obowiązek stawić się na terenie prac w ciągu 1 godziny od momentu zgłoszenia potrzeby wykonania prac w trybie pilnym. Wykonawca przez cały okres obowiązywania umowy ramowej zobowiązany jest posiadać w gotowości do użycia ściśle określony przez Zamawiającego w SIWZ potencjał sprzętowy i kadrowy, w tym w szczególności:

- bazę sprzętowo - magazynową wyposażoną m. in. w legalizowaną wagę, zadaszony magazyn środków do zwalczania śliskości, zaplecze biurowe - dyspozytornię wyposażoną w całodobową łączność telefoniczną;
- opisany szczegółowo sprzęt w tym wysokiej klasy zmiatarkę oraz łącznie 15 różnego rodzaju pojazdów (ciągniki, samochody skrzyniowe i ciężarowe, ładowarka itp.) oraz wiele dodatkowych urządzeń;
- zapewnić całodobowe dysponowanie samochodem dla celów kontroli wykonywania prac na powierzonym rejonie;
- pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w zakresie i w okresie realizacji zamówienia.

Jeśli wykonawca nie ma pewności co do tego kiedy i w jakim zakresie zostanie mu zlecona usługa, to powyższe wymogi Zamawiającego nakładają na wykonawcę ciągły obowiązek zachowania gotowości do świadczenia usług przez cały okres obowiązywania umowy ramowej, a tym samym konieczność ponoszenia kosztów tej gotowości. Jednocześnie wykonawca nie ma możliwości skalkulowania tych kosztów w cenie ofertowej (jednostkowej), gdyż nie ma zagwarantowanego choćby minimalnego zakresu przedmiotu zamówienia, który zostanie mu udzielony. Zgodnie z § 5b ust. 5 i 6 wzoru umowy ramowej, ilości określone w kosztorysie ofertowym i wykazie powierzchni do oczyszczania są ilościami szacunkowymi. Zamawiający ma prawo zlecać wykonawcy zwiększenie lub zmniejszenie ilości i częstotliwości prac objętych kosztorysem ofertowym i wykazem powierzchni do oczyszczania, pominięcie pewnych prac oraz zmienić kolejność wykonania prac. W § 5 b ust. 7 wzoru umowy ramowej, Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany ilości i częstotliwości prac podanych w kosztorysie ofertowym i wykazie powierzchni do oczyszczania zgodnie z ust. 6 pkt 1 - 3, z zastrzeżeniem, że ostateczna wartość wykonanych prac nie może przekroczyć kwoty wartości umowy.

Przewidziane w SIWZ powyższe regulacje wpływają na niepewność wykonawcy co do terminu i zakresu zleconych prac i tym samym nie są wystarczające do skalkulowania przez wykonawcę w cenie jednostkowej usług kosztów gotowości do świadczenia tych usług, ponieważ brak jest możliwości odniesienia tych kosztów do realnego zakresu przyszłych zamówień częściowych. Regulacje powyższe pozostawiają Zamawiającemu pełną swobodę i dowolność co do zakresu zleceń wykonawczych, podczas gdy wykonawca musi ponosić koszty niezależnie od tego, czy w ogóle otrzyma zlecenia od Zamawiającego.

W ocenie Izby, kosztorysowy charakter wynagrodzenia za wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia jest uzasadniony z punktu widzenia charakteru przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego, pod warunkiem, że cena jednostkowa za usługę będzie mogła być wyceniona przez wykonawcę na poziomie maksymalnie realnym. Aby takiej realnej wyceny dokonać wykonawca musi mieć wiedzę odnośnie co najmniej szacunkowego zakresu prac z podziałem na podstawowy asortyment usług, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia - ilościowy lub wartościowy, co jest możliwe do oszacowania na podstawie tzw. danych historycznych, na które wskazywał sam Zamawiający. Izba podzieliła przy tym stanowisko Zamawiającego, że zjawiska pogodowe nie są zawsze możliwe do przewidzenia z dużym wyprzedzeniem, w związku z czym zawsze będzie istniało pewne ryzyko związane

z brakiem możliwości dokładnego przyjęcia i zaplanowania prac. W ocenie Izb, ryzyko to należy jednak ograniczyć do minimum, ponieważ im większe jest ryzyko tym wyższy jest jego koszt, który poniesie przecież Zamawiający. Zatem, to przede wszystkim w interesie Zamawiającego jest, aby wszelkie ryzyka wynikające z nieprecyzyjnego i nie dość dokładnego opisu przedmiotu zamówienia maksymalnie ograniczyć lub wyeliminować.

Nie sposób zatem uznać za prawidłowe działanie Zamawiającego, który posiada szczegółowe dane „historyczne” dotyczące wykonania usług oczyszczania letniego i zimowego w poprzednich latach i nie zamieszcza w SIWZ powyższych informacji, oczekując że to wykonawca sam oszacuje te wielkości lub zwróci się do Zamawiającego o udostępnienie tych danych w trybie dostępu do informacji publicznej, na co wskazywał Zamawiający w niniejszej sprawie. To na Zamawiającym ciąży bowiem obowiązek szczegółowego i dokładnego opisanie przedmiotu zamówienia, tak, aby wszyscy potencjalni wykonawcy mieli równy dostęp do tych informacji oraz aby złożone oferty były porównywalne w zakresie cen odzwierciedlających możliwie realny zakres przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, że umowa ramowa nie jest umową stricte o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem nie jest umową odpłatną. Udzielenie zamówienia i odpłatność za świadczenie następuje w tym przypadku na podstawie umowy cząstkowej. Wbrew żądaniom Odwołującego umowa ramowa nie może zatem przewidywać wynagrodzenia dla wykonawcy za utrzymywanie gotowości przez cały okres realizacji tej umowy.

Wykonawca musi mieć jednak możliwość oszacowania wszystkich kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienia ich w cenie oferty, aby jego wynagrodzenie było adekwatne do zakresu świadczenia (wynagrodzenie za oczyszczane powierzchnie musi uwzględniać koszty zapewnienia gotowości wykonawcy do ich świadczenia), co, jak wskazano powyżej, jest możliwe wówczas, gdy pewien minimalny zakres świadczeń zostanie przez Zamawiającego zagwarantowany w SIWZ.

Jak słusznie też zauważył Odwołujący, możliwość dowolnego kształtowania przez Zamawiającego zakresu świadczenia wpływa nie tylko na brak możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia, ale powoduje również brak możliwości efektywnego planowania działań przez wykonawcę. Wykonawca ma być w gotowości całodobowej do pilnej reakcji na każde zlecenie Zamawiającego, co zwłaszcza w okresie zimowym nie pozwala na prawidłowe zaplanowanie przez wykonawcę pracy pracowników (zatrudnionych na umowę o pracę, zgodnie z warunkami SIWZ) oraz efektywne zaangażowanie sprzętu. Tym bardziej ma to istotne znaczenie dla wykonawcy, który może wykonywać usługi oczyszczania również na podstawie innych umów, więc powinien mieć możliwość efektywnego zarządzania pracą, w celu prawidłowego wywiązywania się z podjętych zobowiązań.

- Zlecenie usług w ramach zimowego utrzymania.

Zamawiający określił w SIWZ terminy, w jakich będzie mógł zlecić wykonanie prac wykonawcy - do 15 dnia poprzedniego miesiąca, 48 godzin i 1 godzina (tryb pilny), jednak nie sprecyzował, na jakich zasadach będzie zlecał zimowe oczyszczanie, w szczególności - z jakim wyprzedzeniem będzie informował i uzgadniał z wykonawcą zakres prac. Jak wynika z umów cząstkowych realizowanych do tej pory przez Zamawiającego, przedłożonych do akt sprawy, były one zawierane na jeden lub dwa dni przed wskazanym w nich terminem rozpoczęcia prac. Jest to termin bardzo krótki, zwłaszcza w przypadku oczyszczania zimowego, kiedy wymagane jest znaczne zaangażowanie przez wykonawcę sprzętu i pracowników oraz skoordynowanie wszystkich wykonywanych w danym okresie prac, który może utrudniać prawidłowe wywiązywanie się z zobowiązań przez wykonawcę.

W związku z powyższym zasadne jest wprowadzenie do SIWZ postanowień, które uszczegółowią proces uzgadniania warunków realizacji prac związanych z zimowym oczyszczaniem pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, z odpowiednim wyprzedzeniem (np. 15 dni), na podstawie dostępnych prognoz pogody na dany okres oraz uregulowanie tych procedur w związku z możliwością wystąpienia sytuacji trudnych do przewidzenia na podstawie prognoz pogody dwutygodniowych. W ocenie Izb, nie jest wystarczającą regulacją stwierdzenie, że Zamawiający może zlecić prace w terminach krótszych niż 15 dni. Konieczne jest bowiem uszczegółowienie tych regulacji w taki sposób, aby wykonawca mógł odpowiednio planować swoje działania, z zastrzeżeniem oczywiście sytuacji nieprzewidywalnych.

- Podkaszanie przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika.

W ramach definicji „mechanicznego zamywania chodników” (pkt 2 SIWZ) i „ręcznego zamywania chodników” (pkt 4 SIWZ) Zamawiający wprowadził obowiązek podkaszania przyległych terenów zieleni graniczących z krawędzią chodnika na głębokości 0,3 m w całym ciągu oczyszczanego chodnika.

W ocenie Izb, wycena tych prac może być dokonana przez wykonawcę w ramach

ceny jednostkowej za oczyszczanie letnie, a zatem nie zachodzi konieczność wyodrębnienia ceny jednostkowej za wykonanie tego elementu prac, jako oddzielnej pozycji, pod warunkiem, że Zamawiający przedstawi w ramach przedmiotu zamówienia szacunkowe ilości tego rodzaju prac na podstawie tzw. danych historycznych, co umożliwi wykonawcy oszacowanie kosztów tych prac w ramach ceny za oczyszczanie letnie.

Nie potwierdził się w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 §2 k.c. w związku z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art. 29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 2 pkt 9a Pzp, poprzez sporządzenie wzoru umowy ramowej w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i zaburzający wzajemność świadczeń w zakresie, w jakim zgodnie z §15 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy ramowej, wykonawca będzie zobowiązany zapłacić na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 500,00 zł w okresie letnim i w wysokości 10.000,00 zł w okresie zimowym za każdy stwierdzony przypadek odmowy zawarcia umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej, co pozostaje w sprzeczności z zasadami

i z celem zawarcia umowy ramowej.

W §15 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy ramowej, Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie zobowiązany zapłacić na jego rzecz karę umowną w wysokości 500 zł w okresie letnim i w wysokości 10.000,00 zł w okresie zimowym za każdy stwierdzony przypadek odmowy zawarcia umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej.

Z istoty umowy ramowej nie wynika, że zawarcie jej powoduje powstanie po stronie wykonawcy zobowiązanie do uczestnictwa w postępowaniach zmierzających do udzielenia zamówień częściowych (zobowiązanie do zawarcia umowy częściowej). Przepisy ustawy Pzp nie wykluczają jednak możliwości zastrzeżenia kary umownej na rzecz zamawiającego, co jest uzasadnione zwłaszcza w przypadku zawarcia takiej umowy tylko z jednym wykonawcą, kiedy to umowy częściowe zawierane są w formule zlecenia prac przez zamawiającego. Zastrzeżenie w umowie ramowej kary umownej za odmowę zawarcia przez wykonawcę umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej de facto wskazuje na przyjęcie tego zobowiązania. W ocenie Izby, jest ono uzasadnione możliwością poniesienia szkody przez Zamawiającego na skutek braku możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia, pomimo wyłonienia jednego wykonawcy, z którym zawarta została umowa ramowa. Nie sposób jednocześnie uznać, że wysokość zastrzeżonej kary umownej jest w tym przypadku rażąco wygórowana. Jak wynika bowiem z umów częściowych zrealizowanych na rzecz Zamawiającego do tej pory, które zostały złożone przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie, wartość tych umów średnio wynosi blisko 100 tys. zł.

Podkreślić należy, że zastrzeżenie powyższej kary umownej nie zaburza równowagi stron zwłaszcza jeśli przyjmie się symetrycznie do powyższego zobowiązania nałożonego na wykonawcę, że Zamawiający zobowiąże się do określenia w umowie ramowej minimalnego zakresu gwarantowanych ilości usług, które będą zlecane w ramach umów częściowych (realizacyjnych), co Izba nakazała Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. oraz art. 487 §2 k.c. w związku z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art. 29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie wzoru umowy ramowej w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający w §15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej przewidział karę umowną za każdy przypadek braku możliwości zgłoszenia wykonawcy konieczności wykonania prac w wysokości 500,00 zł, a okoliczności, których wystąpienie uprawnia do naliczenia kary zostały określone w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny.

W §15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej, Zamawiający postanowił, że wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia kary umownej za każdy przypadek braku możliwości zgłoszenia konieczności wykonania prac (telefon wyłączony, znajdujący się poza zasięgiem lub inną okoliczność uniemożliwiająca zgłoszenie) w wysokości 500,00 zł.

Przedmiotowa kara umowna nie jest rażąco wygórowana, zwłaszcza jeśli uwzględnić fakt, że brak możliwości zgłoszenia konieczności prac może skutkować dla Zamawiającego znaczną szkodą, szczególnie w okolicznościach sytuacji tzw. „pilnej”. Zamawiający powinien jednak procedurę zgłoszeń, wyłączając odpowiedzialność wykonawcy za zdarzenia niezawinione przez wykonawcę, które mogą wynikać z przyczyn niezależnych od wykonawcy, takich jak np. awaria sieci operatora telekomunikacyjnego czy też brak zasięgu operatora na danym terenie, na które wykonawca nie ma wpływu.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, przedmiotowe postanowienie nie precyzuje, jakie

warunki muszą być spełnione żeby można było stwierdzić fakt „braku możliwości zgłoszenia konieczności prac”, w szczególności - czy wystarczy jednorazowa nieudana próba połączenia telefonicznego ze strony Zamawiającego, czy też konieczny jest upływ jakiegoś dłuższego okresu czasu np. 2-3 godzin, w ciągu których Zamawiający nie może skontaktować się z wykonawcą. W ocenie Izby, podstawy faktyczne, skutkujące nałożeniem kary umownej powinny być uregulowane w sposób jednoznaczny i przejrzysty, który będzie umożliwiał weryfikację odpowiedzialności wykonawcy i udokumentowanie każdego zdarzenia, powodującego nałożenie kary.

W świetle art. 192 ust. 2 Pzp, stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).