Sygn. akt: KIO 1137/17
KIO 1147/17
KIO 1151/17
KIO 1157/17

WYROK
z 24 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Anna Chudzik
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 czerwca i 3 lipca 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017 r. przez odwołujących:
1. wykonawcę A.-C. sp. z o.o. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1137/17),
2. wykonawcę P. sp. z o.o. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1147/17),
3. wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B." W. B. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1151/17),
4. wykonawcę D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. D. A. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1157/17),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta,
przy udziale:
1. wykonawcy D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. D. A. z siedzibą w W. zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1137/17, KIO 1147/17 i KIO 1151/17 po stronie odwołujących,
2. wykonawcy P. sp. z o.o. z siedzibą w W. zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1137/17, KIO 1151/17 i KIO 1157/17 po stronie odwołujących,
3. wykonawcy A.-C. sp. z o.o. z siedzibą w W. zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1147/17, KIO 1151/17 i KIO 1157/17 po stronie odwołujących,

---

orzeka:

1. uwzględnia odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1137/17, KIO 1147/17 i KIO 1151/17 i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") polegającą na:
   1.1. dodaniu postanowień umożliwiających wykonawcom wycenę w ofercie kosztów przeprowadzenia akcji uzupełniających, 1.2. usunięciu postanowienia § 12 ust. 5 wzoru umowy,
   1.3. dodaniu postanowień umożliwiających wykonawcom wycenę kosztów doczyszczania tras zimowego utrzymania po zakończeniu sezonu zimowego,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1137/17, KIO 1147/17 i KIO 1151/17,
3. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1157/17 w całości,
4. kosztami postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1137/17, KIO 1147/17 i KIO 1151/17 obciąża Zamawiającego i:
   4.1. zalicza w poczet jego kosztów kwotę w łącznej wysokości 45.000,00 zł (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań,
   4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz każdego z odwołujących kwoty po 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem wpisów od odwołań i wynagrodzeń pełnomocników,
5. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1157/17 obciąża odwołującego i zalicza w poczet jego kosztów kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 1137/17
KIO 1147/17
KIO 1151/17
KIO 1157/17

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2017-2020" (znak sprawy ZOM/KP/9/17), zwane dalej: „Postępowaniem".

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

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie") zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 maja 2017 r., pod nr 2017/S 099-196130.

24 maja 2017 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ"), której postanowienia zostały zaskarżone odwołaniami wniesionymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba") 5 czerwca 2017 r. przez:

5. wykonawcę A.-C. sp. z o.o. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1137/17),
6. wykonawcę P. sp. z o.o. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1147/17),
7. wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B." W. B.z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1151/17),
8. wykonawcę D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. D. A. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 1157/17).

Sygn. akt KIO 1137/17

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 w zw. z art. 29 ust 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie dotyczącym:
   1.1. braku szczegółowego określenia zakresu uzupełniającej akcji „ALFA-0" oraz „GAMMA-0", co uniemożliwia wycenę akcji (brak wyszczególnienia tego

---

rodzaju akcji w załączniku 1 do wzoru umowy – CZĘŚĆ V – „Zasady wynagrodzenia", brak odniesienia do konkretnej pozycji cenowej w załączniku 1 do SIWZ „Kosztorys"),

1.2. braku odniesienia w załączniku 1 do wzoru umowy – CZĘŚĆ V – „Zasady wynagrodzenia" do wymogu utrzymywania dyspozytorni (wraz z osprzętem) 24h/24h z łącznością wyłącznie dla Zamawiającego (w zakresie wskazanym w załączniku 13 do wzoru umowy), brak odniesienia do konkretnej pozycji cenowej w załączniku 1 do SIWZ „Kosztorys",

1.3. sprzeczności wymagań postawionych przez Zamawiającego dla technologii wykonania prac w ramach akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA dla uzyskania standardu „czarnej jezdni" jako „prace prowadzone na bieżąco" (załącznik 1 do wzoru umowy – CZĘŚĆ III – „Realizacja prac", pkt 4, ppkt 1, lit

a) w stosunku do określenia sposobu wynagrodzenia za ten zakres usług określonych w załączniku 1 do wzoru umowy – CZĘŚĆ V – „Zasady wynagrodzenia" –
pkt 1-3, odnoszących się jedynie do iloczynu ilości pasów i ceny płużenia/posypywania jednostkowej płużenia/posypywania (jako jednokrotne płużenie/posypywanie na danym pasie) bez odniesienia do krotności powtórzenia przejazdów,

2. art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez:
   2.1. ustalenie kryterium oceny ofert nr 3 „samodzielna realizacja kluczowych elementów zamówienia" o wadze 11% (zaoferowanie samodzielnego wykonania (bez udziału podwykonawców) kluczowych elementów zamówienia akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA, INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE oraz akcji OCZYSZCZANIA JEZDNI ULIC, tj. SPRZĄTANIA I ZMYWANIA) odnoszącego się do podmiotowych właściwości wykonawcy,
   2.2. ustalenie kryterium oceny ofert nr 2a-2d „aspekt środowiskowy zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi pługoposypywarek/zamiatarek spełniających normę emisji spalin, co najmniej EURO 5/EURO 6" bez zdefiniowania, co Zamawiający rozumie pod pojęciem podwykonawcy,
3. art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art 29 ust. 1 i 2 oraz art. 139, a także w zw. z art. 14 Pzp i art. 5 K.c. przez:
   3.1. opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny w zakresie, w którym Zamawiający odwołuje się do „opóźnienia" w wykonaniu usług,
   3.2. opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony oraz w sposób wewnętrznie sprzeczny,

4. art. 36 ust. 1 pkt 16 i art 139 w zw. z art 14 Pzp i art. 5 oraz art. 353^1 oraz art. 484 § 2 K.c. przez:
   4.1. obciążanie dwukrotną karą umowną za tę samą okoliczność przejawiającą się w nienależytym wykonaniu zobowiązania,
   4.2. zastrzeżenie kar umownych rażąco wygórowanych i nie przystających do charakteru naruszeń, odnośnie, których je przewidziano,
5. art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art 142 ust. 5 Pzp przez ustalenie trybu zmiany umowy (§12 ust. 6 wzoru umowy — Załącznik 4 do SIWZ), jako „negocjacji".

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.
Wyjaśnił, że uzasadnienie określa żądania przez które Odwołujący wskazuje, jak – jego zdaniem – należy zmienić postanowienia SIWZ, aby możliwe było wykonanie zamówienia bez naruszenia zasad wynikających z przepisów Pzp.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ kwestionowane postanowienia SIWZ nie uwzględniają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia, co może skutkować wystąpieniem szkody polegającej na utrudnieniu Odwołującemu dostępu do zamówienia (uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia), a Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyjaśnienia i doprecyzowania a także do zniesienia nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń, wpływających na krąg potencjalnych wykonawców, którzy będą mogli złożyć ofertę,
a w konsekwencji będą mieć możliwość uzyskania zamówienia.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści 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. Uwzględniając treść tego przepisu, odnosząc się do przedmiotu zamówienia, niezbędne jest określenie podstawowych elementów danego zakresu usług, tj. ich ilości oraz sposobu ustalenia wynagrodzenia za ten zakres usług.

W załączniku 1 do wzoru umowy („Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy

jakościowe utrzymania zimowego") Zamawiający określił m.in. obowiązki wykonawcy, sposób realizacji usług oraz sposób obliczenia wynagrodzenia realizowanych usług, a także zdefiniował pojęcia poszczególnych rodzajów usług (akcji).

Odwołujący stwierdził, że wymóg wykonania przez wykonawcę poszczególnych rodzajów usług (akcji) powinien znaleźć odzwierciedlenie w sposobie wynagrodzenia za konkretny zakres usług.

Zarzut 1a

W załączniku 1 do wzoru umowy, CZĘŚĆ III – „Realizacja prac", w pkt 2 – „Organizacja działań", ppkt 6) Zamawiający wymienia „Uzupełniające rodzaje akcji", tj. m.in.:

1. akcja „ALFA-0" – załadunek określonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji, wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza), i dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO (wskazane przez wykonawcę miejsce rozpoczęcia posypywania),
2. Akcja „GAMMA-0" – załadunek określonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji, wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza), i dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO (wskazane przez wykonawcę miejsce rozpoczęcia posypywania).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wymaga realizacji ww. akcji (przy czym raz określa je mianem akcji „O", a innym razem – „0") oraz określa zakres informacji przedstawianych w raportach czasowych dla tych akcji (załącznik 4 do wzoru umowy – „Satelitarny system lokalizacji i kontroli pracy GPS"), jednak nie dość, że nie dokonał szczegółowego określenia zakresu uzupełniającej akcji „ALFA-0" oraz „GAMMA-0" (ilości wyjazdów), ale nie odniósł się również do sposobu wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie tych usług ani w CZĘŚCI V – „Zasady wynagrodzenia" (załącznik 1 do wzoru umowy), ani w załączniku 1 do SIWZ – „Kosztorys" (brak odniesienia do konkretnej pozycji cenowej). Tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia kalkulację ceny dla tych akcji oraz ustalenie wynagrodzenia należnego wykonawcy za ich realizację po zawarciu umowy. Zamawiający w całkowicie bezzasadny sposób wymaga przeprowadzenia tych akcji na koszt i ryzyko wykonawcy, bez żadnego ekwiwalentnego świadczenia ze strony Zamawiającego. Takie działanie Zamawiającego należy, w ocenie Odwołującego, określić mianem bezpodstawnego wzbogacenia.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania

stosownej modyfikacji następujących postanowień SIWZ:

1. ujednolicenie nazewnictwa akcji „ALFA-0" i „GAMMA-0", tj. ustalenie jednobrzmiącego oznaczenia tych akcji z wykorzystaniem litery „O" albo cyfry „0",
2. dodanie w załączniku 1 do wzoru umowy CZĘŚĆ V – „Zasady wynagrodzenia" informacji o sposobie wynagrodzenia za realizację ww. akcji,
3. dodanie w załączniku 1 do SIWZ – „Kosztorys" pozycji cenowej umożliwiającej wycenę realizacji ww. akcji wraz ze wskazaniem przewidywanej ilości i jednostki miary.

Zarzut 1b

Odwołujący podał, że w Załączniku 13 do wzoru umowy – „Charakterystyka zaplecza technicznego dla rejonu", pkt 2, Zamawiający wymaga:

„[…]

Całodobowa łączność przeznaczona wyłącznie dla Zamawiającego, tj.:

1) minimum jeden telefon stacjonarny i komórkowy (wymienić numery)
2) minimum jedna oddzielna linia faksowa (wymienić numer)
3) bezprzewodowa łączność z jednostkami sprzętowymi pracującymi w terenie (należy wymienić rodzaj łączności)
4) adres skrzynki e-mail: (wymienić)

[…]".

Wykonawca ma zatem zapewnić gotowość w systemie 24h/365dni wyłącznie na potrzeby Zamawiającego, przy czym w załączniku 1 do wzoru umowy, CZĘŚĆ V – „Zasady wynagrodzenia", w żaden sposób nie odnosi się do utrzymywania dyspozytorni (wraz z osprzętem) wyłącznie dla Zamawiającego (w zakresie wskazanym w załączniku 13 do wzoru umowy). W załączniku 1 do SIWZ – „Kosztorys" również nie ma żadnego odniesienia do tego zakresu usługi w konkretnej pozycji cenowej.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że kosztów „gotowości technicznej" nie da się „rozliczyć" w cenach jednostkowych określonych w kosztorysie (załącznik 1 do SIWZ – „Kosztorys"). W cenach jednostkowych wymaganych do wskazania przez Zamawiającego w kosztorysie, uwzględnić można ceny konkretnych usług za konkretne jednostki miary. Ustalenie nawet procentowego udziału „gotowości technicznej" w cenach jednostkowych będzie niewspółmierne dla tego typu usługi – cena „gotowości technicznej" jest ceną stałą ponoszoną przez wykonawcę za dany dzień świadczenia usługi i w przypadku tak postawionego wymogu przez Zamawiającego (gotowość 24h/365dni wyłącznie na potrzeby Zamawiającego) wykonawca nie jest w stanie obliczyć procentowego udziału kosztów tej

usługi w przeliczeniu na długość trasy (koszt tej usługi w takiej cenie nie jest możliwy do ustalenia, w szczególności, gdy wykonawca nie ma pewności ile akcji zostanie mu zleconych podczas realizacji umowy). Zamawiający w całkowicie bezzasadny sposób wymaga zatem poniesienia tych kosztów przez wykonawcę bez żadnego ekwiwalentnego świadczenia ze strony Zamawiającego. Takie działanie Zamawiającego należy określić mianem bezpodstawnego wzbogacenia.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca będzie ponosił za ten zakres usługi koszty konkretnie przypisane do przedmiotowego zamówienia. Tego typu usługi należy, zdaniem Odwołującego, zaliczyć do świadczenia usługi tzw. „gotowości technicznej" do realizacji zamówienia i na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia są usługami dodatkowo płatnymi.

Tytułem przykładu Odwołujący wskazał na postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający wymagali „gotowości technicznej" do świadczenia usługi i za które to usługi wykonawcy należne było wynagrodzenie ryczałtowe miesięczne/dzienne/godzinowe:

1. W.(2): Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy W. z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 – Stare Miasto, zadanie nr 2 – Śródmieście, zadanie nr 3 – Krzyki, zadanie nr 4 – Fabryczna, zadanie nr 5 – Psie Pole:
   1.1. Załącznik IV do SIWZ PROJEKT UMOWY – § 5 ust. 4 pkt 19:
   Wykonawca Zobowiązuje się do prowadzania całodobowego pogotowia, zapewniającego ciągłą gotowość pozwalającą wykonywać czynności określone przedmiotem umowy niezwłocznie ze względu na zmieniające się warunki atmosferyczne, do koordynowania i realizowania usług zawiązanych z wykonywaniem prac w warunkach zimowych; wykonawca ma obowiązek pełnić całodobowo dyżury dla realizacji prac interwencyjnych oraz prac zawiązanych z usuwaniem padłych zwierząt,
   1.2. Załącznik IIIA do SIWZ ZESTAWIENIE KOSZTÓW ZADANIA – ZADANIE NR 1, poz. 1 „Gotowość techniczna" jednostka miary: „miesiąc".
2. G.: Utrzymanie zimowe dróg podstawowego układu komunikacyjnego Miasta G. – II Zakresy
   Załącznik 2 do SIWZ Wzór umowy § 5 ust. 2 pkt 2.1 lit. a) – wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania w okresie zimowym stanu gotowości zimowej przy użyciu zadysponowanego pręż Zamawiającego sprzętu dyżurnego,

3. S.: Zimowe oczyszczanie miasta S.:
   SIWZ: Wysokość stawki ryczałtu dziennego brutto za utrzymanie gotowości zimowej obejmuje wszelkie koszty wynikające z konieczności dysponowania potencjałem technicznym oraz osobowym, koszty zakupu środków uszorstniających, koszty stałe zarządu, koszty oczyszczania chodników, mostów,

kładek, wiaduktów, schodów, dróg rowerowych oraz koszty rozstawienia i utrzymania skrzynek na piasek od dnia podpisania umowy jednak nie wcześniej

niż 01.01.2017 r. do 31.03.2017 r. wykonawca musi przywidzieć potrzebę upewnienia dyżurów dyspozytora w okresie od dnia 01.04.2017 r. do 30.04.2017 r. w przypadku wystąpienia gołoledzi lub opadów śniegu na polecenie Zamawiającego,

4. B.: Zimowe utrzymanie jezdni w B. w latach 2016-2020 (4 sezony) – IV części: SIWZ: Cena oferty, w tym ceny jednostkowe czwarta w formularzu ofertowym, winna uwzględniać wszelkie nakłady i koszty pozwalające osiągnąć cel oznaczony w umowie, której wzór stanowi integralną część SIWZ, a w szczególności formę wynagrodzenia za 1 dzień gotowości do pracy w stanie zagrożenia A, w którym nie wystąpi potrzeba wykonywania prac związanych z zimowym utrzymaniem jezdni, według cery jednostkowej określonej w ofercie wykonawcy. Wynagrodzenie za gotowość do pracy będzie wypłacane tylko za dni, w których Zamawiający ogłosi stan zagrożenia A, a nie wystąpi potrzeba wykonywania prac związanych z zimowym utrzymaniem jezdni
5. O.: Zimowe utrzymanie jezdni w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018 na terenie miasta O.
   Załącznik 2 do SIWZ „Formularz cenowy": Za zadysponowany przez ZDZiT sprzęt wraz z operatorami pozostający w gotowości pracy (dyżurujący) przysługuje wynagrodzenie za pozostawanie w gotowości (dyżurze) operatora każdy zadysponowany jednostki sprzętu, za każdą godzinę gotowości – w wysokości określonej w pkt 4 wykażą cen jednostkowych. Nie przewiduje się dolnych limitów dyspozycji sprzętu. Nie uwzględnia się operatorów sprzętu i robotników ładujących materiały na posypywarki,
6. L. – Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta L. w pasach drogowych w rejonach: I, II, III, IV, V, VI, VII i VIII – 8 części
   6.1. SIWZ: utrzymywanie gotowości do podjęcia akcji zimowego utrzymania,

opisanej w programie zimowego utrzymania, w okresie od 1 listopada do 31 marca każdego roku trwania zawartej umowy,

6.2. Załącznik 8 – zimowe oczyszczanie – kosztorys ofertowy rejon I poz. 24 Ryczałt za gotowość, jednostka miary: sezon.

7. W.: Prowadzenie Pogotowia Porządkowego na terenie m.st. W. – Zamawiający w ww. postępowaniu przewidział rozliczenie ryczałtowe za Świadczenie usługi gotowości:
   7.1. Załącznik nr la do SIWZ Formularz cenowy poz. nr 1 przewidujący rozliczenie w ramach umowy w postaci ryczałtu za 1 miesiąc realizacji umowy,
   7.2. projekt umowy § 3 ust. 3: Wykonawca będzie pozostawał w stałej gotowości (24 godziny na dobę) do podjęcia działań, w tym zobowiązany jest do zapewnienia stałej gotowości pracowników oraz sprzętu w liczbie i terminie określonym w załączniku nr 2 do umowy, z tytułu którego Zamawiający rozliczać się będzie w postaci wskazanego ryczałtu miesięcznego.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji następujących postanowień SIWZ:

1. dodanie w załączniku 1 do wzoru umowy CZĘŚĆ V – „Zasady wynagrodzenia" informacji o sposobie wynagrodzenia za usługę „Całodobowa łączność przeznaczona wyłącznie dla Zamawiającego", jako wskazanie ich miesięcznego rozliczenia biorąc pod uwagę, że wykonawca ma zapewnić gotowość w systemie 24h/365dni ponosić będzie ww. koszt bez względu na zleconą ilość akcji,
2. dodanie w załączniku 1 do SIWZ – „Kosztorys" pozycji cenowej umożliwiającej wycenę realizacji usługi „Całodobowa łączność przeznaczona wyłącznie dla Zamawiającego" wraz ze wskazaniem ich miesięcznego rozliczenia biorąc pod uwagę, że wykonawca ma zapewnić gotowość w systemie 24h/365dni i ponosić będzie ww. koszt bez względu na zleconą ilość akcji.

Zarzut 1c

Odwołujący podał, że w załączniku 1 do wzoru umowy, CZĘŚĆ III – „Realizacja prac", pkt 4 ppkt 1 lit a) Zamawiający wskazuje:

„[…]Technologia wykonywanych prac: Posypywanie w ramach akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA Powyższe prace w ramach zadysponowanej akcji, w zależność od zaistniałych zjawisk atmosferycznych i ich intensywności – muszą gwarantować zabezpieczenie i likwidację śliskości zimowej na posypywanej nawierzchni jezdni i uzyskanie standardu „czarnej jezdni" w celu możliwości płynnego poruszania się po nich pojazdów.

W przypadku ciągłych opadów śniegu prace prowadzone winny być na bieżąco. tak, aby nie występowały zaspy śnieżne. zajeżdżony zlodowaciały i ubity śnieg tworzący naboi lodowy utrudniający ruch[…]".

Odwołujący podkreślił, że dla uzyskania „standardu czarnej jezdni" przy „bieżącym prowadzeniu prac podczas opadów śniegu" konieczny jest kilkukrotny przejazd.

Zauważył również, że Zamawiający wymaga „standardu czarnej jezdni", a więc kilkukrotnego przejazdu dla uzyskania wymaganego standardu, przy czym rozliczać będzie wynagrodzenie za ten zakres usług jedynie za jednokrotny przejazd, na co wskazuje określenie sposobu wynagrodzenia za ten zakres usług w załączniku 1 do wzoru umowy, CZĘŚĆ V – „Zasady wynagrodzenia". W pkt 1-3 Zamawiający wskazuje bowiem:

„[…]

1. Sposób rozliczania należności za akcję posypywania („ALFA", „GAMMA", „INTNTERWENCJA", „INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE"), tj. iloczyn długości pasów posypywania i ceny jednostkowej netto za 1 km pasa posypywania CZ1,1 lub CZ1,2 w zależności od zlecanego rodzaju środka.
2. Sposób rozliczania należności za akcję płużenia („BETA", „INTERWENCJA", „INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE"), tj. iloczyn długości pasów płużenia i ceny jednostkowej netto za 1 km pasa płużenia CZ1,3P.
3. Sposób rozliczania należności za akcję płużenia z posypywaniem („BETA-S") suma poniższych pozycji:
   a) koszt płużenia – długość pasów płużenia minus (różnica) długość pasów posypywania Wynik działania (różnicy) razy (iloczyn) cena jednostkowa płużenia CZ1,3P;
   b) koszt pracy pługoposypywarki wykonującej jednocześnie płużenie i asymetryczne posypanie – iloczyn długości pasów posypywania i ceny jednostkowej netto za 1 km pasa płużenia z posypywaniem CZ1,4 lub CZ1,5 w zależności od zlecanego rodzaju środka.

[…]".

W ocenie Odwołującego określony przez Zamawiającego sposób wynagrodzenia za ten zakres usług nie uwzględnia przyjętego przez Zamawiającego sposobu ich realizacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji następujących postanowień SIWZ, przez dodanie w załączniku 1 do wzoru umowy CZĘŚĆ V – „Zasady wynagrodzenia", pkt 1-3, informacji o sposobie wynagrodzenia za realizację usług uwzględniającej ilość (krotność) powtórzeń w następujący sposób:

1. Sposób rozliczania należności za akcję posypywania („ALFA", '"GAMMA", „INTERWENCJA"INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE"), tj. iloczyn długości pasów

posypywania, ceny jednostkowej netto za 1 km pasa, posypywania CZ1,1 lub CZ1,2 w zależności od zlecanego rodzaju środka oraz ilości (krotności) powtórzeń usług po tej samej długości pasów.

2. Sposób rozliczania należności za akcję płużenia („BETA", „INTERWENCJA", „INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE"), tj. iloczyn długości pasów płużenia, ceny jednostkowej netto za 1 km pasa płużenia CZ1,3P oraz ilości (krotności) powtórzeń usług po tej samej długości pasów.
3. Sposób rozliczania należności za akcję płużenia z posypywaniem („BETA-S") suma poniższych pozycji:
   a) koszt płużenia – długość pasów płużenia minus (różnica) długość pasów posypywania. Wynik działania (różnicy) razy (iloczyn) cena jednostkowa płużenia CZ1,3P.
   b) koszt pracy pługoposypywarki wykonującej jednocześnie płużenie i asymetryczne posypanie — iloczyn długości pasów posypywania i ceny jednostkowej netto za 1 km pasa płużenia z posypywaniem CZ1,4 lub CZ1,5 w zależności od zlecanego rodzaju

środka, z uwzględnieniem ilości (krotności) powtórzeń poszczególnych rodzajów usług po tej samej długości pasów.

Zarzut nr 2 – naruszenie art 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp

Zarzut 2a

Zamawiający w pkt XIII SIWZ ustalił jako jedno z pozacenowych kryteriów oceny ofert, kryterium „samodzielna realizacja kluczowych elementów zamówienia" o wadze 11%. W ramach tego kryterium Zamawiający będzie punktował zaoferowanie samodzielnego wykonania (bez udziału podwykonawców) kluczowych elementów zamówienia: akcji „ALFA", „GAMMA", „INTERWENCJA", „INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE" oraz akcji „OCZYSZCZANIA JEZDNI ULIC", tj. „SPRZĄTANIA I ZMYWANIA".

Odwołujący przytoczył przepis art. 91 ust. 2 i 3 Pzp i stwierdził, że kryterium określone przez Zamawiającego, odwołujące się do samodzielności wykonawców, nawiązuje do podmiotowych właściwości wykonawcy, w szczególności do jego zdolności technicznych i zawodowych określających zakres usług, które może świadczyć samodzielnie, bez konieczności posiłkowania się zasobami innych przedsiębiorców (podwykonawców). Kryterium to będzie preferować duże podmioty wbrew intencjom ustawodawcy europejskiego i krajowego.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z motywem 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych („Dyrektywa klasyczna") oraz motywem 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień

przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych („Dyrektywa sektorowa") przedmiotem nowelizacji było wdrożenie instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Celem nowelizacji było między innymi zwiększenie udziału w zamówieniach publicznych wnoszących największy wkład w wytworzenie PKB małych i średnich przedsiębiorstw. Jedną z form zwiększenia dostępu do zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorcom w rozumieniu dyrektyw okazało się podwykonawstwo — art. 71 ust. 5 Dyrektywy klasycznej i art. 88 ust. 5 Dyrektywy sektorowej.

Ustawodawca krajowy implementując regulacje obu dyrektyw do prawa zamówień publicznych:

1. zdefiniował umowę o podwykonawstwo – art. 2 pkt 9b Pzp,
2. uprawnił zamawiającego do weryfikacji podwykonawców pod kątem braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia – art. 25a ust. 5 Pzp,
3. nałożył na zamawiającego obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań odnoszących się do zatrudnienia przez wykonawców i jego podwykonawców na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności, jeśli ich charakter wskazuje na pracę w rozumieniu art. 22 § 1 K.p. – art. 29 ust. 3a Pzp oraz nałożył wymagania odnoszące się do weryfikacji nałożonego na wykonawcę i jego podwykonawców obowiązku zatrudnienia wskazanych osób na podstawie przepisów K.p. – art. 36 ust. 2 pkt 8a Pzp,
4. zobowiązał zamawiających do sformułowania istotnych postanowień, które wykonawcy będą obowiązani wprowadzić do umów o podwykonawstwo – art. 36 ust 2 pkt 11 Pzp,
5. określił zasady powierzania części zamówienia podwykonawcom oraz zmiany podwykonawców w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego – art. 36a, 36b i 36ba Pzp,
6. dopuścił możliwość posłużenia się dowodami podwykonawców w celu wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska – art 90 ust. 1 pkt 5 Pzp,
7. wprowadził umowne zasady ochrony interesu podwykonawców w trakcie realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego oraz zakres istotnych postanowień umownych, które powinny być uwzględnione w umowach o podwykonawstwo – art. 143a-143d Pzp.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, w Pzp zagwarantowano zwiększenie dostępu do zamówień publicznych przedsiębiorcom przez podwykonawstwo uregulowane jej przepisami.

Zgodnie z art 91 ust. 3 Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, finansowej lub technicznej, mogą natomiast dotyczyć kwestii obejmujących organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie zdolności zawodowych personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zamówienia (art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp).

Analiza kryteriów oceny ofert wymienionych w art 91 ust. 2 Pzp oraz zakazu wynikającego z art. 91 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający jest objęty zakazem stosowania kryteriów odnoszących się do właściwości podmiotowych wykonawcy, w szczególności do jego zdolności technicznych określonych potencjałem technicznym, od którego zakresu i poziomu zależy, czy wykonawca będzie zmuszony skorzystać z wyspecjalizowanych podwykonawców w celu wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że stosownie do treści art. 36a ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp zamawiający mają prawo zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Przepisy Pzp tylko w takich przypadkach wskazują, że przy postawieniu takiego ograniczenia przez zamawiającego, wykonawcy nie mogą angażować podwykonawców. W pozostałych przypadkach wykonawca może w sposób nieograniczony powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy na etapie składania ofert (art. 36a ust. 1 Pzp) lub po przystąpieniu do wykonania zamówienia (art. 36ba Pzp), a zamawiający żąda wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania firm podwykonawców – art 36b ust 1 i 1a Pzp.

Zamawiający ma także możliwość weryfikować podwykonawców pod kątem braku podstaw do wykluczenia, wynika to wprost z § 9 ust 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126), zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9, dotyczących podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, a który nie jest podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a Pzp.

Reasumując, przepisy Pzp regulują zasady angażowania i zmiany podwykonawców, w tym uprawnienie zamawiającego do badania braku podstaw wykluczenia z postępowania,

oraz określają istotne postanowienia umowne, które należy stosować w umowach w sprawie zamówienia publicznego i w umowach o podwykonawstwo. Nie przewidują one innych możliwości ograniczania podwykonawcom dostępu do realizacji zamówień publicznych, zatem ustanowienie kryterium odnoszącego się do samodzielności wykonawcy, które *de facto* ogranicza udział małych przedsiębiorców w realizacji zamówień publicznych w charakterze podwykonawców, jest jawną formą obejścia zakazu wyrażonego w art. 91 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do kwestionowanego kryterium oceny ofert Odwołujący wskazał, że ograniczenie dostępu podwykonawcom, zwłaszcza specjalizującym się w wykonawstwie określonych usług nie ma żadnego związku z jakością realizowanego zamówienia, ani z technicznym czy organizacyjnym sposobem wykonania tego zamówienia. Wykonawca, czy to z udziałem podwykonawcy, czy bez jego udziału, ma obowiązek zrealizować zamówienie należycie.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji postanowień SIWZ przez usunięcie kryterium oceny ofert określonego w pkt XIII SIWZ – kryterium 3 „samodzielna realizacja kluczowych elementów zamówienia" o wadze 11% oraz kar umownych związanych z tym kryterium oceny ofert (§ 7 ust. 7 wzoru umowy).

Zarzut 2b

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający ustanowił kryterium oceny ofert nr 2a-2d „aspekt środowiskowy zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi

pługoposypywarek/zamiatarek spełniających normę emisji spalin, co najmniej EURO 5/EURO 6" bez zdefiniowania, co Zamawiający rozumie pod pojęciem podwykonawcy, w szczególności czy chodzi w tym wypadku także o leasingodawców.

Zarzuty nr 3 i 4 – część wspólna

Zgodzić należy się z tezą, że Zamawiający jest uprawniony do kształtowania treści przyszłej umowy na wykonanie zamówienia wedle swojego uznania i potrzeb, przy czym podkreślić należy, że swoboda zamawiającego nie jest w tym zakresie nieograniczona. Postanowienia umowne nie mogą naruszać natury stosunku prawnego, zasad współżycia społecznego oraz prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia jednej strony, a treść wzoru umowy powinna być jednoznaczna i precyzyjna, tak aby było możliwe skalkulowanie ryzyka oraz kosztów. Treść załączonego do SIWZ wzoru umowy nie może zawierać postanowień sprzeciwiających się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zauważyć należy, że analiza upublicznionego przez

Zamawiającego wzoru umowy, stanowiącego część SIWZ, prowadzi do wniosku, że owe granice zostały w kilku przypadkach.

Odwołujący przytoczył przepisy art. 5, art. 353 1 , art. 471, art. 472, art. 484 § 1 i 4 K.c. i wskazał, że Zamawiający w § 7 wzoru umowy (Załącznik 4 do SIWZ) określił kary umowne w podziale na zakresy usług związane z utrzymaniem zimowym oraz z oczyszczaniem letnim.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 36 ust. 16 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 139, a także w zw. z art. 14 Pzp i art. 5 K.c. przez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony

Zarzut 3a

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy za opóźnienie w dojeździe w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO lub TRASA w nomach czasowych, o których mowa w części III ust. 3 załącznika 1 do umowy (z wyjątkiem nieprzewidzianych zdarzeń losowych zaistniałych z przyczyn niezależnych od wykonawcy), Zamawiający naliczy wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 200 zł za każde rozpoczęte 30 minut opóźnienia. Kara naliczona będzie w odniesieniu do każdy opóźniony jednostki sprzętowy, a łączna kara za opóźnienia w odniesieniu do jednej zleconej akcji nie przekroczy 600 zł.

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 lit. c) wzoru umowy za nieterminowe oczyszczenie określone w części IV ust. 1 pkt 5 w załączniku 3, tj. sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy letniego utrzymania w wariancie podstawowym lub oczyszczenie w wariancie rozszerzonym, jeżeli wykonawca w ofercie zadeklarował taki sposób realizacji prac, wynagrodzenie wykonawcy zostanie pomniejszone o następujące kwoty 100% wartości prac za sprzątnięcie lub zmycie trasy lub czyści trasy letniego utrzymania – w przypadku opóźnienia w usunięciu nieprawidłowości w czasie przekraczającym 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania, a ponadto Zamawiający naliczy wykonawcy karę umowną w wysokości 1.500 zł w odniesieniu do każdej Zakwestionowanej trasy letniego utrzymania.

W ocenie Odwołującego sformułowanie „opóźnienie" może prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych, w szczególności gdy § 7 ust. 1 pkt 7 wskazuje wprost „z wyjątkiem nieprzewidzianych zdarzeń losowych zaistniałych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy".

Kara umowna, zgodnie z art. 484 K.c., jest formą zryczałtowanego odszkodowania w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, natomiast z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązaniem ma się do czynienia w razie winy dłużnika. Z tego względu — zdaniem Odwołującego – właściwym określeniem dla ww.

kar umownych jest „zwłoka", a zastrzeganie kar umownych za „opóźnienie" może prowadzić do sporów i wątpliwości interpretacyjnych, co do ważności i skutków prawnych przedmiotowych klauzul umownych.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji postanowień SIWZ przez zmianę § 7 ust. 1 pkt 7 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 lit. c) wzoru umowy przez zastąpienie mechanizmu naliczania kar umownych za opóźnienie mechanizmem naliczania kat umownych za zwłokę.

Zarzut 3b

Odwołujący podał, że w § 7 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy wskazano:
„[…]
Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł za zasypanie, w trakcie wykonywania zleconych prac, terenów przyległych (chodników, trawników, przystanków ZTM itp..):
a) środkami do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej,
b) spłużonym śniegiem,
c) błotem pośniegonym.
Kara będzie naliczana od każdej trasy zimowego utrzymania, lub czyści trasy zimowego utrzymania (odcinka jezdni ulicy), na której stwierdzono ww. zdarzenie.
[…]".

Analogicznie, w § 7 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy przewidziano, że:
„[…]Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł w przypadku stwierdzenia zanieczyszczania na terenach przyległych do powierzchni oczyszczanych łub pozostawienia urobku na oczyszczanej trasie. Kara będzie naliczana od każdy trasy lub części trasy (odcinka jezdni ulicy) letniego utrzymania, na której stwierdzono ww. zdarzenie po przekroczeniu terminu określonego w cz. IV ust. 1 pkt 5 załącznika 3.[…]".

Tożsame postanowienie zawiera § 7 ust. 12 wzoru umowy:
„[…]Za stosowanie w trakcie realizacji prac oczyszczania sprytu wydmuchującego np. dmuchaw mechanicznych, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5 000 zł w odniesieniu do każdy trasy lub czyści trasy (odcinka jezdni ulicy% na której stwierdzono ww. zdarzenie.[…]".

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wyjaśnił, co rozumie pod pojęciem „odcinek jezdni ulicy", czy za odcinek jezdni ulicy należy rozumieć np. każdy przystanek ZTM, czy też określonej długości chodnik, czy też określonej powierzchni trawnik. Brak definicji „odcinka jezdni ulicy" uniemożliwia wycenę ryzyka związanego z realizacji usługi.

Skoro kara ma charakter ryczałtowy, Zamawiający winien określić definicję „odcinka jezdni ulicy", bowiem nie jest możliwe ustalenie czy określona kara ma charakter kary rażąco wygórowanej i niewspółmiernej do wysokości szkody oraz czy będzie kompensować w całości wynagrodzenie należne wykonawcy za realizację usługi.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji postanowień SIWZ przez usunięcie § 7 ust. 1 pkt 8, § 7 ust. 2 pkt 5 oraz § 7 ust. 12 wzoru umowy, względnie o dookreślenie przez Zamawiającego definicji „odcinka jezdni ulicy" z jednoczesnym ustaleniem wysokości kary umownej współmiernie do wysokości szkody poniesionej przez Zamawiającego bez kompensaty całości wynagrodzenia wykonawcy za ten zakres usług.

Następnie Odwołujący podniósł, że w § 7 ust. 1 pkt 12 oraz § 7 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy Zamawiający określił, że:
„[…]Za brak sygnału z satelitarnego systemu lokalizacji i kontroli pracy GPS z jednostek sprzętowych od momentu ogłoszenia do zakończenia akcji, Zamawiający naliczy karę w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek.[…]".

Ww. postanowienia pozostają, zdaniem Odwołującego, w sprzeczności z § 7 ust. 1 pkt 11 oraz w § 7 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy, w których Zamawiający wskazuje, że:
„[…]W przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji (GPS) z każdej jednostki sprzętowej w ramach zleconych akcji, o ile będzie ona dłuższą niż 10 minut, a dane nie zostaną uzupełnione o dane z wewnętrznego urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin od powiadomienia, Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 200 zł od każdej jednostki sprzętowej, która nie przykazuje wymaganych informacji GPS.[…]".

Odwołujący stwierdził, że skoro w § 7 ust. 1 pkt 11, jak i w § 7 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy Zamawiający przewiduje możliwość uzupełnienia wymaganych informacji GPS z każdej jednostki sprzętowej w ramach zleconych akcji o dane z wewnętrznego urządzenia rejestrującego zamontowanego w pojeździe w ciągu 24 godzin od powiadomienia, to brak jest podstaw do naliczenia kary umownej za brak sygnału z satelitarnego systemu lokalizacji i kontroli pracy. Brak sygnału może być uzależniony wieloma czynnikami niezależnymi od wykonawcy, chociażby warunkami pogodowymi.

Z powyższych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji postanowień SIWZ polegających na usunięciu § 7 ust. 1 pkt 12 oraz § 7 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 18 wzoru umowy:

„[…]W przypadku niewykonania lub nieuzasadnionego (nie wynikającego z przyczyn obiektywnych) odwołania prac Sprzątania jezdni ulic, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 2 500 zł. Kara będzie naliczana do momentu prawidłowego wykonania prac za każde rozpoczęte 24 godziny.[…]".

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wyjaśnił, co rozumie pod pojęciem „nie wynikające z przyczyn obiektywnych odwołanie prac". Brak definicji uniemożliwia wycenę ryzyka związanego z realizacją usługi. Skoro kara ma charakter ryczałtowy, to Zamawiający winien określić definicję „nie wynikające z przyczyn obiektywnych odwołanie prac", bowiem nie jest możliwe ustalenie czy określona kara ma charakter kary rażąco wygórowanej i niewspółmiernej do wysokości szkody oraz czy będzie kompensować w całości wynagrodzenie należne wykonawcy za realizację usługi.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji postanowień SIWZ przez usunięcie § 7 ust. 1 pkt 18 wzoru umowy, względnie o dookreślenie przez Zamawiającego definicji „nie wynikające z przyczyn obiektywnych odwołanie prac" z jednoczesnym ustaleniem wysokości kary umownej współmiernie do wysokości szkody poniesionej przez Zamawiającego bez kompensaty całości wynagrodzenia wykonawcy za ten zakres usług.

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 139 w zw. z art. 14 Pzp i art. 5, art. 353 1 oraz art. 484 § 2 K.c. przez nałożenie dwukrotnych kar umownych za te same okoliczności oraz nałożenie rażąco wygórowanych kar umownych na wykonawcę

Zarzut 4a

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 wzoru umowy:

„[…]

1) W przypadku, gdy Wykonawca w terminach określonych w załączniku nr 1, 2 (dotyczy akcji ALFA., BETA, BETA-S, INTERWENCJA, INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE, INTERWENCJA – KRUSZYWO):
   a) nie posypie co najmniej 90% szerokości jezdni ulicy zleconej trasy zimowego utrzymania lub zleconej czyści trasy Zimowego utrzymania (odcinka jezdni ulicy);
   b) nie odpłuży całej szerokości jezdni ulicy zleconej trasy zimowego utrzymania lub części zleconej trasy zimowego utrzymania (odcinka jezdni ulicy);

   wynagrodzenie Wykonawcy ustalone w oparciu o ceny jednostkowe netto wskazane w załączniku nr 10, zostanie pomniejszone o 25% w odniesieniu do trasy zimowego utrzymania lub części zleconej trasy zimowego utrzymania (odcinka jezdni ulicy) na którym stwierdzono ww. nieprawidłowości,

2) W przypadku określonym w ust 1 pkt 1, lit a) i b) niniejszego paragrafu gdy Wykonawca nie poprawi (usunie) wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości, w ciągu 30 minut od zgłoszenia, Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za całą trasę zimowego utrzymania, na której stwierdzane zostały nieprawidłowości w wykonywanych pracach – wskazane w protokole kontroli. Zamawiający dodatkowo naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną: a) w wysokości 1 500 zł od każdej zakwestionowanej trasy zimowego utrzymania (dot.
   akcji ALFA, BETA, BETA-S),
   b) w wysokości 500 zł od każdego zakwestionowanej odcinka jezdni ulicy (dot. działań INTERWENCJA, INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE, INTERWENCJA – KRUSZYWO w przypadku gdy zlecony jest odcinek jezdni ulicy a nie cała trasa zimowego utrzymania),
   c) w wysokości 1 000 zł od każdej zakwestionowanej trasy zimowego utrzymania w przypadku akcji INTERWENCJA, INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE, INTERWENCJA – KRUSZYWO, gdy Zamawiający zleci całą trasę zimowego utrzymania.

3) W przypadku określonym w ust. 1 pkt 2 niniejszego para jaju zryczałtowane kary umowne będą naliczane do czasu usunięcia przez Wykonawcę wskazanych nieprawidłowości, z zastrzeżeniem, że dla wariantu opisanego w pkt 2 lit a) rekontrola odbędzie się nie wcześniej niż 2 godz. natomiast dla wariantu opisanego w pkt 2 lit b) i c) rekontrola odbędzie się nie wcześniej niż 1 godz. od niepoprawionych a wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości.

[…]".

Uwzględniając powyższe postanowienia umowne, Zamawiający za tę samą okoliczność stanowiącą w istocie nienależyte wykonanie umowy (§ 7 ust. 1 pkt 2 w stosunku do pkt 1) nalicza dwukrotnie karę umowną – nie dość, że wykonawca w przypadkach, o których mowa w § 7 ust 1 pkt 2 nie otrzyma wynagrodzenia, to dodatkowo Zamawiający zobowiązuje go do zapłaty zryczałtowanej kary umownej. Ponadto, sformułowanie w § 7 ust. 1 pkt 3 „kary umowne będą naliczane do czasu usunięcia przez Wykonawcę wskazanych nieprawidłowości" sugeruje, że Zamawiający będzie naliczał zryczałtowane kary, co 1 godz. lub co 2 godz. – Zamawiający tym samym zamiast zrekompensować sobie szkodę powstałą w związku z nienależytym wykonaniem usług, wzbogaca się kosztem wykonawcy.

Odwołujący oświadczył, że taka sytuacja taka jest niedopuszczalna.

karą za tę samą przejawiającą się Obciążanie dwukrotnie umowną okoliczność w nienależytym uznać za z naturą wykonaniu zobowiązania należy sprzeczne odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 353 1 w zw. z art. 361 § 1 i 2 w zw. z art. 483 § 1 2

K.c.). Odpowiedzialność odszkodowawcza służyć ma wyrównaniu szkody a nie wzbogaceniu się uprawnionego. Skoro strony oszacowały wysokość kary umownej za niewykonanie zobowiązania, to jednokrotna płatność rekompensuje tę szkodę.

Ponadto w § 7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający jako termin poprawienia nieprawidłowości wskazuje 30 min., natomiast w § 7 ust. 1 pkt 3 określa, że rekontrola nastąpi po upływie odpowiednio 1 lub 2 godz. od niepoprawionych a wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości.

Analogicznie jak w § 7 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy Zamawiający ukształtował kary w § 7 ust. 1 pkt 4, 5 oraz 6 wskazując, że:

„[…]

4) W przypadku, gdy Wykonawca w terminach określonych w załączniku nr 1, nie posypie co najmniej 90% szerokości jezdni ulicy trasy cumowego utrzymania — obejmującej niebezpieczne odcinki jezdni ulic (GAMMA) nie otrzyma wynagrodzenia za całą trasę zimowego utrzymania obejmującą niebezpieczne odcinki jezdni ulic, na której zgłoszone Zostały nieprawidłowości w wykonywanych pracach, wskazane w protokole kontroli,
5) W przypadku określonym w ust. 1 pkt 4 niniejszego paragrafu, gdy Wykonawca nie poprawi (usunie) wskazanych przez "Zamawiającego nieprawidłowości, w ciągu 30 minut od zgłoszenia, Zamawiający dodatkowo naliczy Wykonawcy Zryczałtowaną karę umowną:
   a) w wysokości 2 000 zł od każdej zakwestionowanej trasy zimowego utrzymania obejmujący niebezpieczne odcinki jezdni ulic (GAMMA),
   b) w wysokości 500 zł od każdego zakwestionowanego odcinka jezdni ulicy w przypadku, gdy zlecony jest odcinek jezdni ulicy zawierający się w trasie zimowego utrzymania obejmującej niebezpieczne odcinki jezdni ulic;
6) W przypadku określonym w ust. 1 pkt 5 niniejszego paragrafu zryczałtowane kary umowne będą naliczane do czasu usunięcia przez Wykonawcę wskazanych nieprawidłowości, z zastrzeżeniem, że rekontrola odbędzie się nie wcześniej niż 30 min od niepoprawionych a wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości dla wariantu opisanego w pkt 5.

[…]".

Uwzględniając powyższe postanowienia umowne, Zamawiający za tę samą okoliczność stanowiącą w istocie nienależyte wykonanie umowy (§ 7 ust. 1 pkt 5 w stosunku do pkt 4) nalicza dwukrotnie karę umowną – nie dość, że wykonawca w przypadku, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 nie otrzyma wynagrodzenia, to dodatkowo Zamawiają zobowiązuje go do zapłaty zryczałtowanej kary umownej. Ponadto, sformułowanie w § 7 ust. 1 pkt 6

„kary umowne będą naliczane do czasu usunięcia przez Wykonawcę wskazanych nieprawidłowości" sugeruje, że Zamawiający będzie naliczał zryczałtowane kary, co 30 min – Zamawiający tym samym zamiast zrekompensować sobie szkodę powstałą w związku z nienależytym wykonaniem usług, wzbogaca się kosztem wykonawcy.

Tożsame postanowienia o podwójnym naliczaniu kar umownych Zamawiający zawarł w § 7 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy, który stanowi, że:

„[…]

Za nieterminowe oczyszczenie określone w czyści IV ust. 1 pkt 5 w załączniku 3, tj. sprzęgnięcie lub zmycie trasy lub czyści trasy letniego utrzymania w Wariancie podstawowym lub oczyszczenie w Wariancie rozszerzonym, jeżeli Wykonawca w ofercie zadeklarował taki sposób realizacji prac, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie pomniejszone o następujące kwoty:

a) 20% wartości prac za sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy letniego utrzymania – w przypadku usunięcia nieprawidłowości w ciągu 6 godzin – od wyznaczonej terminu wykonania,
b) 50% wartości prac za sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy letniej utrzymania – w przypadku usunięcia nieprawidłowości w czasie dłuższym niż 6 godzin, lecz nie dłuższym niż 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania, a ponadto Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł w odniesieniu do każdej Zakwestionowanej trasy letniej utrzymania,
c) 100% wartości prac za sprzątnięcie lub zmycie trasy lub czyści trasy letniego utrzymania – w przypadku opóźnienia w usunięciu nieprawidłowości w czasie przekraczającym 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania, a ponadto Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 500 zł w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy letniego utrzymania.

[…]".

Uwzględniając powyższe postanowienia umowne, Zamawiający za tę samą okoliczność stanowiącą w istocie nienależyte wykonanie umowy nalicza dwukrotnie karę umowną – w lit. a, b i c – Zamawiający stopniowo obniża wynagrodzenie wykonawcy do 100% – całkowicie kompensując wynagrodzenie wykonawcy za ten zakres usług a dodatkowo Zamawiają zobowiązuje go do zapłaty zryczałtowanej kary umownej. Ponadto, sformułowanie „w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy letniego utrzymania" sugeruje, że Zamawiający będzie naliczał zryczałtowane kary niezależnie od tego, czy nienależyte wykonanie usługi odnosi się do całej trasy czy też jej części – Zamawiający tym samym zamiast zrekompensować sobie szkodę powstałą w związku

z nienależytym wykonaniem usług, wzbogaca się kosztem wykonawcy.

Mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji postanowień SIWZ przez:

1. usunięcie lub zmianę postanowień wzoru umowy kar umownych tak, aby nie miały one charakteru podwójnego obciążania za tę samą okoliczność przejawiającą się w nienależytym wykonaniu zobowiązania w zakresie: a) § 7 ust. 1 pkt 2,
   b) § 7 ust. 1 pkt 5,
   c) § 7 ust. 2 pkt 1 lit. b i c,
2. zmianę postanowień wzoru umowy w zakresie kar umownych tak, aby były one współmierne do okoliczności stanowiących podstawę do ich naliczenia w zakresie:
   a) zmiany § 7 ust. 1 pkt 2 przez zmianę terminu poprawienia nieprawidłowości z „30 min." na 1 godz. lub 2 godz. stosownie do treści § 7 ust. 1 pkt 3,
   b) usunięcie sformułowania „kary umowne będą naliczane do czasu usunięcia przez Wykonawcę wskazanych nieprawidłowości" z postanowień § 7 ust. 1 pkt 3 i 6 wzoru umowy,
   c) usunięcie sformułowania „w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy letniego utrzymania" z postanowienia § 7 ust. 2 pkt 1 lit b i c wzoru umowy.

Zarzut 4b

Odwołujący stwierdził, że rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu

umowy, z uwzględnieniem okresu zwłoki, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Odwołujący podkreślił, że ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 K.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.

W § 7 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że „[…]W przypadku,

---

gdy Wykonawca w terminach określonych w załączniku nr 1, nie posypie co najmniej 90% szerokości jezdni ulicy trasy zimowego utrzymania – obejmującej niebezpieczne odcinki jezdni ulic (GAMMA) nie otrzyma wynagrodzenia za cała trasę dymowego utrzymania obejmującą niebezpieczne odcinki jezdni ulic, na której zgłoszone zostały nieprawidłowości w wykonywanych pracach, wskazane w protokole kontroli.[…]".

Określona przez Zamawiającego kara umowa jest rażąco wygórowana i nieadekwatna do szkody – w ewentualnej Zamawiającego kompensuje całości wynagrodzenie wykonawcy za ten zakres usług bez uwzględnienia jakiegokolwiek stopnia realizacji poniżej 90%. Nie sposób zatem nie przyjąć, że ww. kary umowne są również rażąco wygórowane, jeżeli zachwiana zostaje relacja pomiędzy wartością kary umownej a wartością wynagrodzenia za wykonanie danego zakresu usług (wartość kar umownych jest w tych przypadkach równa bądź zbliżona do wartości wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych usług).

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 15 oraz § 7 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy:

„[…]W przypadku realizacji prac doczyszczania tras zimowego utrzymania bez włączonego i sprawnie działającego systemu zraszania w trakcie wykonywania robót, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł od każdego zaistniałego zdarzenia.[…]",

„[…] W przypadku sprzątania bez włączonego i sprawnie działającego systemu zraszania w trakcie wykonywania zleconych prac, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1 000 zł od każdego Zaistniałego zdarzenia.[…]".

W zastrzeżonej karze umownej Zamawiający nie przewiduje nawet takiej sytuacji, w której wykonawca przy awarii systemu zraszania i podstawieniu innego urządzenia spełniającego wymogi w SIWZ, wykona należycie usługę. Brak jest tym samym jakiegokolwiek uzasadnienia dla szkody powstałej u Zamawiającego przy realizacji usługi, która zostanie należycie wykonana. Brak tym samym podstaw do obciążenia karą umową.

Niewspółmierną karę umowną Zamawiający określił również w § 7 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy, zgodnie z którym:

„[…]Jeżeli Wykonawca zobowiązał się do realizacji Sprzątania jezdni ulic w Wariancie rozszerzonym, w przypadku nie wykonania zmywania jezdni w ramach Sprzęgania jezdni ulic w Wariancie rozszerzonym (określonym w części II ust. 3 w załącznika 3) w terminie, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 5 000 zł za jedno naruszenie, w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy letniego utrzymania.[…]".

Uwzględniając powyższe postanowienie umowne Zamawiający nalicza karę umowną w znacznie wygórowanej wysokości. Kara ma pośrednio również charakter dwukrotnego obciążenia za niewykonanie usługi, po pierwsze, w przypadku niewykonania usługi wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia, nadto wykonawca będzie obowiązany do zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej – znacznie powyżej należnego wynagrodzenia wykonawcy za ten zakres usług.

W § 7 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający wskazuje:

„[…]Jeżeli w trakcie kontroli przeprowadzonej zgodnie z § 6 ust. 6 przed rozpoczęciem

sezonu zimowego oraz letniego Wykonawca nie będzie dysponował jednostkami sprzętowymi określonymi w Załączniku nr 11 Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 20 000 zł w odniesieniu do każdej brakującej jednostki sprzętowej.[…]".

W świetle powyższego Zamawiający nalicza karę umowną w znacznie wygórowanej wysokości. Kara nie ma związku ani z niewykonaniem ani z nienależytym wykonaniem jakichkolwiek usług stanowiących przedmiot zamówienia. Wyjaśnić należy, że przedmiotem zamówienia nie jest „posiadanie jednostek sprzętowych" a wykonanie usług przy użyciu określonych jednostek sprzętowych. W postanowieniu umownym Zamawiający nawet nie przewiduje sytuacji w której jednostka sprzętowa będzie w serwisie technicznym. Karę Zamawiający chce naliczać „przed rozpoczęciem sezonu zimowego oraz letniego", a więc tak naprawę w każdym czasie realizacji umowy bowiem Zamawiający nie dookreślił co rozumie pod pojęciem „przed rozpoczęciem sezonu" – jaki okres (dzień, tydzień miesiąc, kwartał) przez to rozumie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji postanowień SIWZ przez:

1. zmianę sposobu naliczenia kar oraz obniżenie kar umownych, tak aby nie miały one charakteru rażąco wygórowanych w zakresie:
   a) § 7 ust. 1 pkt 4 – adekwatnie do stopnia realizacji poniżej 90% szerokości jezdni ulicy,
   b) § 7 ust. 2 pkt 2 – adekwatnie do szkody jaką Zamawiający poniesie z tytułu niewykonania usługi przez wykonawcę
2. usunięcie kar umownych nieodnoszących się do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w zakresie § 7 ust 1 pkt 15, § 7 ust. 2 pkt 4 i § 7 ust. 4 wzoru umowy.

Zarzut nr 5 – naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 142 ust. 5 Pzp przez ustalenie trybu zmiany umowy (§12 ust 6 wzoru umowy) jako „negocjacji"

Odwołujący przytoczył przepis art. 142 ust. 5 Pzp i wskazał, że Zamawiający w § 12

ust. 4 wzoru umowy, przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku wskaźników, określonych w art. 142 ust. 5 Pzp, przy czym w § 12 ust. 6 i 7 wskazał:

„[…]

6. Wprowadzenie zmiany wskazanej w ust. 4 wymaga złożenia przez Wykonawcę:
   1) wniosku o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia, 2) szczegółowego uzasadnienia wpływu zmian wskaźników na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę, Zawierającego w szczególności kalkulację uwzględniającą, zależnie od zakresu ogłoszonych zmian:
      kosztorys przedstawiający proponowane ceny jednostkowe i wartości (netto, brutto), −
      liczbę pracowników zatrudnionych przy realizacji umowy, −
      formę zatrudnienia ww. pracowników, −
      wskazanie liczby pracowników objętych ubezpieczeniami społecznymi − i ubezpieczeniem zdrowotnym
   3) kopii, poświadczonego za godność z oryginałem, dokumentu potwierdzającego objęcie podatkiem od towarów i usług dostaw lub usług świadczonych przez Wykonawcę w związku z realizacją umowy.
7. Uzgodnione w wyniku negocjacji zmiany wynagrodzenia zostaną wprowadzone do umowy w formie aneksu.

[…]".

Odwołujący wskazał, że Postępowanie zostało wszczęte po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232), którą został dodany art. 142 ust. 5 Pzp, zatem w stosunku do zmian umowy w zakresie wskazanym w ww. przepisie nie zachodzi możliwość jej „negocjacji". Stosownie do nowelizacji możliwość negocjacji została zarezerwowana jedynie w obrębie zawartych przed wejściem w życie przepisów nowelizacyjnych umów w sprawach zamówień przekraczających okres 12 miesięcy (art. 4 ustawy nowelizacyjnej), jeżeli zmiany wymienione w art. 142 ust. 5 pkt 1-3 Pzp będą miały wpływ na koszty wykonania przez wykonawcę zamówienia publicznego, wynikającego z zawartej przed dniem wejścia w życie tej ustawy na okres dłuższy niż 12 miesięcy, każda ze stron umowy, w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących tych zmian, może zwrócić się do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia.

Intencją ustawodawcy było zobligowanie zamawiających do takiego uregulowania w umowach kwestii waloryzacji, aby w razie wystąpienia okoliczności uzasadniających uruchomienie mechanizmu waloryzacji strony nie toczyły sporów co do przebiegu tej

procedury. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że przy takich postanowieniach umownych spory są wręcz nieuniknione – Zamawiający identyczne postanowienia umowne stosował w zawartych z Odwołującym umowach w przedmiocie: kompleksowe ręczne oczyszczanie na terenie m.st Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2015-2018. Wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany było poprzedzone negocjacjami, w wyniku których ustalone ceny nie rekompensowały zmian wynikających ze zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji postanowień SIWZ przez usunięcie z § 12 ust. 6 wzoru umowy wyrażenia .”o przeprowadzenie negocjacji” i § 12 ust. 7 w całości.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu Pzp, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad Pzp oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co bezpośrednio przekłada się na postanowienia wzoru umowy – naruszył podstawowe zasady Pzp, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie uzasadniając wniosek w następujący sposób.

Zarzut 1a

Zamawiający wyjaśnił, że postępowania na mechaniczne utrzymanie jezdni ulic przeprowadza od 1993 r. Przyjęty sposób wynagradzania wykonawców za zlecone prace w niezmienionej formie funkcjonuje od 2002 r.

Zamawiający w poprzednich postępowaniach (oraz w pierwotnej wersji SIWZ w Postępowaniu) przewidywał uwzględnianie kosztów akcji ALFA-0 i GAMMA-0 w wynagrodzeniu przewidzianym za akcje główne (Alfa oraz Gamma).

Akcje przygotowawcze (z oznaczeniem „0”) polegają na tym, że wykonawca ładuje na określoną liczbę pojazdów odpowiednie środki do usuwania śliskości, rozlokowuje pojazdy w określonych punktach na terenie Warszawy i oczekuje na zlecenie akcji głównej (ALFA lub GAMMA). Jeżeli dojdzie do zlecenia akcji głównej, wtedy wykonawcy otrzymują wynagrodzenie za daną akcję ALFA lub GAMMA. Jeżeli zaś akcja przygotowawcza (0) nie dojdzie do realizacji, pojazdy wracają do bazy.

Z ustaleń Zamawiającego wynika, że koszt akcji przygotowawczych, które zakończyły się powrotem pojazdów na bazę (nie doszło do zlecenia akcji głównej), w skali całego zamówienia, mają znikomy udział w kosztach. Przykładowo, w ostatnim sezonie zimowym (październik 2016 – kwiecień 2017) średnia liczba akcji ALFA z wszystkich rejonów Warszawy wyniosła 31, zaś łączne wynagrodzenie wykonawców z tego tytułu wyniosło ok. 33 mln zł. Natomiast średnia liczba akcji przygotowawczych ALFA-0, które skończyły się powrotem na bazę (nie doszło do zlecenia akcji ALFA) wyniosła 5 (średnia z 15 rejonów). Z szacunków Zamawiającego wynika, że średni koszt zorganizowania akcji ALFA-0 ponoszony przez wykonawców wynosi ok. 34 tys. zł, co stanowi 3% łącznej ceny przeprowadzenia jednej akcji ALFA. Na powyższy koszt składają się: załadunek pojazdów, dojazd pojazdów w wyznaczone miejsca na trasie, powrót pojazdów na bazę oraz rozładunek, koszt pracy kierowcy.

W związku z tym Zamawiający przyjął, że koszt akcji przygotowawczych jest niewielki w stosunku do łącznej wartości przychodów (wynagrodzenia) wykonawcy, który jest uzyskiwany przy realizacji prac zimowego utrzymania. Przykładowo, w sezonie zimowym 2016/2017, średni koszt akcji ALFA-0 niezakończonych akcją ALFA wyniósł 34.440,00 zł, przy średnim przychodzie wykonawców z akcji ALFA w wysokości 1.067.682,00 zł, zatem koszt poniesiony z tego tytułu stanowi ok. 3 % uzyskanego przez wykonawców

wynagrodzenia z tytułu akcji ALFA.

W odniesieniu do łącznej wartości rocznego wynagrodzenia wykonawców, które opiewa na kwotę 39.473.989,00 zł, a koszt 5 akcji ALFA-0 (średnia z 15 Rejonów) niezakończonych akcją ALFA, Zamawiający szacuje na 172.200,00 zł co stanowi 0,44 % łącznego wynagrodzenia wykonawców uzyskiwanego przez 1 rok realizacji umowy.

Zamawiający uznał więc, że poziom ryzyka, który wykonawcy muszą ponosić w związku z koniecznością realizacji akcji przygotowawczych (0) jest dopuszczalny w zakresie zwykłego ryzyka gospodarczego, które powinno zostać przez każdego z wykonawców wkalkulowane w realizację umowy.

Podkreślić należy, że prace będące przedmiotem zamówienia są realizowane przez podmioty profesjonalne, z wieloletnim doświadczeniem w realizacji tego rodzaju umów oraz wiedzą historyczną w zakresie liczby poszczególnych rodzajów akcji przygotowawczych, zlecanych na przestrzeni poprzednich lat.

Pomimo tego, że w ocenie Zamawiającego, dotychczasowy model rozliczania akcji przygotowawczych był w pełni zgody z regulacjami Pzp i K.c., Zamawiający postanowił przejąć to ryzyko na siebie. Zmiana SIWZ dokonana w dniu 14 czerwca 2017 r. wprowadziła opisane powyżej rozwiązanie.

Zarzut 1b

Zarzut dotyczy postanowień SIWZ, które po zmianach z dnia 14 czerwca 2017 r. otrzymały następujące brzmienie (cz. II załącznika nr 1 do wzoru umowy ust. 1):

„[…]1. Dysponować całodobową łącznością przeznaczoną wyłącznie dla Zamawiającego, w tym: minimum jednym numerem telefonu, oddzielną linią faksową, pocztą elektroniczną.

Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia całodobowej łączności z osobą wyznaczoną do nadzoru i kontaktów z Zamawiającym zgodnie z § 12 ust. 13 pkt 2.

Szczegóły dotyczące zaplecza technicznego określa załącznik nr 13 do umowy.[…]".

Zgodnie z przytoczonym postanowieniem Zamawiający wymaga, aby wykonawca realizujący zamówienie zapewnił możliwość stałego, całodobowego kontaktu z Zamawiającym. W związku z wagą zadań powierzonych wykonawcy oraz pojawiającymi się w dotychczasowej współpracy problemami w kontakcie (zajętość linii telefonicznej, przeoczenie korespondencji mailowej trafiającej na ogólną skrzynkę pocztową) Zamawiający wprowadził wymóg, aby wykonawca dysponował odrębną (dedykowaną) linią telefoniczną, faksową oraz adresem poczty elektronicznej.

Powszechnie wiadomo, że koszty tego rodzaju usług telekomunikacyjnych są niewielkie – abonament na utrzymanie miesięczne dwóch linii telefonicznych oraz utworzenie adresu mailowego w posiadanej domenie są kosztami rzędu 100-200 zł miesięcznie.

Zarzut 1c

Zgodnie z SIWZ, wynagrodzenie wykonawcy jest należne za przeprowadzenie jednej, kompleksowej akcji określonego rodzaju (ALFA, BETA, GAMMA, INTERWENCJA). Wykonawca, w ramach przeprowadzonej akcji, ma wykonać określony w opisie przedmiotu zamówienia minimalny zakresy czynności (np. w przypadku akcji ALFA jest to co najmniej jedno posypanie odpowiednim środkiem chemicznym). Technologia wykonania prac ma doprowadzić do uzyskania oczekiwanego przez zamawiającego rezultatu – usunięcia lub zapobieżenie śliskości jezdni. W zależności od warunków atmosferycznych, organizacji pracy, doboru ilości środków chemicznych oraz *know-how* poszczególnych wykonawców (np. skorzystania z możliwości jazdy z opuszczonymi pługami przy wykonywaniu prac posypywania), osiągnięcie zamierzonego rezultatu może nastąpić na różne sposoby.

W związku z tym Zamawiający rozlicza wynagrodzenie za przeprowadzenie jednej, kompleksowej akcji, a nie – jak oczekuje Odwołujący – za pojedyncze przejazdy samochodu, który posypie lub spłuży jezdnię.

Przyjęte w SIWZ zasady wynagradzania zostały określone w sposób jednoznaczny i jasny dla wykonawców. Ten sam model wynagradzania jest stosowany przez

Zamawiającego od 15 lat i dotychczas nie budził żadnych wątpliwości wykonawców. Takie same zasady wynagradzania (a więc również szacowania cen przez wykonawców) funkcjonują od lat.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że zmiana dotychczasowych zasad wynagradzania, polegająca na wprowadzeniu wynagrodzenia za poszczególne przejazdy, w ocenie Zamawiającego, przyniosłaby negatywne, nieprzewidywalne skutki finansowe. Wprowadzenie wynagrodzenia za jeden przejazd zamiast za jedną kompleksową akcję, może doprowadzić do zmiany sposobu wykonania zamówienia przez wykonawców oraz znacznego, niemożliwego do oszacowania wzrostu kosztów realizacji zamówienia. Jeżeli wynagrodzenie wykonawcy będzie uzależnione od jednego przejazdu, w interesie wykonawcy będzie wykonanie jak największej liczby przejazdów w ramach jednej akcji, ponieważ wraz z każdym przejazdem jego wynagrodzenie będzie wyższe. W związku z tym, zamiast jednokrotnego przejazdu i posypania jezdni większą ilością środka, w interesie wykonawcy będzie np. trzykrotny przejazd z zastosowaniem mniejszej ilości środków chemicznych. Uzyskany efekt będzie taki sam, odmienny sposób działania będzie przyjęty jedynie w celu uzyskania większego wynagrodzenia.

Zarzut 2a

Wprowadzenie jako jednego z kryterium oceny ofert zobowiązania wykonawcy do samodzielnej realizacji kluczowych części zamówienia publicznego nie odnosi się do właściwości wykonawcy, lecz do organizacji prac w ramach realizacji zamówienia publicznego.

Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że realizacja zamówienia w zakresie kluczowych elementów przez jeden podmiot (wykonawcę) ma znaczenie dla lepszej organizacji i terminowości realizowanych prac. Przy pracach tego rodzaju prawidłowa koordynacja działań, która jest lepsza przy wykonywaniu zamówienia przez jeden podmiot, pozytywnie wpływa na sposób realizacji zamówienia.

Zamawiający podał, że zgodnie z art. 36a ust. 1 pkt 2 Pzp, może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Skoro więc może wprowadzić bezwzględny warunek w tym zakresie (jednoznacznie zobligować wykonawców do samodzielnego działania), to tym bardziej możliwe jest dopuszczenie takiej opcji – zapewnienie wykonawcom możliwości wyboru co do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia (co będzie premiowane przez Zamawiającego) lub ewentualnie skorzystanie z udziału podwykonawcy.

Wprowadzone rozwiązanie zapewnia większą konkurencyjność wśród wykonawców,

daje szersze pole do ukształtowania przez wykonawcę ostatecznego sposobu wykonania zamówienia.

Zarzut 2b

Zamawiający podał, że Pzp nie wymaga od zamawiającego wprowadzenia odrębnej definicji podwykonawcy na potrzeby prowadzonego postępowania. Wręcz przeciwnie – pojęcie podwykonawcy i podwykonawstwa w rozumieniu Pzp jest jednoznaczne, w związku z czym zamawiający nie może w sposób odmienny definiować tego pojęcia, podobnie jak nie może wprowadzić własnej definicji np. wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że definicję podwykonawstwa zawiera art. 2 pkt 9b Pzp. Podwykonawcą jest więc podmiot trzeci (w stosunku do zamawiającego i wykonawcy), który w oparciu o umowę zawartą z wykonawcą będzie realizował część usług będących przedmiotem zamówienia publicznego. Wynika stąd, że dysponowanie przez wykonawcę potencjałem technicznym w oparciu o umowę leasingu, nie czyni z leasingodawcy podwykonawcy zamówienia publicznego. Leasingodawca nie będzie realizował zamówienia publicznego, nie będzie więc podwykonawcą w rozumieniu Pzp.

Zarzut 3a

Pojęcia opóźnienia i zwłoki są ukształtowane w prawie cywilnym. Uprawnienie stron do rozszerzenia kodeksowej odpowiedzialności za zwłokę dłużnika w spełnieniu świadczenia wynika z art. art. 473 § 1 K.c. Zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie oznacza, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za każdy przypadek niewykonania zobowiązania, przyczyny powodujące niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania nie mają znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej.

Naliczanie kar umownych za opóźnienie jest klasycznym przykładem zastosowania rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika za uchybienie terminu wykonania świadczenia określonego w umowie. Powyższe rozwiązanie jest powszechnie przyjęte w obrocie gospodarczym oraz mieści się w granicach swobody stron w konstruowaniu stosunku

cywilnoprawnego.

W oparciu o art. 473 § 1 K.c. strony mogą umownie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika. Jeżeli strony zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania.

Ukształtowanie przez Zamawiającego stosunku cywilnoprawnego w oparciu o rozwiązania prawne wprost przewidziane w przepisach Kodeksu cywilnego, nie może być uznane za działanie niedopuszczalne.

Zarzut 4a i 4b – część wspólna

Na wstępie Zamawiający wskazał, że założenia w oparciu o które Odwołujący formułuje swoje zarzuty dotyczące kar umownych, są błędne. Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, która w imieniu m. st. Warszawy wykonuje pewną część zadań ustawowych jednostki samorządowej. W tym przypadku są to zadania związane z utrzymaniem odpowiedniego poziomu standardu bezpieczeństwa i czystości dróg publicznych. Prace te są realizowane na rzecz społeczeństwa – osób korzystających z dróg publicznych, mieszkańców Warszawy. Zamawiający nie wykonuje tych prac „dla siebie", lecz dla tych wszystkich podmiotów, dla których utrzymanie odpowiedniego standardu dróg w Warszawie ma znaczenie. Tym samym, punktem odniesienia do wysokości kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem świadczeń przez wykonawców nie mogą być szkody ponoszone przez Zamawiającego – w klasycznym ujęciu uszczuplenia aktywów wierzyciela (straty oraz utraconych korzyści). W przypadku nienależytego wykonania świadczeń przez wykonawców szkodą są wszelkie konsekwencje związane z nienależytym utrzymaniem drogi publicznej, a więc są to wszystkie bezpośrednie i pośrednie straty poniesione przez osoby trzecie lub społeczność lokalną, w tym paraliż komunikacyjny, opóźnienia komunikacji miejskiej, spóźnienia do pracy, niedostarczenie towarów na czas, wypadki i kolizje drogowe itd.

W związku z powyższym, nie można również wprost odnosić wysokości kar umownych do wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji poszczególnych strat, lecz w pierwszej kolejności należy je odnieść do skutków oraz wagi, jakie mogłyby wywołać ewentualne nieprawidłowości w wykonaniu umowy dla funkcjonowania społeczności lokalnej.

Zamawiający wskazał, że kary umowne były konstruowane właśnie pod takim kątem. W sytuacji, gdy nienależyte wykonanie umowy mogłoby wywołać poważne konsekwencje, kary umowne muszą być odpowiednio wysokie – szczególnie dotyczy to prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg.

Tym samym, dokonując oceny zasadności oraz wysokości poszczególnych kar umownych, w pierwszej kolejności należy mieć na uwadze funkcję motywacyjną zastosowanych kar umownych, która ma na celu stymulowanie wykonawców do należytego i terminowego wykonania czynności określonych w umowie. Z perspektywy Zamawiającego, funkcja kompensacyjna kary umownej, do której odwołują się wykonawcy w formułowanych zarzutach, ma znaczenie drugorzędne.

Zarzut 4a

Zarzut jest nietrafiony, ponieważ Zamawiający nie nalicza dwóch kar za to samo

naruszenie. Kary umowne określone w § 7 ust. 1 oraz § 7 ust. 2 wzoru umowy, dotyczą nienależytego wykonania poszczególnych akcji zimowego utrzymania dróg. Przewidziany w umowie mechanizm ma charakter sankcji progresywnej – wraz z upływem czasu opóźnienia w prawidłowym wykonaniu prac, sankcje w postaci pomniejszenia wynagrodzenia (tzw. odliczenia) oraz naliczone kary umowne są coraz wyższe i są naliczane aż do momentu prawidłowego wykonania prac. Zastosowanie odliczenia w połączeniu z karą umowną jest stosowane od wielu lat, jest to mechanizm w pełni zrozumiały przez wykonawców. Dla wykonawcy ma znaczenie końcowa wysokość sankcji, a nie mechanizm jej naliczenia – przykładowo taki sam skutek dla wykonawcy ma naliczenie kary w wysokości 1.500,00 zł, jak obniżenie wynagrodzenia o 1.000,00 zł z jednoczesnym naliczeniem kary umownej w kwocie 500,00 zł – niezależnie od zastosowanego mechanizmu w obu przypadkach wysokość sankcji będzie taka sama i wyniesie 1.500,00 zł.

W ocenie Zamawiającego powyższy zarzut jest nieuzasadniony, zasady stosowania sankcji związanych z nienależytym wykonaniem umowy mieszczą się w dopuszczalnych ramach swobody umów (art. 353 1 K.c.), nie prowadzą również do naruszenia art. 484 § 2 K.c.

Zarzut nr 5

Zgodnie z art. 142 ust. 5 Pzp w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, umowa winna zawierać zapisy o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmian wskaźników wskazanych w tym przepisie, w tym zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W ocenie Zamawiającego prowadzenie negocjacji w rozumieniu art. K.c., a więc doprowadzenie do porozumienia w zakresie wszystkich postanowień, które mają być przedmiotem zmian w umowie i zgodne ustalenie przez strony ostatecznego kształtu zmian w umowie, jest jedyną możliwą formą dokonania waloryzacji umowy.

Szczególnie w przypadku żądań wykonawców związanych ze wzrostem wynagrodzenia minimalnego, Zamawiający musi zweryfikować żądania wykonawcy, liczbę zatrudnionych pracowników z wynagrodzeniem minimalnym, stopień ich zaangażowania (wymiaru czasu pracy) w ramach realizacji danej umowy. Ponadto, odwołujący pomija istotną okoliczność, iż zamawiający może zaciągnąć zobowiązanie w ramach posiadanych środków. W związku z konstrukcją budżetów jednostek sektora finansów publicznych, która nie przewiduje możliwości wprowadzenia odrębnej pozycji w budżecie na ewentualne waloryzacje (wszystkie sumy są przypisane do realizowanych zadań), w przypadku konieczności waloryzacji zawartych umów konieczne są przesunięcia w budżecie jednostki. Zamawiający może więc zaciągnąć nowe zobowiązanie do tej wysokości, jaką jest w stanie

wygospodarować w ramach posiadanego budżetu – jest to wartość graniczna, której nie może przekroczyć, w przeciwnym razie doszłoby do naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że nie zawsze pierwotne oczekiwania finansowe zgłaszane przez danego wykonawcę znajdowały odzwierciedlenie w przedstawianych przez niego materiałach, które miały wykazywać zasadność waloryzacji o wnioskowaną kwotę. W związku z tym przyjęta procedura jest niezbędna do weryfikacji żądań wykonawców przed wprowadzeniem zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, zmiana wynagrodzenia określonego w umowie wymaga zgodnego oświadczenia stron umowy – a więc również zgody Zamawiającego na modyfikację istniejącego stosunku cywilnoprawnego. Gdyby wolą ustawodawcy był automatyzm we wprowadzeniu zmian wynagrodzenia, wprowadziłby klauzulę waloryzacyjną, która *ex lege* modyfikuje stosunek zobowiązany lub ewentualnie uprawnienie dla wykonawcy do modyfikacji umowy mocą jednostronnego oświadczenia woli.

W piśmie procesowym z 30 czerwca 2017 r. Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski odwołania, a w ustosunkowaniu do stanowiska Zamawiającego, argumentował jak niżej.

Zarzut nr 1a

Odwołujący podkreślił okoliczność, którą – w jego ocenie – Zamawiający pomija w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający ma możliwość zlecenia akcji ALFA i GAMMA bez uprzedniej konieczności zlecenia akcji uzupełniających, tj. ALFA-0 oraz GAMMA-0.

W przypadku odwołania akcji ALFA-0 oraz GAMMA-0, przy pierwotnym brzmieniu SIWZ, wykonawca nie otrzymywał żadnego wynagrodzenia. Po modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego 14 czerwca 2017 r. wykonawca realizując odwołaną akcję ALFA-0 lub GAMMA-0 otrzyma 3% wynagrodzenia za akcję GAMMA lub ALFA.

Odwołujący podał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego jakie padły na rozprawie, należy wskazać, że akcje uzupełniające ALFA-0 oraz GAMMA-0 nie różnią się od akcji ALFA i GAMMA jedynie czasem oczekiwania kierowców na wykonanie właściwych akcji. Rzeczywiste różnice to czas pracy kierowców obejmujący nic tylko czas oczekiwania, ale również załadunku, powrotu na bazę i rozładunku. Co ważne, nie można przyjąć za realne, że czas oczekiwania na zlecenie właściwej akcji, kierowca spędzi w samochodzie na wyłączonym silniku. Kabina samochodu nie ma dodatkowego urządzenia grzewczego np. akumulatorowego. Kierowca nie może opuścić samochodu ponieważ ma w tym czasie „oczekiwać” na polecenie przeprowadzenia akcji właściwej. Biorąc pod uwagę fakt, że akcje

te dotyczą sezonu zimowego nie można założyć, jak to uczynił Zamawiający, że koszty akcji ALFA-0 oraz GAMMA-0 to jedynie koszty czasu pracy kierowców oczekujących nawet 4 godziny w miejscu ZERO lub TRASA przy minusowej temperaturze powietrza. Nie można również przyjąć, jak wskazał Zamawiający na rozprawie, że kierowcy są cały czas zatrudnieni do realizacji wszystkich prac w ramach umowy, zatem uzupełniające akcje nie generują po stronie wykonawców dodatkowych kosztów.

O ile koszty dojazdu/pracy kierowców do miejsca ZERO lub TRASA wykonawca uwzględnia w cenie akcji ALFA i GAMMA, tak w przypadku akcji uzupełniających ALFA-0 oraz GAMMA-0 wykonawca kosztów tych nie ma jak uwzględnić, ponieważ w kalkulacji cenowej nie ma odpowiedniej pozycji ceowej, a wykonawca nie ma pewności ile akcji zostanie mu zlecone w trakcie realizacji umowy.

Zamawiający wskazał, że z jego ustaleń wynika, jakoby koszty akcji uzupełniających ALFA-0 oraz GAMMA-0, które zakończyły się powrotem pojazdów na bazę w sytuacji gdy nie doszło do zlecenia akcji głównej w skali zamówienia mają znikomy udział w kosztach. Zamawiający przedstawił w załączniku do odpowiedzi na odwołanie wykaz zawierający m.in. ilość ogółem zleconych akcji głównych oraz ilość odwołanych akcji uzupełniających ALFA-0 oraz GAMMA-0.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający porównuje ze sobą nieprawidłowe dane, wykazując jedynie zlecone akcje główne ALFA i GAMMA i pomijając zlecone akcje uzupełniające ALFA-0 oraz GAMMA-0. Zamawiający przedstawił dane w sposób manipulacyjny uzyskując znaczne rozbieżności. Ponadto, zestawienie w zakresie dotyczącym Rejonu XV (przyjmując, że Zamawiający przedstawił w nim dane tylko i wyłącznie z ostatniego sezonu zimowego 2016/2017) na którym obecnie świadczy usługi Odwołujący, nie zawiera danych rzeczywistych. Z zestawienia wynika, że liczba odwołanych akcji ALFA-0 wynosiła 4, natomiast akcji GAMMA-0 – 2. Odwołujący stwierdził, że rzeczywista liczba akcji w sezonie 2014/2015 oraz 2015/2016, za które nie otrzymał wynagrodzenia była większa od tych za które wynagrodzenie zostało mu wypłacone.

Odwołujący zauważył, że w sezonach wcześniejszych, bilans akcji zakończonych działaniami w stosunku do akcji uzupełniających odwołanych przedstawia się odwrotnie do sezonu zimowego 2016/2017. Uwzględniając fakt, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane analogicznie jak bieżąca umowa, tj. przez 3 sezony zimowe, należy wziąć pod uwagę liczby akcji zleconych przez Zamawiającego od początku realizacji aktualnej umowy.

Średni stosunek akcji zakończonych działaniami w stosunku do akcji uzupełniających odwołanych, od początku realizacji przez Odwołującego umowy zawartej z Zamawiającym na Rejon XV wynosi: 51% do 49% (39 akcji ALFA-0 oraz GAMMA-0 ogółem zleconych, 20

akcji zakończonych działaniami, a 19 akcji odwołanych).

Odwołujący oświadczył że uwzględniając jedynie podstawowe czynniki cenotwórcze ponoszone w związku z wykonaniem akcji uzupełniających ALFA-0 oraz GAMMA-0, niezakończonych działaniami właściwych akcji, uwzględniając obecnie realizowaną umową, ponosi koszty dwukrotnie wyższe od tych jakie zaproponował Zamawiający w dokonanej modyfikacji. Na koszty te składają się również koszty dyspozytorni, koszty przygotowania, składowania załadunku i rozładunku chlorku sodu (w tym ubytków/straty materiału podczas czynności załadunku i rozładunku, jak i koszty dodatkowych związanych z kruszeniem i przesiewaniem zbrylonej części materiału w związku z wyjazdem na akcję), koszty nadzoru, koszty warsztatu, koszty' administracyjne i ogólne ponoszone przez Odwołującego.

Należy również zauważyć, że na koszt akcji ALFA-0 składa się też koszt oczekiwania na nią, który nie jest nigdzie uwzględniony. Ponadto, koszt akcji ALFA zleconej po akcji uzupełniającej jest wyższy od tego, gdyby ta akcja została zlecona bez poprzedzającej ją akcji 0. Uwzględniając powyższe, każda zlecona przez Zamawiającego akcja ALFA-0 i niezakończona akcją ALFA oznacza dla Odwołującego straty, biorąc pod uwagę stosunek 51% akcji ALFA-0 zakończonych akcją ALFA, do 49% akcji ALFA-0, które Zamawiający odwołał.

Zamawiający ustalając dla każdego z wykonawców sztywne wynagrodzenie w wysokości 3% za realizację akcji ALFA-0 oraz GAMMA-0, które zostały odwołane, uniemożliwia wykonawcom samodzielne kształtowanie wysokości wynagrodzenia, co jest

prawem wykonawcy a Zamawiający nie może określać w tym zakresie żadnych ograniczeń, czy narzucać niejako stosowanie ceny sztywnej.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający winien uwzględnić ten rodzaj usług (akcji ALFA-0 oraz GAMMA-0, które zostały odwołane) w kosztorysie (kalkulacji cenowej) w oddzielnej pozycji wraz ze wskazaniem szacunkowej ilości takich akcji, co pozwoli każdemu z wykonawców określić cenę uwzględniając te same dane, tym samym czyniąc oferty ze sobą porównywalne. Zadaniem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający dokonanie wyceny jego realizacji przez wykonawcę.

Biorąc pod uwagę fakt, że zamówienie jest udzielane przez Zamawiającego nie pierwszy raz, argument podniesiony przez Zamawiającego na rozprawie, zgodnie z którym Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ile akcji uzupełniających zostanie zleconych nie ma żadnego logicznego uzasadnienia. Zamawiający ma bowiem wiedzę o liczbach zleconych i odwołanych akcji uzupełniających z każdego roku i w bardzo prosty sposób może zebrać te dane i wyciągnąć średnią liczbę na sezon, która będzie szacunkowa i pozwoli wykonawcom realnie wycenić te usługi.

Pozostawienie przez Zamawiającego wynagrodzenia za akcje ALFA-0 oraz GAMMA-0, które zostały odwołane w wysokości odgórnie ustalonej na kwotę 3% wynagrodzenia wykonawcy za akcje ALFA lub GAMMA, które *de facto* nie pokrywają nawet podstawowych kosztów ponoszonych przez wykonawców będzie wymuszało na wykonawcach uwzględnienie ryzyka w związku z tymi kosztami, które nie zostaną pokryte w ramach 3% wynagrodzenia w cenę akcji ALFA lub GAMMA, zaś ryzyko to obciąży Zamawiającego.

Model „pośredniego" wynagrodzenia, jak to określił sam Zamawiający, nie jest odpowiednim sposobem wynagrodzenia usług wykonawcy, a już na pewno nie pokrywa faktycznych kosztów realizacji tych usług. Wykonawca winien otrzymać wynagrodzenie przynajmniej pokrywające ponoszone koszty oraz zysk na minimalnym poziomie. Zamawiający na rozprawie mówił o „funkcji zarobkowej" wykonawcy, całkowicie pomijając fakt, że to Zamawiający zleca akcje a Wykonawca ma jedynie prawo do ich wyceny wg własnego uznania. Cena jest kluczowym kryterium oceny ofert - o wadze 60% - zatem Wykonawcy mają realną możliwość konkurowania ze sobą właśnie poprzez cenę.

Przypomnieć należy również, co zostało podniesione na rozprawie, że o takie ukształtowanie sposobu wynagrodzenia, jaki ustalił Zamawiający, nie wnosił żaden z trzech odwołujących, którzy podnieśli zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w związku z nieokreśleniem jakiegokolwiek wynagrodzenia wykonawcy za ten zakres usług. Fakt, że pierwotne postanowienia SIWZ były w tym zakresie tożsame z warunkami realizacji umów z lat ubiegłych nie stanowi żadnego uzasadnienia dla utrzymywania ich w dalszym ciągu, biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający coraz częściej korzysta z tych akcji w stosunku do lat ubiegłych.

Zarzut nr 1b

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy zarzut, zgodnie z treścią odwołania i żądania Odwołującego, jest znacznie szerszy niż wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający błędnie przyjmuje, że całodobowa łączność przeznaczona wyłącznie dla Zamawiającego to tylko koszty usług telefonicznych i internetowych. Odwołujący wskazuje, że jest to jedynie jeden z elementów na który zwrócono uwagę w pierwszej kolejności w odwołaniu. W uzasadnieniu wyraźnie wskazano, że pod pojęciem gotowości technicznej do świadczenia usługi dla Zamawiającego mieści się o wiele więcej elementów, co potwierdziły również podane przykłady SIWZ. Ktoś bowiem musi po stronie wykonawcy odbierać zgłoszenia telefoniczne, czy e-maile od Zamawiającego, ktoś musi oczekiwać w gotowości na terenie bazy do ewentualnej podjęcia akcji, czy wreszcie ktoś musi nad osobami i całą akcją sprawować nadzór, o czym najwyraźniej Zamawiający zapomniał, albo

świadomie pomija ten elementów kosztów ponoszonych przez wykonawców, w tym Odwołującego.

Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do uzasadnienia odwołania w zakresie związanym z „gotowością techniczną". Gotowość ta to nie tylko łączność z Zamawiającym, ale i zadysponowanie na potrzeby Zamawiającego określonej ilości sprzętu, osprzętu,

materiałami i wreszcie pracownikami, których wykonawca nie może przeznaczyć do realizacji innych usług, bowiem nie byłby w stanie wykonać akcji dla Zamawiającego, gdyby pracownicy w tym czasie wykonywaliby czynności odśnieżania na innych terenach. Za tak rozumianą „gotowość techniczną" Zamawiający nie chce płacić Odwołującemu i innym wykonawcom żadnego wynagrodzenia, co stoi w sprzeczności z realiami jakie panują na rynku przy tego typu usługach.

Odwołujący wskazał w odwołaniu postanowienia różnych SIWZ, z których wynika tożsamość usług w stosunku do przedmiotu niniejszego zamówienia, w zakresie związanym z utrzymaniem „gotowości zimowej", tj. właśnie „gotowości technicznej" wymaganej przez Zamawiającego. Inni zamawiający różnie określają sposób wynagrodzenia za ten rodzaj usług (jest on dzienny, godzinowy, miesięczny, sezonowy), ale wykonawcy takowe wynagrodzenie za bycie gotowym do świadczenia usługi otrzymują.

W przedmiotowym zamówieniu, mimo że Zamawiający wymaga pełnej dyspozycyjności na własne potrzeby nie płaci za to wykonawcy żadnego wynagrodzenia. Wykonawca jedynie co może uczynić to uwzględnić wynagrodzenie w wycenie akcji. W tym jednak wypadku wykonawca nie ma żadnej pewności ile akcji zostanie mu zleconych i jak w rzeczywistości ukształtuje się wynagrodzenie i czy poziom stale ponoszonych kosztów zostanie pokryty.

Tu również wykonawcy otrzymują „wynagrodzenie pośrednie", kalkulując koszty tej gotowości technicznej w cenach jednostkowych poszczególnych usług. W tym miejscu należy podkreślić, że ryzyko jest wówczas przerzucane w całości na wykonawcę, który nie ma pewności co do tego czy odzyska wyłożone z góry środki, ponieważ, nie ma pewności ile akcji Zamawiający mu zleci.

Może też się zdarzyć tak, że niektórzy wykonawcy podwyższą cenę za akcję a Zamawiający zapłaci cenę wyższą za poszczególne rodzaje usług, zamiast płacić wykonawcy wynagrodzenie realne za „gotowość techniczną", które w skali miesięcznej będzie niższe niż koszt jednej akcji. Ponadto będzie to wynagrodzenie realne za pozostałe usługi (pokrywające jedynie faktyczne koszty tych usług), na czym Zamawiającemu powinno zależeć z punktu przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów.

Aby zrealizować całość usług związanych z mechanicznym zimowym i letnim utrzymaniem dróg wykonawca powinien zapewnić jako stały ponoszony koszt: bazę, stałą łączność i pełną gotowość.

Zarzut 1c

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy należne jest za przeprowadzenie jednej kompleksowej akcji określonego rodzaju. Wskazał, że wykonawca w ramach przeprowadzonej akcji ma wykonać określony w OPZ minimalny zakres czynności, np. w przypadku akcji ALFA jest to co najmniej jedno posypanie odpowiednim środkiem chemicznym, a zastosowana technologia wykonania prac ma doprowadzić do uzyskania oczekiwanego przez Zamawiającego rezultatu – usunięcia lub zapobieżenia śliskości jezdni. W zależności od warunków atmosferycznych, organizacji pracy, doboru ilości środków chemicznych oraz know-how poszczególnych wykonawców, osiągnięcie zamierzonego rezultatu może nastąpić na różne sposoby. Zamawiający podkreślił ponadto, że ten model wynagrodzenia jest stosowany przez Zamawiającego od 15 lat i dotychczas nie budził żadnych wątpliwości wykonawców.

Odwołujący podał, że zgodnie z OPZ, to Zamawiający a nie wykonawca decyduje o rodzaju prowadzonej akcji oraz o rodzaju środka, który ma zostać użyty do zwalczania i zapobiegania śliskości zimowej. Ponadto akcje mają być prowadzone na bieżąco podczas opadów śniegu (ALFA i GAMMA).

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że Zamawiający zleca wykonanie danej akcji przy użyciu słabszej mieszanki środka chemicznego (oszczędzając na wypłacie wynagrodzenia wykonawcy), a mając na uwadze „kompleksowość" akcji, wykonawca dla uzyskania efektu „czarnej jezdni" ma dokonać kilkukrotnych przejazdów, mimo, że przy założeniu zlecenia akcji przy użyciu silniejszej mieszanki wykonawca mógłby ten efekt osiągnąć po jednym lub maksymalnie dwóch przejazdach. Jeżeli Zamawiający określa wykonanie akcji jako kompleksowe to powinien pozostawić po stronie wykonawcy sposób jej organizacji ale nie ograniczając go jedynie do dostosowania ilości użytego środka, ale i co do jego rodzaju. W sytuacji natomiast, gdy wykonawca ograniczony jest zleceniem otrzymanym

od Zamawiającego ze wskazaniem środka chemicznego, który ma zostać użyty przez wykonawcę ryzyko nieosiągnięcia wymaganego przez Zamawiającego efektu jest tym samym zależne od samego Zamawiającego. Tego ryzyka wykonawca nie może przyjąć na siebie uwzględniając własne doświadczenie w tym zakresie z Zamawiającym.

Zamawiający ma mylne przekonanie twierdząc, że zmiana dotychczasowych zasad wynagradzania będzie w interesie wykonawcy, który zamiast jednokrotnego przejazdu i posypania jezdni większą ilością środka, musi wykonać trzykrotny przejazd z

zastosowaniem mniejszej ilości słabszego środka chemicznego. Przypomnieć Zamawiającemu należy, że to on ustalił w OPZ określony czas prowadzenia każdej z akcji. Za opóźnienia w zakończeniu akcji Zamawiający żąda niewspółmiernie wysokich kar umownych. Czy Zamawiający sądzi, że przy takich postanowieniach wzoru umowy, wykonawcy będzie opłacać się tracić czas na kilkukrotny przejazd i sypanie mniejszą i słabszą mieszanką tylko po to by po stronie wykonawcy koszty przeprowadzenia akcji niebotycznie wzrosły jednocześnie dodając do tego konieczność zapłaty kar umownych Zamawiającemu?

Zamawiający wskazał, że w przypadku akcji ALFA wymagane jest co najmniej jedno posypanie odpowiednim środkiem chemicznym. Podkreślić w tym miejscu należy, że w żadnym postanowieniu SIWZ nie ma informacji jaką minimalną krotność posypywania środkiem chemicznym Zamawiający wymaga dla poszczególnych rodzajów akcji. W SIWZ nie ma informacji, którą Zamawiający podał w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym żądanie Odwołującego jest w pełni uzasadnione. Zamawiający winien określić minimalną krotność posypywania dla poszczególnych rodzajów akcji lub przyjąć, o co wnosi Odwołujący, że ceny podane w kosztorysie (kalkulacji) obejmują wyłącznie jednokrotny przejazd.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wnosi o:

o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji następujących postanowień SIWZ poprzez dodanie w Zał. 1 do wzoru umowy CZĘSC V — Zasady wynagrodzenia pkt 1-3 informacji o sposobie wynagrodzenia za realizację usług uwzględniającej ilość (krotność) powtórzeń w następujący sposób:

Zarzut nr 2a

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że kryterium oceny ofert nr 3 nie odnosi się do właściwości wykonawcy, lecz do organizacji prac w ramach realizacji zamówienia publicznego. Realizacja zamówienia w zakresie kluczowych elementów przez jeden podmiot ma znaczenie dla lepszej organizacji i terminowości realizowanych prac.

Odwołujący podał, że w wyroku, na który w tym zakresie powołał się Zamawiający (sygn. akt KIO 2280/16) Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę zakres zamówienia i wagę kryteriów odnoszących się do samodzielności wykonawcy, dopuszczenie podwykonawstwa (ograniczonego do niewielkiego zakresu nieobjętego kryterium samodzielności wykonawcy) jest iluzoryczne. Stwierdziła ponadto, że efekt prawidłowego wykonania usługi możliwy jest do uzyskania nawet jeżeli wykonawca zdecyduje się powierzyć wykonanie określonych elementów przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu.

Odwołujący przypomniał jaki jest zakres usług w ramach zamówienia i stwierdził, że wynika z niego, że wśród 6 rodzajów akcji (akcje uzupełniające ALFA-0 i GAMMA-0 zaliczono do akcji właściwych z uwagi na fakt, że ich zlecenie może prowadzić do zlecenia akcji właściwych – zatem nie można uznać, że akcje te są odrębne), Zamawiający wymienia w kryterium oceny ofert 4 rodzaje akcji w ramach utrzymania zimowego dodając do tego sprzątanie jezdni ulic, oraz wszystkie prace w ramach oczyszczania letniego. *De facto* jedynymi rodzajami usług, które wykonawca może podzlecić jest doczyszczanie tras zimowego utrzymania oraz akcje BETA i BETA-S. Usług wchodzących w zakres tzw. „gotowości technicznej" wykonawca nie może podzlecić z uwagi na fakt, że to właśnie samodzielność wykonania tego zakresu usług jest, zdaniem Odwołującego, kluczowa dla organizacji zleconych przez Zamawiającego prac.

Biorąc pod uwagę obecnie realizowaną umowę należy wskazać, że akcje BETA i BETA-S oraz doczyszczanie tras zimowego utrzymania stanowią niezbyt duży element

całego zakresu przedmiotu zamówienia.

Przy takim zakresie usług stanowiących przedmiot zamówienia w stosunku do usług wskazanych przez Zamawiającego zasadne jest powtórzenie stanowiska Izby z ww. wyroku, że dopuszczenie podwykonawstwa przy takim kryterium oceny ofert ma charakter iluzoryczny i wypacza sen wprowadzonej przez ustawodawcę nowelizacji, która miała za zadanie m. in. dopuścić podwykonawców do rynku zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na to że samodzielna realizacja kluczowych części zamówienie jest lepsza gdy odpowiada za nią wyłącznie Wykonawca, a gorsza gdy uczestniczy w niej podwykonawca.

Zarzut 2b

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że podwykonawcą jest podmiot trzeci (w stosunku do Zamawiającego i wykonawcy), który w oparciu o umowę zawartą z wykonawcą będzie realizował część usług będących przedmiotem zamówienia, a dysponowanie przez wykonawcę potencjałem technicznym w oparciu o umowę leasingu nie czyni z leasingodawcy podwykonawcy zamówienia.

Uwzględniając fakt, że Zamawiający wyjaśnił co będzie rozumieć pod pojęciem wykonawcy powinien w tym zakresie uwzględnić odwołanie a interpretację pojęcia podwykonawcy uwzględnić w postanowieniach SIWZ przy kryteriach oceny ofert nr 2.

Zarzut 3a

Jak wyjaśnił sam Zamawiający, zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie oznacza, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za każdy przypadek niewykonania zobowiązania –

przyczyny powodujące niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zamówienia nie mają znaczenia dla obowiązku zapłaty kary mownej.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy za opóźnienie w dojeździe w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO lub TRASA w normach czasowych, o których mowa w cz. III ust. 3 załącznika nr 1 do umowy (z wyjątkiem nieprzewidzianych zdarzeń losowych zaistniałych z przyczyn niezależnych od wykonawcy), Zamawiający naliczy wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 200 zł za każde rozpoczęte 30 minut opóźnienia.

Konstrukcja kary umownej z § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy, gdzie w jednym zdaniu pojawia się słowo opóźnienie oraz sformułowanie „z wyjątkiem nieprzewidzianych zdarzeń losowych zaistniałych z przyczyn niezależnych od wykonawcy" prowadzi do wątpliwości interpretacyjnych, w konsekwencji nie wiadomo, jaki charakter ma ta kara umowna, bowiem nie można odnieść się wprost do definicji opóźnienia zawartej w K.c.

Analogiczne, zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 2 pkt 1 lit c) wzoru umowy za nieterminowe oczyszczenie określone w części IV ust. 1 pkt 5 w załączniku nr 3, tj. sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy letniego utrzymania w wariancie podstawowym lub oczyszczenie w wariancie rozszerzonym, jeżeli wykonawca w ofercie zdeklarował taki sposób realizacji prac, wynagrodzenie wykonawcy zostanie pomniejszone o 100% wartości prac za sprzątnięcie lub zmycie trasy lub części trasy letniego utrzymania – w przypadku opóźnienia w usunięciu nieprawidłowości w czasie przekraczającym 24 godziny od wyznaczonego terminu wykonania, a ponadto Zamawiający naliczy wykonawcy karę umowną w nyso kości 1.500,00 zł w odniesieniu do każdej zakwestionowanej trasy letniego utrzymania.

W powyższym przypadku opóźnienie w nieterminowym oczyszczeniu trasy letniego utrzymania może być spowodowane niekorzystnymi czynnikami atmosferycznymi czy też zdarzeniem na drodze, którego skutki będą uniemożliwiać realizację usługi. Są to okoliczności niezawinione przez wykonawcę – wykonawca nie ma możliwości ustalenia ryzyka ich wystąpienia.

Przypomnieć należy, że kara umowna, zgodnie z art. 484 K.c., jest formą zryczałtowanego odszkodowania w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, natomiast z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązaniem ma się do czynienia w razie winy dłużnika. Z tego względu – zdaniem Odwołującego – właściwym określeniem dla ww. kar umownych jest „zwłoka", a zastrzeganie kar umownych za „opóźnienie" może prowadzić do sporów i wątpliwości interpretacyjnych co do ważności i skutków prawnych przedmiotowych klauzul umownych.

Zarzut nr 4a i 4b

Zamawiający podkreślił, że wykonuje zadania związane z utrzymaniem odpowiedniego poziomu standardu bezpieczeństwa i czystości dróg publicznych na rzecz społeczeństwa, osób korzystających z dróg publicznych, mieszkańców Warszawy. Z powyższego Zamawiający wywodzi, że punktem odniesienia do wysokości kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem świadczeń przez Wykonawców mogą być szkody ponoszone przez Zamawiającego – w klasycznym ujęciu uszczuplenia aktywów wierzyciela (straty oraz utracone korzyści) – w przypadku nienależytego wykonania świadczeń przez wykonawców szkodą są wszelkie konsekwencje związane z nienależytym utrzymaniem drogi publicznej, a więc są to wszystkie bezpośrednie i pośrednie straty poniesione przez osoby trzecie lub społeczność lokalną, w tym paraliż komunikacyjny, opóźnienia komunikacji miejskiej, spóźnienia do pracy, niedostarczenie towarów na czas, wypadki i kolizje drogowe. Zamawiający podkreślił, że nie można wprost odnosić wysokości kar umownych do wynagrodzenia wykonawcy z tytułu poszczególnych strat, lecz w pierwszej kolejności należy je odnieść do skutków oraz wagi, jakie mogłyby wywołać ewentualne nieprawidłowości w wykonaniu umowy dla funkcjonowania społeczności lokalnej.

Odwołujący stwierdził, że stanowisko Zamawiającego jest zupełnie oderwane od rzeczywistości. W przypadku zgłoszenia jakiekolwiek szkody doznanej przez mieszkańca Warszawy, np. z tytułu upadku na nieodśnieżonym chodniku, to nie Zamawiający ponosi odpowiedzialność a wykonawca, któremu usługi odśnieżania chodnika zostały powierzone. Zamawiający na poparcie swoich twierdzeń nie przedstawił żadnego dowodu, nie wskazał ile roszczeń wpłynęło do niego w związku z nienależytym wykonaniem usług w ramach obecnie zawartych umów. Zamawiający nie uprawdopodobnił żadnych strat, jakimi został w przeszłości obciążony przez osoby trzecie/mieszkańców Warszawy.

W sytuacji, kiedy Zamawiający dysponuje dokumentem potwierdzającym działalności przez z realizacją ubezpieczenie prowadzonej wykonawcę związanej zamówienia, w przypadku wystąpienia jakiejkolwiek szkody, Zamawiający będzie korzystać właśnie z tego ubezpieczenia. Skoro ryzyko poniesienia odpowiedzialności jest przypisane wykonawcy, kary umowne powinny odnosić się wprost do wynagrodzenia wykonawcy za poszczególne usługi.

Odnosząc się do zarzutu nr 4a Zamawiający wskazał ogólnie, że określone w § 7 ust. 1 oraz ust. 2 wzoru umowy kary umowne nie dotyczą podwójnego karania za to samo naruszenie, a zastosowany mechanizm naliczania kar ma charakter sankcji progresywnej – wraz z upływem czasu opóźnienia w prawidłowym wykonaniu prac, sankcje w postaci pomniejszenia wynagrodzenia (tzw. odliczenia) oraz naliczone kary umowne są coraz

wyższe i są naliczane aż do momentu prawidłowego wykonania prac.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że dla wykonawcy znaczenie ma końcowa wysokość sankcji. Jeżeli jednak wysokość sankcji kompensuje w całości wynagrodzenie za należyte wykonanie usług, to rozmiar ryzyka przerzuconego na wykonawcę jest niemożliwy do skalkulowania, ponieważ niezależnie od tego, jaki procent ryzyka i kar umownych wykonawca uwzględni w cenie jednostkowej przy sankcji progresywnej wykonawca nie dość, że nie otrzyma wynagrodzenia to będzie dodatkowo obciążony zryczałtowanymi karami umownymi.

Zastosowane przez Zamawiającego kary umowne nie mają żadnego odniesienia do należytego wykonania usług, a przecież w takich przypadkach Zamawiający nie ponosi żadnej szkody. Kary umowne w większości przypadków zostały ustalone jako ryczałtowe, niezależnie od tego czy nienależyte wykonanie usług dotyczy całej trasy (100 km) czy też jej części (1 km). Kara umowa winna umożliwiać nałożenie kary adekwatnie do zakresu usługi, która nie została wykonana należycie. Zamawiający nie uwzględnia jakiekolwiek stopnia nienależytego wykonania usługi (rodzaju zastrzeżeń, ich skali). Takie ukształtowanie kar umownych prowadzi jedynie do wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy i w żadnym wypadku nie ma charakteru dyscyplinującego jeżeli kompensuje całe wynagrodzenie. Wzór umowy opracowany przez Zamawiającego narusza równość stron stosunku zobowiązaniowego.

Zarzut nr 5

Zamawiający wskazuje, że prowadzenie negocjacji w rozumieniu art. 72 K.c., a więc doprowadzenie do porozumienia w zakresie wszystkich postanowień, które mają być przedmiotem zmian w umowie i zgodne ustalenie przez strony ostatecznego kształtu zmian w umowie, jest jedyną możliwą formą dokonania waloryzacji umowy. Zamawiający podniósł również, że Zamawiający może zaciągnąć zobowiązania w ramach posiadanych środków. W związku z konstrukcją budżetów JST na ewentualne waloryzacje konieczne są przesunięcia w budżecie jednostki – Zamawiający może zaciągnąć zobowiązanie do wysokości, jaką jest w stanie wygospodarować w ramach posiadanego budżetu. Zamawiający wskazał również, że nie zawsze pierwotne oczekiwania finansowe zgłaszane przez danego wykonawcę znajdowały odzwierciedlenie w przedstawionych przez danego wykonawcę materiałach, które miały wykazywać zasadność waloryzacji o wnioskowaną kwotę – dlatego przyjęto procedurę negocjacji jako niezbędną do weryfikacji żądań wykonawców przed wprowadzeniem zmian wysokości wynagrodzenia.

Odwołujący przytoczył art. 142 ust. 5 Pzp i stwierdził, że uwzględniając stanowisko Zamawiającego, w przypadku zmiany stawki VAT, strony umowy będą prowadzić

negocjacje, w jakiej wysokości wprowadzić do umowy zmianę wynagrodzenia wykonawcy?

Zamawiający pomija całkowicie uzasadnienie wprowadzenia do ustawy przepisu art. 142 ust. 5 Pzp, który ma zapewnić pełną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że Pzp nie przewiduje automatycznego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy (w konsekwencji zmian przepisów, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp). Oczywistym jest fakt, że ciężar dowodu w tym przedmiocie obciąża wykonawcę. Waloryzacja będzie zależała od wykazania przez wykonawcę wpływu zmian ustawodawstwa na koszt wykonania zamówienia, ale to na Zamawiającym ciąży takie ustalenie procedury wprowadzenia zmiany aby była ona zrozumiana dla każdej strony umowy i nie budziła wątpliwości na etapie jej wprowadzania. Wykonawca ma wówczas obowiązek wykazania wysokości kosztów zmiany wynagrodzenia wg procedury określonej przez Zamawiającego. Zamawiający ma bowiem obowiązek uwzględnić całość kosztów wykonawcy wynikających ze zmian przepisów prawa, które wpływają na koszty wykonania zamówienia publicznego.

Intencją ustawodawcy było zobligowanie zamawiających do takiego uregulowania w umowach kwestii waloryzacji, aby w razie wystąpienia okoliczności uzasadniających uruchomienie mechanizmu waloryzacji strony nie toczyły sporów co do przebiegu tej procedur}'. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że przy takich postanowieniach umownych spory są wręcz nieuniknione. Zamawiający identyczne postanowienia umowne stosował w zawartych z Odwołującym umowach w przedmiocie: kompleksowe ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2015-2018. Wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany było poprzedzone negocjacjami, w wyniku których ustalone ceny nie rekompensowały zmian wynikających ze zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Należy wyraźnie odróżnić obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych od renegocjacji umowy w sprawie zamówienia publicznego – Pzp nie przewiduje możliwości renegocjacji umów zawartych na podstawie ustawy, przepis art. 72 K.c., powołany przez Zamawiającego, nie ma wiec zastosowania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienia zgłosili wykonawcy D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D. A. z siedzibą w Warszawie oraz P. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba, wobec spełniania przez ww. przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić ich do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący wycofał zarzuty nr 3b (w całości) oraz 4a (w części związanej z żądaniem wyartykułowanym w pkt 2 lit. a, str. 16 odwołania). W pozostałym zakresie

Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania i towarzyszące im żądania, a na ich potwierdzenie wniósł o dopuszczenie przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągów z postanowień SIWZ z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przywołanych w uzasadnieniu zarzutu nr 1b (załączniki do odwołania)

– dowody O3,

2. załączników do pisma procesowego Odwołującego z 30 czerwca 2017 r. w postaci:

2.1. zestawienia informacji o działaniach w ramach akcji ALFA-0 i GAMMA-0 realizowanych przez Odwołującego na rejonie XV wraz z zawartą z Odwołującym umową z załącznikami – dowody O4,

2.2. zestawienia kosztów akcji ALFA-0 ponoszonych przez Odwołującego dla rejonu XV sporządzonego w oparciu o dane wynikające z ww. umowy – dowód O5,

2.3. wyliczenia kosztów gotowości technicznej na podstawie danych wynikających z ww. umowy – dowód O6 stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa,

3. zestawienia przewidzianych we wzorze umowy przypadków naliczania kar umownych wraz z przykładowymi wyliczeniami ich wysokości i postulowanymi w odwołaniu zmianami kwestionowanych postanowień projektu umowy – dowód O1,

4. wniosków o waloryzację wynagrodzenia z 10 grudnia 2015 r. i 21 września 2016 r. wraz z załącznikami i prowadzoną z Zamawiającym korespondencją w ich przedmiocie – dowody O2.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. szacunkowego zestawienia kosztów akcji ALFA-0 i GAMMA-0, które nie zostały zakończone akcją ALFA lub GAMMA – dowód Z5,,

2. zestawienia naliczonych kar umownych w latach 2014-2017 w stosunku do łącznej wartości wynagrodzenia otrzymanego przez wykonawców – dowód Z2,

3. wniosku o waloryzację wynagrodzenia z 10 grudnia 2015 r. wraz z załącznikami i korespondencją prowadzoną z Odwołującym w jego przedmiocie – dowód Z3.

Sygn. akt KIO 1147/17

Odwołujący zaskarżył następujące postanowienia SIWZ:

[obniżenie cen jednostkowych po aukcji elektronicznej]

a. rozdz. XII pkt 6 SIWZ (str. 11) w zakresie postanowienia nakładającego na wykonawcę obowiązek obniżenia po aukcji elektronicznej wszystkich cen

jednostkowych o taki sam poziom (%),

b. rozdz. XII pkt 3 SIWZ (str. 11) w zakresie postanowienia nakładającego na wykonawcę obowiązek zaokrąglania cen zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego zasadami także po aukcji elektronicznej,

[okres realizacji zamówienia]

c. § 2 ust. 3 wzoru umowy (str. 50) w zakresie możliwości zmiany terminów rozpoczęcia i zakończenia sezonu zimowego oraz letniego, o której to zmianie

Zamawiający poinformuje wykonawcę z 24-godzinnym wyprzedzeniem,

[przerwa w przekazie GPS]

d. § 7 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy (str. 54) w zakresie postanowienia uprawniającego Zamawiającego do naliczenia kary umownej na wykonawcą w sytuacjach niezależnych od wykonawcy,

e. § 7 ust. 1 pkt 12) wzoru umowy (str. 54) w zakresie postanowienia uprawniającego Zamawiającego do naliczenia kary umownej na wykonawcę w sytuacjach niezależnych od wykonawcy,

[waloryzacja wynagrodzenia]

f. § 12 ust. 5 wzoru umowy (str. 59),

[akcje uzupełniające]

g. część III ust. 2 pkt 6) załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 64) oraz część V – zasady wynagrodzenia załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 68-69) w zakresie włączenia do zakresu prac uzupełniających akcji bez określenia wynagrodzenia za akcje ALFA-0 i GAMMA-0,

[zapas środków]

h. część II ust. 2 lit. c) załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 61 SIWZ) w zakresie posiadania i utrzymywania udokumentowanego stałego zapasu środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wystarczającego na zapewnienie działań w sezonie zimowym, tj. od 1 marca każdego roku obowiązywania umowy – minimum 4 posypania chlorkiem sodu (wg sposobu obliczenia z lit. a) oraz 1

posypanie mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia,
[BETA i BETA-S]
i. część III ust. 3 pkt 3) i 4) załącznika nr 1 do Wzoru umowy (str. 66) w zakresie czasu wyjazdu (ustalonego na 1 godzinę) oraz czasu dojazdu i przystąpienia do realizacji prac płużenia z jednoczesnym asymetrycznym posypywaniem (2

godziny),
[posypywanie w ramach akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA]
j. część III ust. 4 pkt 1 lit. a) załącznika nr 1 do wzoru umowy w zakresie wymagania, zgodnie z którym w przypadku ciągłych opadów śniegu prace prowadzone winny być na bieżąco, tak aby nie występowały zaspy śnieżne, zajeżdżony zlodowaciały i ubity śnieg tworzący nabój lodowy utrudniający ruch,
[doczyszczanie tras]
k. część V ust. 5 załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 69) w zakresie braku wynagrodzenia za Doczyszczanie tras zimowego utrzymania po zakończeniu sezonu zimowego,
l. część III ust. 4 pkt 4) załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 68) w zakresie objęcia doczyszczaniem utwardzonych poboczy (niezależnie od ich szerokości) usytuowanych poza opaską (nie będących ciągami pieszo-jezdnymi),
[sprzątanie]
m. część II ust. 2 pkt 1) załącznika nr 3 do wzoru umowy (str. 73) w zakresie objęcia sprzątaniem utwardzonych poboczy (niezależnie od ich szerokości) usytuowanych poza opaską (nie będących ciągami pieszo-jezdnymi),
n. część II ust. 6 pkt 1 lit. e) i f) załącznika nr 3 do wzoru umowy (str. 74) w zakresie wykonania czynności sprzątania pomimo braku faktycznej możliwości wykonania tej czynności i nieprzewidzenia w kosztorysie wynagrodzenia z tytułu sprzątania ręcznego,
[zmywanie]
o. część II ust. 5 załącznika nr 3 do wzoru umowy (str. 74 SIWZ) w zakresie objęcia zmyciem wodą pod ciśnieniem zatok parkingowych usytuowanych w poziomie jezdni niezależnie od faktycznej możliwości wykonania tej czynności,
[czujniki]
p. ust. 3 i ust. 4 załącznika nr 4 do wzoru umowy (str. 77) w zakresie wyposażenia pojazdów w określone czujniki oraz w zakresie dotyczącym wyposażenia wymaganych czujników we wbudowane moduły auto-diagnostyczne o wskazanych funkcjonalnościach,
[raporty]
q. ust. 9 i 10 załącznika nr 4 do wzoru umowy (str. 78) w zakresie dostarczenia w terminie 30 minut po zakończeniu zadysponowanych działań ALFA-0,

GAMMA-0, ALFA, BETA, BETA – S, GAMMA oraz prac mechanicznego oczyszczania (zamiatania/zmywania) Zamawiającemu na adres mailowy dyspozytor@zom.waw.pl raportu czasowego w formacie .xls, z pracy każdej jednostki sprzętowej zawierającej określone w ust. 9 i ust. 10 informacje,
r. § 7 ust. 3 wzoru umowy (str. 56) w zakresie kar umownych za brak raportów, o których mowa w ust. 9 i 10 załącznika nr 4 do wzoru umowy,
[ALFA-0 i GAMMA-0 środki chemiczne]
s. część III ust. 2 pkt 1) lit. c) załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 64) w zakresie uwzględnienia w poleceniu dla akcji ALFA – 0 i GAMMA – 0 rodzaju środka – mieszkanki NaCl+CaCl , 2
[kryterium oceny ofert – aspekt społeczny]
t. rozdział XIII pkt 8, opis kryterium oceny ofert – aspekt społeczny realizacji przedmiotu zamówienia (str. 12 i 13) w zakresie braku wskazania minimalnej liczby osób, które wykonawca zobowiązany jest zatrudnić na umowę o pracę w rozumieniu przepisów K.p.,
[termin składania ofert]

u. pkt IV.2.2) Ogłoszenia oraz rozdział XI pkt 1 SIWZ (str. 10 SIWZ) – termin składania ofert.

Odwołujący stwierdził, że ww. postanowienia SIWZ i Ogłoszenia naruszają:

[obniżenie cen jednostkowych po aukcji elektronicznej]

a. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. w sposób narzucający wykonawcy metodologię kalkulacji ceny oferty, który powoduje, że wykonawca jest zobowiązany skalkulować ceny jednostkowe w kosztorysie w sposób dla niego niekorzystny,

[okres realizacji zamówienia]

b. art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie możliwości dowolnej zmiany przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia i zakończenia sezonu zimowego i letniego, a zarazem okresu wykonywania przedmiotu umowy, jedynie z 24-godzinnym wyprzedzeniem, podczas gdy okres realizacji umowy powinien być określony w sposób jednoznaczny i precyzyjny, aby wykonawca miał możliwość zaplanowania prowadzenia działalności,

[przerwa w przekazie GPS]

c. art. 139 ust. 1 Pzp zw. z art. 58 §1 i 2, art. 473 i art. 353^1 K.c. przez rozszerzenie ustawowej odpowiedzialności wykonawcy bez dokładnego określenia zakresu okoliczności, za które ma ponosić odpowiedzialność i nałożenie na niego odpowiedzialności za okoliczności które są od niego niezależne i na które nie ma wpływu, co biorąc pod uwagę adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne stanowi naruszenie równowagi stron, ekwiwalentności świadczeń, istoty stosunku zobowiązaniowego i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego,

d. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353_1 K.c. przez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności na które nie ma wpływu,

[waloryzacja wynagrodzenia]

e. art. 142 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 K.c. przez zastrzeżenie, że nie dojdzie do zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę za rok 2018 r. o kwotę niższą niż 150 zł nawet gdy zmiany te będą miały wpływ na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę,

[akcje uzupełniające]

f. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez niewyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję opis przedmiotu zamówienia poprzez brak określenia zasad wynagrodzenia za akcje ALFA-0 i GAMMA-0,

g. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 K.c. przez nałożenie na wykonawcę obowiązku świadczenia usług bez wynagrodzenia,

[zapas środków]

h. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez nieuzasadniony i utrudniający uczciwą konkurencję opis wymagań w zakresie posiadania i utrzymywania udokumentowanego stałego zapasu środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wystarczającego na zapewnienie działań w sezonie zimowym, tj. od 1 marca każdego roku obowiązywania umowy – minimum 4 posypania chlorkiem sodu (wg. sposobu obliczenia z lit. a) oraz 1 posypanie mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia, obligujący wykonawcę do przechowywania i utrzymywania stałego zapasu środków w terminie wykraczającym poza sezon zimowy (bez ograniczenia czasowego), co jest zbędne i naraża wykonawcę na ponoszenie nieuzasadnionych kosztów (środki w kolejnym sezonie zimowym nie nadają się do wykorzystania) i pomimo że w pkt b) Zamawiający wymaga posiadania wystarczających zapasów w sezonie zimowym,

[BETA i BETA – S]

i. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez nieuzasadniony i utrudniający uczciwą konkurencję opis wymagań w zakresie części III ust. 3 pkt 3) i 4) załącznika nr 1 do wzoru umowy

(str. 66) w zakresie czasu wyjazdu (ustalonego na 1 godzinę) oraz czasu dojazdu i przystąpienia do realizacji prac płużenia z jednoczesnym asymetrycznym posypywaniem (2 godziny), podczas gdy realny czas niezbędny w tym zakresie wynosi odpowiednio 2 i 3 godziny z uwagi na konieczność zgromadzenia środków technicznych i osobowych niezbędnych do realizacji zamówienia w tym zakresie,

[posypywanie w ramach akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA]

j. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie części III ust. 4 pkt 1 lit. a) załącznika nr 1 do wzoru umowy przez nałożenie na wykonawcę nieokreślonego i nieograniczonego w czasie obowiązku wykonania usług, pomimo że Zamawiający posiada możliwość ogłoszenia odrębnych akcji,

[doczyszczanie tras]

k. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 K.c. w zakresie części IV ust. 5 załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 69) przez nieprzewidzenie wynagrodzenia za wykonane prace w zakresie doczyszczanie tras zimowego utrzymania po zakończeniu sezonu zimowego, podczas gdy wykonanie usług doczyszczania bez wynagrodzenia wiąże się z ponoszeniem przez wykonawcę rzeczywistych strat zarówno związanych z koniecznością zatrudnienia personelu, kosztami dojazdu, zużycia materiałów, a także należności podatkowych związanych z bezpłatnym świadczeniem usług i niemożliwością zakwalifikowania ponoszonych kosztów jako kosztów uzyskania przychodu;

l. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na niedookreślenie zakresu zamówienia dotyczącego obowiązku doczyszczania obejmującego oczyszczanie jezdni wraz z „utwardzonymi poboczami (niezależnie od ich szerokości) usytuowanymi poza opaską {nie będącymi ciągami pieszo-jezdnymi", podczas gdy obszar ten nie został zdefiniowany ani dookreślony choćby przez podanie maksymalnej wielkości obszaru objętego zamówieniem, wykracza on poza przedmiot zamówienia obejmujący jezdnie i wymaga sprzątania ręcznego, co także jest sprzeczne z przedmiotem zamówienia, a Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za sprzątanie ręczne,

[sprzątanie]

m. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie części II ust. 2 pkt 1 załącznika nr 3 do wzoru umowy w zakresie objęcia sprzątaniem utwardzonych poboczy (niezależnie od ich szerokości) usytuowanych poza opaską (nie będących ciągami pieszo-jezdnymi) przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na niedookreślenie zakresu zamówienia dotyczącego obowiązku sprzątania obejmującego oczyszczanie jezdni wraz z „utwardzonymi poboczami (niezależnie od ich szerokości) usytuowanymi poza opaską (nie będącymi ciągami pieszo-jezdnymi", podczas gdy obszar ten nie został zdefiniowany ani dookreślony choćby przez podanie maksymalnej wielkości obszaru objętego zamówieniem, wykracza on poza przedmiot zamówienia obejmujący jezdnie i wymaga sprzątania ręcznego, co także jest sprzeczne z przedmiotem zamówienia, a Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za sprzątanie ręczne,

n. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie części II ust. 6 pkt 1 lit. e) i f) przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony i utrudniający uczciwą konkurencję z pominięciem faktycznej możliwości realizacji zamówienia zakresie oraz bez za w zakwestionowanym przewidzenia wynagrodzenia świadczenie prac sprzątania ręcznego,

[zmywanie]

o. art. 29 ust. 1 i 2 PZzp w zakresie części II ust. 5 załącznika nr 3 do wzoru umowy w zakresie objęcia zmyciem wodą pod ciśnieniem zatok parkingowych usytuowanych w poziomie jezdni niezależnie od faktycznej możliwości wykonania tej czynności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony i utrudniający uczciwą konkurencję z pominięciem faktycznej możliwości realizacji zamówienia w zakwestionowanym zakresie,

[czujniki]

p. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie ust. 3 i 4 załącznika nr 4 do wzoru umowy w zakresie wyposażenia pojazdów w czujniki oraz wyposażenia wymaganych czujników we wbudowane moduły auto-diagnostyczne o wskazanych poprzez opisanie przedmiotu w sposób funkcjonalnościach zamówienia nieuzasadniony i utrudniający uczciwą konkurencję poprzez formułowanie wymagań zbędnych z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, co zarazem naraża wykonawcę na ponoszenie dodatkowych ryzyk wynikających z funkcjonowania urządzeń,

[raporty]

q. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie ust. 9 i 10 załącznika nr 4 do wzoru umowy w zakresie dostarczenia w terminie 30 minut po zakończeniu zadysponowanych działań ALFA-0, GAMMA-0, ALFA, BETA, BETA – S, GAMMA oraz prac mechanicznego oczyszczania (zamiatania/zmywania) Zamawiającemu na adres mailowy dyspozytor@zom.waw.pl raport czasowy w formacie .xls, z pracy każdej jednostki sprzętowej zawierający określone w ust. 9 i ust. 10 informacje przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony i utrudniający uczciwą konkurencję poprzez formułowanie wymagań zbędnych z punktu widzenia realizacji, zapewnianych przez inne wymagania, a nakładających na Wykonawcę dodatkowe obciążenia i ryzyka,

r. art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie § 7 ust. 3 wzoru umowy w zakresie kar umownych za brak raportów, o których mowa w ust. 9 i 10 załącznika nr 4 do umowy przez formułowanie nadmiernych kar umownych w zakresie należytego wykonania wymagań, które są zbędne i nadmiarowe,

[ALFA-0 – środki chemiczne]

s. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie części III ust. 2 pkt 1) lit. c) załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 64) w zakresie uwzględnienia w poleceniu dla akcji ALFA-0 i GAMMA-0 rodzaju środka – mieszkanki NaCl+CaCl , co naraża wykonawcę na 2 istotne straty, ponieważ mieszanka to może być wykorzystana w ciągu max. 4 godzin od momentu załadunku na pojazd. Po tym okresie mieszanka, wchodząc w reakcje chemiczną, ulega zespoleniu i nie nadaje się do użytku,

[kryterium oceny ofert – aspekt społeczny]

t. art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie kryterium oceny ofert w sposób niejednoznaczny, naruszający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców przez brak określenia minimalnej wymagalnej liczby pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów K.p.,

[termin składania ofert]

u. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego prawidłowe przygotowanie i skalkulowanie ceny oferty,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i Ogłoszenia w następujący sposób:

[obniżenie cen jednostkowych po aukcji elektronicznej]

a. usunięcie rozdziału XII pkt 6. SIWZ (str. 11):

„[…]Ceny jednostkowe powinny zostać obniżone nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny złożonej pierwotnie w formie pisemnej[…]”

lub ewentualnie modyfikację ww. postanowienia SIWZ przez zmianę jego treści na:

„[…]Ceny jednostkowe powinny zostać obniżone nie mniej niż o taki % (z zachowaniem marginesu błędu wynikającego ze sposobu zaokrąglenia cen, wykonawca posiada swobodę w sposobie zaokrąglenia cen jednostkowych do dwóch miejsc po przecinku, tj. sam decyduje czy po aukcji elektronicznej zaokrągli cenę „w dół” czy „w górę”) o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji

elektronicznej jest niższa od ceny złożonej pierwotnie w formie pisemnej.[…]",

b. zmianę postanowienia rozdziału XII pkt. 3 SIWZ (str. 11 SIWZ) przez dodanie:

„[…]Postanowienie nie dotyczy cen po aukcji elektronicznej, po której Wykonawca sam decyduje w jaki sposób zaokrągli cenę.[…]"

[okres realizacji zamówienia]

c. wykreślenie postanowienia § 2 ust. 3 wzoru umowy,

[przerwa w przekazie GPS]

d. usunięcie § 7 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy,

lub ewentualnie nadanie mu brzmienia:

„[…]W przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji (GPS) z każdej jednostki sprzętowej w ramach zleconych akcji, o He będzie ona dłuższa niż 10 min., a dane nie zostaną uzupełnione o dane z wewnętrznego urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin od powiadomienia, Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 200 zł od każdej jednostki sprzętowej, która nie przekazuje wymaganych informacji GPS, wyłącznie w sytuacji gdy przerwa w przekazanie wymaganych informacji (GPS) wynikała z zawinionych działań wykonawcy.[…]",

względnie:

„[…]W przypadku przerwy w przekazie wymaganych informacji (GPS) z każdej jednostki sprzętowej w ramach zleconych akcji, o ile będzie ona dłuższa niż 30 min., a dane nie zostaną uzupełnione o dane z wewnętrznego urządzenia rejestrującego, zamontowanego w pojeździe, w ciągu 24 godzin od

powiadomienia, Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 200 zł od każdej jednostki sprzętowej, która nie przekazuje wymaganych informacji GPS.[…]",

e. usunięcie § 7 ust. 1 pkt 12) wzoru umowy

lub ewentualnie nadanie mu brzmienia:

„[…]Za brak sygnału z satelitarnego systemu lokalizacji/kontroli prac GPS z jednostek sprzętowych od momentu ogłoszenia do zakończenia akcji Zamawiający naliczy karę w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek wyłącznie w sytuacji, gdy brak sygnału wynika z zawinionych działań wykonawcy.[…]",

[waloryzacja wynagrodzenia]

f. usunięcie § 12 ust. 5 wzoru umowy,

[akcje uzupełniające]

g. uzupełnienie części V – zasady wynagrodzenia załącznika nr 1 do wzoru umowy o zasady naliczania wynagrodzenia za akcje ALFA-0 i GAMMA-0 przez uwzględnienie stawki godzinowej za pracę w ramach ww. akcji wraz z uwzględnieniem wszelkich konsekwencji tych zmian w SIWZ,

[zapas środków]

h. modyfikację części II ust. 2 lit. c) załącznika nr 1 do wzoru umowy przez usunięcie wymagania lit. c) w całości,

[BETA i BETA-S]

i. modyfikację części III ust. 3 pkt 3) i 4) załącznika nr 1 do wzoru umowy w zakresie wydłużenia czasu wyjazdu do 2 godzin oraz czasu dojazdu i przystąpienia do realizacji prac płużenia z jednoczesnym asymetrycznym posypywaniem do 3 godzin,

[posypywanie w ramach akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA]

j. usunięcie postanowienia części III ust. 4 pkt 1 lit. a) załącznika nr 1 do wzoru umowy,

[doczyszczanie tras]

k. modyfikację części III ust. 4 pkt 4) załącznika nr 1 do wzoru umowy przez usunięcie części zdania: „[…]jak też utwardzonymi poboczami (niezależnie od ich szerokości) usytuowanymi poza opaską (nie będącymi ciągami pieszo-jezdnymi)[…]",

l. modyfikację części V ust. 5 załącznika nr 1 do wzoru umowy przez usunięcie zdania: „[…]Zamawiający nie przewiduje zapłaty odrębnego wynagrodzenia z tego tytułu.[…]" oraz uzupełnienie części V – zasady wynagrodzenia załącznika nr 1 do wzoru umowy o zasady naliczania wynagrodzenia za doczyszczanie tras zimowego utrzymania po zakończeniu sezonu zimowego,

m. modyfikację części lit ust. 4 pkt 4) załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 68 SIWZ) w zakresie objęcia doczyszczaniem utwardzonych poboczy (niezależnie od ich szerokości) usytuowanych poza opaską (nie będących ciągami pieszo-jezdnymi) poprzez usunięcie tej części wymagania tj. usunięcie sformułowania „[…]Jak też utwardzonymi poboczami (niezależnie od ich szerokości) usytuowanymi poza opaską (nie będącymi ciągami pieszo-jezdnymi)[…]",

[sprzątanie]

n. modyfikację części II ust. 2 pkt 1 załącznika nr 3 do wzoru umowy w zakresie objęcia sprzątaniem utwardzonych poboczy (niezależnie od ich szerokości) usytuowanych poza opaską (nie będących ciągami pieszo-jezdnymi) poprzez usunięcie tej części wymagania, tj. usunięcie sformułowania „[…]Jak też utwardzonymi poboczami (niezależnie od ich szerokości) usytuowanymi poza opaską (nie będącymi ciągami pieszo-jezdnymi)[…]",

o. usunięcie części II ust. 2 pkt 6 lit. e) i f) załącznika nr 3 do wzoru umowy,

[zmywanie]

p. modyfikację części II ust. 5 załącznika nr 3 do wzoru umowy (str. 74 SIWZ) w zakresie objęcia zmyciem wodą pod ciśnieniem zatok parkingowych usytuowanych w poziomie jezdni niezależnie od faktycznej możliwości wykonania tej czynności przez usunięcie tego wymagania, tj. usunięcie sformułowania „parkingowymi",

[czujniki]

q. usunięcie ust. 3 i ust. 4 załącznika nr 4 do wzoru umowy,

[raporty]

r. usunięcie ust. 9 i 10 załącznika nr 4 do wzoru umowy,

s. usunięcie § 7 ust. 3 wzoru umowy w zakresie kar umownych za brak raportów, o których mowa w ust. 9 i 10 załącznika nr 4 do umowy,

t. modyfikację części III ust. 2 pkt 1) lit. c) załącznika nr 1 do wzoru umowy w zakresie uwzględnienia w poleceniu dla akcji ALFA-0 i GAMMA-0 rodzaju środka –

mieszkanki NaCl+$CaCl_2$ przez usunięcie możliwości zadysponowania przez zamawiającego akcji typu ALFA-0 i GAMMA-0 z mieszanką NaCl+$CaCl_2$,

[kryterium oceny ofert - aspekt społeczny]

u. modyfikację rozdziału XIII pkt 8, opis kryterium oceny ofert – aspekt społeczny realizacji przedmiotu zamówienia przez dodanie obowiązku wskazania minimalnej liczby osób, które wykonawca zobowiązany jest zatrudnić na umowę o pracę w rozumieniu K.p. wraz z wszelkimi konsekwencjami tej zmiany w SIWZ,

[termin składania ofert]

v. modyfikację IV.2.2) Ogłoszenia i rozdziału XI pkt 1 SIWZ przez zmianę terminu składania ofert na 28 lipca 2017 r.,

a nadto: (w) o dokonanie modyfikacji innych postanowień SIWZ lub Ogłoszenia, jakie w konsekwencji podniesionych zarzutów i żądań wymagać będą zmian i dostosowania.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym Postępowaniu, a czynności Zamawiającego uniemożliwiają mu złożenie w Postępowaniu oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania zamówienia. Na tym etapie Postępowania wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołania Odwołujący przedstawił następującą

argumentację.
a, b [obniżenie cen jednostkowych po aukcji elektronicznej]
Zamawiający postawił w SIWZ warunek, aby ceny jednostkowe po aukcji elektronicznej były zmniejszane o taki sam %, wynoszący różnicę pomiędzy zaoferowaną ceną sprzed aukcji elektronicznej a ceną po aukcji elektronicznej. Wykonawcy są też zobowiązani do zaokrąglenia ceny do dwóch miejsc po przecinku w sposób określony przez Zamawiającego w SIWZ,
tj. w rozdziale XII ust. 3 (str. 11 SIWZ): „[…]poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 zaokrąglić w górę[…]".

57

Zamawiający formułując w ten sposób postanowienia SIWZ narzuca wykonawcy sposób kalkulacji marży. Jednocześnie, zaokrąglenie cen jednostkowych w sposób podany przez Zamawiającego powoduje, że ceny jednostkowe łącznie stają się niższe niż cena oferty, wykonawca ponosi stratę i jest zobowiązany do zawarcia umowy na innych warunkach niż złożył ofertę (musi finalnie podać niższą cenę niż cena po aukcji, co wynika z różnic w zaokrągleniach na cenach jednostkowych).
W ocenie Odwołującego wykonawcy powinni mieć możliwość w sposób dowolny kształtować ceny jednostkowe i złożyć ofertę zgodnie z własną kalkulacją, a nie w sposób narzucony przez Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający nie może pośrednio żądać, aby końcowa cena oferty wykonawcy była niższa niż cena zaoferowana podczas aukcji elektronicznej.
Odwołujący wniósł o usunięcie postanowienia narzucającego obowiązek zmiany cen jednostkowych po aukcji elektronicznej przez obniżenie nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny złożonej pierwotnie w formie pisemnej.
Ewentualnie, w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do uznania, że Zamawiający nie może narzucić takiego sposobu kształtowania cen jednostkowych, Odwołujący wniósł o usunięcie lub modyfikację postanowienia narzucającego sposób zaokrąglania cen jednostkowych po aukcji elektronicznej. Taka zmiana umożliwi wykonawcy dostosowanie cen jednostkowych po aukcji elektronicznej do ceny oferty, którą zaoferował po aukcji elektronicznej.
c [okres realizacji zamówienia]
Zamawiający w § 2 ust. 3 wzoru umowy przewidział, że w przypadku zmiany warunków atmosferycznych, Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany wskazanych w ust. 2 terminów rozpoczęcia oraz zakończenia sezonu zimowego oraz letniego. O powyższej zmianie Zamawiający poinformuje wykonawcę z 24-godzinnym wyprzedzeniem.
Przedmiotowe postanowienie w sposób dowolny, zależny całkowicie od Zamawiającego pozwala na przedłużenie terminu realizacji umowy, podczas gdy termin ten winien zostać określony w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Wykonawca nie może pozostawać w niepewności co do czasu związania obowiązkami umownymi, w szczególności, że termin pozostawania w gotowości do realizacji umowy nie został w żaden sposób ograniczony. Co więcej, może być on zmieniany wielokrotnie, a w powiązaniu z innymi postanowieniami SIWZ, dla Wykonawcy może to oznaczać pozostawanie w gotowości do świadczenia usług przez bliżej nieznany okres. Wykonawca nie jest w stanie

58

przewidzieć poziomu związanych z tym kosztów i ryzyk, skoro nie ma żadnego wpływu na ich poniesienie. Należy nadmienić, że wykonawcy nie planują działalności w okresach 24-godzinnych, lecz znacznie dłuższych. Z kolei Zamawiający dysponuje innymi środkami w celu zapewnienia odpowiedniej czystości jezdni na wypadek zmian warunków atmosferycznych.
d, e [przerwa w przekazie GPS]
Zamawiający nakłada na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu. Rozszerzenie odpowiedzialności w sposób wskazany przez Zamawiającego nie ma żadnego praktycznego uzasadnienia i usunięcie takich postanowień nie naruszy interesu Zamawiającego. Z uwagi na wielkość zamówienia oraz charakter umowy o zamówienie publiczne nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności,

na które nie ma wpływu jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Wykonawca chcąc uzyskać zamówienie musi wyrazić zgodę na taką odpowiedzialność pomimo tego, że nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że przerwy w przekazie informacji GPS są niezależne od wykonawcy i mogą uniemożliwić uzupełnienie danych z zewnętrznego urządzenia. Wykonawca nie ma także wpływu na brak sygnału z satelitarnego systemu lokalizacji i kontroli prac GPS. Zakłócenia mogą być spowodowane czynnikami zewnętrznymi.

f [waloryzacja wynagrodzenia]

Przepis art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczenia w umowach zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowienia o zasadach wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy między innymi w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Celem wprowadzenia takiego przepisu była ochrona wykonawcy przez negatywnymi skutkami zmiany przepisów powodujących wzrost kosztów zatrudnienia. Zamawiający zastosował niedozwolone obejście przepisów poprzez zastrzeżenie, że wzrost minimalnego wynagrodzenia do 150 zł nie spowoduje zmiany umowy. Z przepisu tymczasem wprost wynika, że Zamawiający musi określić zasady wprowadzania odpowiednich zmian w każdym przypadku, gdy zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia stanowi naruszenie art. 142 ust. 5 pkt 2) Pzp.

Odwołujący stwierdził, że dopuszczalność zmiany wynagrodzenia wykonawcy ze

względu na zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia uwarunkowana jest jedynie wpływem zmiany na wysokość obciążeń wykonawcy a nie przewidzeniem możliwości wprowadzenia takiej zmiany. Zamawiający ma obowiązek określić w SIWZ zasady wprowadzenia takiej zmiany a nie jej dopuszczalności czy próg.

Na marginesie, niezależnie od kwestii niedopuszczalności wprowadzenia takiego ograniczenia, Odwołujący wskazał, że wprowadzenie takiego postanowienia może spowodować, że oferty wykonawców będą nieporównywalne i tym samym postępowanie może być obciążone nieusuwalną wadą. Część wykonawców może bowiem wkalkulować w cenę oferty ryzyko związane z podniesieniem kwoty minimalnego wynagrodzenia i zaoferować wyższe ceny ofert (obciążając Zamawiającego kosztem ryzyka), natomiast część wykonawców może nie wkalkulować tego ryzyka (w chwili obecnej nie jest możliwe stwierdzenie czy i o ile wzrośnie wynagrodzenie minimalne) i w przypadku wprowadzenia takiej zmiany może okazać się, że będą musieli przez cały 2018 rok realizować zamówienie poniżej kosztów, aż do 2019 r. w którym Zamawiający nie przewiduje progu wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

g [akcje uzupełniające]

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że Zamawiający żąda świadczenia przez wykonawców części usług bez wynagrodzenia, w tym pozostawania przez wykonawcę „w gotowości" nawet w godzinach nocnych. Wykonawca musi zatem ponosić koszty związane z realizacją akcji ALFA-0 i GAMMA-0 bez otrzymywania za nie wynagrodzenia, co jest sprzeczne zarówno z przepisami Pzp, jak i z istotą stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego.

W ramach ww. akcji wykonawca zobowiązany jest do załadunku określonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w akcji, wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza) i dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO (wskazane przez wykonawcę miejsce rozpoczęcia posypywania). Środki do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej stanowią mieszankę, którą zobowiązany będzie przygotować wykonawca (ponieść koszty składników) i której nie będzie mógł wykorzystać w przypadku gdy nie dojdzie do innej akcji (taka mieszanka nie nadaje się do użycia po dłuższym czasie), za którą mógłby otrzymać wynagrodzenie. Wykonawca zobowiązany jest także do ponoszenia kosztów związanych z utrzymaniem sprzętu w gotowości oraz zatrudnieniem osób, a także dojazdem w ramach ww. akcji, zatem ponoszeniem między innymi kosztów paliwowych.

Odwołujący nadmienił, że Zamawiający nadużywa tego typu działań (ponieważ są

bezpłatne), z którymi wiąże się pozostawanie w gotowości do przystąpienia do działań.

Naraża to wykonawców na ponoszenie nieuzasadnionych kosztów realizacji tych działań. W okresie ostatniego sezonu zimowego z ogłoszonych 16 działań ALFA-0 tylko 9 zakończyło się działaniem ALFA, a z 3 działań GAMMA-0 tylko jedna zakończyła się działaniem GAMMA.

Wykonanie usług bez wynagrodzenia wiąże się z ponoszeniem przez wykonawcę rzeczywistych strat zarówno związanych z koniecznością zatrudnienia personelu, kosztami dojazdu, zużycia materiałów, a także należności podatkowych związanych z bezpłatnym świadczeniem usług i niemożliwością zakwalifikowania ponoszonych kosztów jako kosztów uzyskania przychodu.

h [zapas środków]

W części II ust. 2 lit. c) załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 61 SIWZ) Zamawiający przewidział obowiązek posiadania i utrzymywania udokumentowanego stałego zapasu środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wystarczający na zapewnienie działań w sezonie zimowym, tj. od 1 marca każdego roku obowiązywania umowy – minimum 4 posypania chlorkiem sodu (wg sposobu obliczenia z lit. a) oraz 1 posypanie mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia. Wymaganie to nie zostało w żaden sposób ograniczone czasowo (pomimo że dotyczy wyłącznie działań w sezonie zimowym), a nadto pokrywa się z wymaganiem określonym w lit. b) dotyczącym obowiązku utrzymywania zapasu w czasie trwania sezonu zimowego. Jest ono zatem niedookreślone, zbędne i naraża wykonawcę na ponoszenie nieuzasadnionych kosztów związanych z przechowywaniem zapasów oraz niemożliwością wykorzystania środków w kolejnym sezonie.

i [BETA i BETA-S]

W części III ust. 3 pkt 3 i 4 załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 66) w zakresie ww. akcji Zamawiający przewidział: czasu wyjazdu – 1 godzina oraz czasu dojazdu i przystąpienia do realizacji prac płużenia z jednoczesnym asymetrycznym posypywaniem – 2 godziny. Tak określone terminy są nierealne z uwagi na przedmiot i zakres akcji BETA. Odwołujący wskazał, że aby przygotować się do akcji BETA, które mają charakter sporadyczny, potrzebne jest minimum 2 godziny na wyjazd i minimum 3 na dojazd i rozpoczęcie prac. Za niedotrzymanie terminów wykonawca narażony jest na zapłatę kar umownych {naliczanych za opóźnienie).

j [posypywanie w ramach akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA]

W części III ust. 4 pkt 1 lit. a) załącznika nr 1 do wzoru umowy Zamawiający przewidział m.in., że: „[…]W przypadku ciągłych opadów śniegu prace prowadzone winny być na bieżąco, tak aby nie występowały zaspy śnieżne, zajeżdżony zlodowaciały i ubity

śnieg tworzący nabój lodowy utrudniający ruch.[…]". Zamawiający nałożył zatem na wykonawcę nieokreślony i nieograniczony w czasie obowiązek wykonania usług, pomimo że posiada możliwość ogłoszenia odrębnych akcji.

k, l [doczyszczanie tras]

Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie za doczyszczanie tras zimowego utrzymania wykonawca zobowiązany jest wkalkulować w pozostałe prace utrzymania zimowego pomimo tego, że doczyszczanie stanowi oddzielne postanowienie wyodrębnione w przedmiocie umowy. Wykonawca będzie zobowiązany do doczyszczania tras zimowego utrzymania bez względu na to, czy konieczna będzie realizacja pozostałych prac utrzymania zimowego. Jednocześnie Zamawiający przewidział odrębne kary umowne dotyczące pozimowego doczyszczania tras zimowego utrzymania.

Postanowienia dotyczące pozimowego doczyszczania tras są na tyle niejednoznaczne i niewyczerpujące, że wykonawcy nie posiadają pełnej wiedzy na temat rozliczeń z Zamawiającym w zakresie pozimowego doczyszczania tras. Istnieje ryzyko, że w przypadku braku konieczności sprzątania tras w sezonie zimowym (ze względu na warunki atmosferyczne - na przykład łagodny przebieg zimy), wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za doczyszczanie tras zimowego utrzymania, które muszą być wykonane po zakończonym sezonie.

Zamawiający wskazał jednocześnie, że doczyszczanie pozimowe powinno być

wliczone w cenę oczyszczania zimowego, jednakże takie wliczenie nie jest możliwe do dokonania przez wykonawcę. Nie można bowiem przed sezonem określić, jaka ilość działań będzie w nadchodzącym okresie zimowym.

Doczyszczanie tras po okresie zimowym jest usługą złożoną i długotrwałą (3-4 tygodnie). W tym okresie brak przychodów wiąże się ze stratą finansową wykonawcy oraz naraża go zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego na niezakwalifikowanie przez organy podatkowe wszystkich kosztów związanych z tą usługą do kosztów uzyskania przychodu.

Wykonanie usług doczyszczania bez wynagrodzenia wiąże się z ponoszeniem przez wykonawcę rzeczywistych strat zarówno związanych z koniecznością zatrudnienia personelu, kosztami dojazdu, zużycia materiałów, a także należności podatkowych związanych z bezpłatnym świadczeniem usług i niemożliwością zakwalifikowania ponoszonych kosztów jako kosztów uzyskania przychodu.

Odwołujący wyjaśnił, że w części III ust. 4 pkt 4 załącznika nr 1 do wzoru umowy Zamawiający przewidział następujący zakres przedmiotu zamówienia w zakresie

doczyszczenia:

„[…]Doczyszczenie tras zimowego utrzymania po zakończeniu sezonu zimowego o którym mowa w § 1 ust. 2 wg tras zimowego utrzymania, obejmuje dokładne oczyszczenie jezdni na całej szerokości wraz z opaskami, zatokami przystankowymi i parkingowymi posiadającymi nawierzchnie bitumiczne lub betonowe i usytuowanymi w poziomie jezdni zgodnie z kierunkiem jazdy, tzw. martwymi polami jezdni, utwardzonymi pasami rozdzielającymi jezdnie (niezależnie od ich szerokości), jak też utwardzonymi poboczami (niezależnie od ich szerokości) usytuowanymi poza opaską [nie będącymi ciągami pieszo- jezdnymi), drogami dla rowerów usytuowanych na jezdni, odcięciem brzegów trawników (brzegi trawników należy odciąć w przypadku gdy trawnik położony jest w poziomie lub powyżej poziomu krawężnika), wydęciem przerostów trawy i chwastów.[…]”.

W ramach usługi doczyszczenia przewidziano obowiązek jej wykonania m.in. na obszarze utwardzonych poboczy (niezależnie od ich szerokości) usytuowanych poza opaską (nie będących ciągami pieszo-jezdnymi), przy czym Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył ich zakresu. Obszar prac nie został zatem definiowany ani dookreślony choćby przez podanie maksymalnej wielkości terenu objętego zamówieniem. Wykracza on także poza przedmiot zamówienia obejmujący jezdnie i wymaga sprzątania ręcznego, co także jest sprzeczne z przedmiotem zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za sprzątanie ręczne. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było nałożenie na Wykonawcę obowiązku wykonywania sprzątania ręcznego, winien to przewidzieć i ustalić w kosztorysie wynagrodzenie za świadczenie usług w tym zakresie. m, n [sprzątanie]

W części II ust. 2 pkt 1 załącznika nr 3 do wzoru umowy podobnie jak w pkt dotyczącym doczyszczenia Zamawiający objął sprzątaniem utwardzone pobocza (niezależnie od ich szerokości) usytuowane poza opaską (nie będące ciągami pieszo-jezdnymi. W tym zakresie pozostają aktualne argumenty wskazane powyżej.

W części II ust. 6 pkt 1) lit. e) załącznika nr 3 do wzoru umowy Zamawiający przewidział:

„[…]Parkujące przy krawężnikach samochody jak też czasowe/trwałe wygrodzenia, separatory ruchu, bariery betonowe i inne tego typu zastawki służące do rozdzielenia i wyznaczenia pasów ruchu, w tym pasów ruchu dla rowerów nie zwalniają Wykonawcy przed utrzymaniem całej nawierzchni jezdni w czystości.[…]”.

Z kolei w części II ust. 6 pkt 1) lit. f) załącznika nr 3 wskazał, że:

„[…]W miejscach trudnodostępnych gdzie oczyszczenie powierzchni przy użyciu sprzętu

mechanicznego jest niemożliwe lub jej realizacja jest utrudniona, w celu dokładnego wykonania prac zamiatania należy uwzględnić możliwość wykorzystania innych technik, np. grupy osób do ręcznego oczyszczania przy wykorzystaniu szczotek ręcznych i innych technik.[…]”.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający całkowicie pomija faktyczną możliwość

realizacji zamówienia, ponieważ wskazane przeszkody, w tym parkujące samochody w sposób oczywisty uniemożliwiają przeprowadzenie sprzątania. Z kolei w pkt f) Zamawiający nakłada na wykonawcę nadmierne obciążenia sprzeczne z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia nie jest bowiem mycie ręczne przez ekipy sprzątające, a Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za mycie ręczne. Podobnie jak powyżej, jeżeli zamiarem Zamawiającego było nałożenie na wykonawcę także obowiązku wykonywania mycia ręcznego, winien to przewidzieć i ustalić w kosztorysie wynagrodzenie za świadczenie usług w tym zakresie. Ponadto Zamawiający nie może oczekiwać i egzekwować wykonania usług w zakresie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym.

o [zmywanie]

W części II ust. 5 załącznika nr 3 do wzoru umowy Zamawiający wymaga: „[…]Zmywanie obejmuje prace zmycia wodą pod ciśnieniem całej szerokości jezdni ulicy wraz z zatokami autobusowymi, przystankowymi i parkingowymi usytuowanymi w poziomie jezdni mającymi utwardzone nawierzchnie (tj. bitumiczne, betonowe, itp.) oraz tzw. „martwymi polami" jezdni.[…]".

Zamawiający wymaga zatem zmycia wodą pod ciśnieniem zatok parkingowych usytuowanych w poziomie jezdni niezależnie od faktycznej możliwości wykonania tej czynności, z pominięciem faktycznej możliwości realizacji zamówienia w zakwestionowanym zakresie. Zamawiający zapomina, że czynność zmywania może odbywać się najpóźniej do 7.00, kiedy to w zatokach parkingowych najczęściej stoją pojazdy. Nie ma zatem technicznych możliwości wykonania zamówienia w sposób ustalony w tym postanowieniu. Przedmiotem zamówienia nie jest sprzątanie ręczne. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było nałożenie na wykonawcę także obowiązku wykonywania sprzątania ręcznego, winien to przewidzieć i ustalić w kosztorysie wynagrodzenie za świadczenie usług w tym zakresie.

p [czujniki]

W ust. 3 i 4 załącznika nr 4 do wzoru umowy Zamawiający wymaga, aby wykonawca wyposażył pojazdy wyszczególnione w umowie:

1) w sezonie zimowym:

a) w czujnik pozycji pługa,

b) w czujnik posypywania,

2) w sezonie letnim:

a) w czujnik zraszania w zamiatarkach,

b) w czujnik dyszy w zmywarce.

Wszystkie czujniki wymagane przez Zamawiającego mają posiadać wbudowane moduły auto diagnostyczne sygnalizujące operatowi jednostki sprzętowej poprawność ich działania, tj. stan pracy, nieprawidłowość/awaria.

Odwołujący wskazał, że wymagania te są całkowicie zbędne, ponieważ specyfika zamówienia wymaga prowadzenia bezpośredniej kontroli jego wykonania. Ponadto, jako że sprzęt wykorzystywany jest w trudnych warunkach, jest przez to narażony na uszkodzenia lub zaburzenia funkcjonowania. Z wiedzy Odwołującego wynika, że wskazane przez Zamawiającego czujniki są awaryjne, a zepsuty czujnik generuje błędną informację do Zamawiającego. Wykonawcę obciąża zatem ryzyko niesprawności czujnika, nawet gdy zamówienie jest przez niego wykonywane poprawnie. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający przewidział w ramach systemu GPS satelitarną lokalizację jednostek sprzętowych, zatem Zamawiający posiada wiedzę, czy jednostki zostały skierowane do wykonania umowy. Ponadto obecność czujników i reagowanie na ich wskazania może ujemnie wpływać na bezpieczeństwo pojazdu i kierowcy, rozpraszając jego uwagę. Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie wyłącznie za usługę wykonaną, zatem istnienie czy brak czujnika pozostaje bez znaczenia dla zobowiązania wykonawcy do prawidłowego wykonania czynności mechanicznego oczyszczania jezdni.

W okresie przygotowawczym oraz w okresie zimowym 2016-2017 Odwołujący wymienił 22 czujniki odpowiadające za sterowanie posypek, co potwierdza wysoką awaryjność tego typu urządzeń.

q, r [raporty]

W ust. 9 i 10 załącznika nr 4 do wzoru umowy Zamawiający przewidział, że w terminie 30 minut po zakończeniu zadysponowanych działań ALFA-0, GAMMA-0, ALFA, BETA,

BETA-S, GAMMA oraz prac mechanicznego oczyszczania (zamiatania/zmywania) Zamawiającemu na adres mailowy dvspozvtor@zom.waw.pl należy przekazać raport czasowy w formacie .xls, z pracy każdej jednostki sprzętowej zawierający określone w ust. 9 i 10 szczegółowe informacje. Informacje te obejmują:
Ust. 9
1) liczbę jednostek sprzętowych biorących udział w akcji wraz z numerami

rejestracyjnymi/taborowymi,
2) godziny wyjazdu jednostek sprzętowych ze strefy „START”,
3) godziny dojazdu jednostek sprzętowych do strefy „ZERO” w rejonie objętym umową (w przypadku zadysponowania działań ALFA-0 lub GAMMA-0),
4) godziny dojazdu jednostek sprzętowych do strefy „TRASA” w rejonie objętym umową,
5) godzina zakończenia prac jednostek sprzętowych w strefie „TRASA” w rejonie objętym umową,
6) łączny czas pracy jednostek sprzętowych liczony od momentu wyjazdu ze strefy „START" do zakończenia prac w strefie „TRASA” (lub od momentu wyjazdu ze strefy „ZERO”, jeśli akcja ALFA-0/GAMMA-0 trwa min. 1h).

Ust. 10
1) liczba jednostek sprzętowych biorących udział zleconych pracach z numerami rejestracyjnymi/taborowymi,
2) godzina dojazdu jednostek sprzętowych do strefy „TRASA” w rejonie objętym umowę,
3) godzina zakończenia prac jednostek sprzętowych w strefie „TRASA” w rejonie objętym umowę,
4) łączny czas pracy urządzenia od momentu wjazdu do strefy „TRASA" do zakończenia prac w rejonie objętym umową.

Zdaniem Odwołującego wszystkie te informacje mogą bez trudu zostać wygenerowane z systemu GPS, którego wyszczególnione funkcje muszą zostać udostępnione Zamawiającemu. System ten ma m.in. posiadać funkcjonalności dotyczące tworzenia różnych raportów (tabelarycznych wizualnych) obejmujących informacje wymagane w ramach
ust. 9 i 10.

Odwołujący stwierdził ponadto, że wskazany 30-minutowy termin po zakończeniu działań na dostarczenie raportu jest nierealny, biorąc choćby pod uwagę czas przeprowadzania zadysponowanych działań oraz nieobecność osoby odpowiedzialnej 2a nadzór usługi z ramienia wykonawcy, gdyż przebywa w tym czasie w rejonie dokonując jakościowego odbioru usługi z udziałem przedstawicieli Zamawiającego (inspektorów kontroli ZOM).

s [ALFA-0 i GAMMA-0 – środki chemiczne]

W części III ust. 2 pkt 1) lit. c) załącznika nr 1 do wzoru umowy (str. 64 SIWZ) Zamawiający żąda w akcjach ALFA-0 i GAMMA-0 świadczonych bezpłatnie rodzaju przygotowania i dostarczenia mieszkanki NaCl+CaCl , co naraża wykonawcę na istotne 2 straty, ponieważ mieszanka to może być wykorzystana w ciągu maksymalnie 4 godzin od

momentu załadunku na pojazd. Po tym okresie mieszanka, wchodząc w reakcje chemiczną, ulega zespoleniu i nie nadaje się do użytku.

t [kryterium oceny ofert – aspekt społeczny]

Zamawiający przyznaje wykonawcom punkty za zaoferowanie wykonania kluczowych elementów zamówienia: akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA, INTERWENCJA-BOCZNE JEZDNIE oraz akcji OCZYSZCZNIA JEZDNI ULIC, tj. SPRZĄTANIA I ZMYWANIA wyłącznie przez osoby zatrudnione na umowę o pracę w rozumieniu przepisów K.p. Zamawiający jednak nie określa minimalnej liczby osób, które musi zatrudnić wykonawca, co może prowadzić do późniejszych manipulacji, a nawet wkalkulowania kosztu kary umownej (5.000,00 zł) w cenę oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien wskazać minimalną liczbę pracowników, których wykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na umowę o pracę i którą Zamawiający będzie w stanie zweryfikować.

u [termin składania ofert]

Jak wskazuje orzecznictwo oraz doktryna, ustawodawca wyznaczył jedynie minimalne terminy składania ofert pozostawiając Zamawiającemu dostosowanie terminu do skali konkretnego zamówienia. Z uwagi na poziom skomplikowania przedmiotowego zamówienia oraz jego szeroki zakres (ponad 600 stron SIWZ), Zamawiający jest zobowiązany wskazać termin, który nie naruszając zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców będzie wystraczający do rzetelnego przygotowania i skalkulowania ceny oferty.

Pzp posługuje się minimalnymi terminami składania ofert, co oznacza, że zamawiający zawsze może wyznaczyć termin dłuższy niż przewidziany w ustawie. Ustawodawca wyraźnie wskazuje na konieczność dostosowania długości terminu do złożoności oferty składanej w danym postępowaniu, nakazując zamawiającemu uwzględnić czas niezbędny na przygotowanie oferty.

Powyższe potwierdza również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE zgodnie z którym (ust. 1) podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Uwzględniając zatem systematykę art. 38 Dyrektywy 2994/18/WE oraz ogólny charakter wytycznych zawartych w jego ust. 1 podkreślenia wymaga, że zasadą zarówno na gruncie unijnego jak i polskiego prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie udzielanie zamówienia w terminach minimalnych lub zbliżonych do

minimalnych.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której sformułował wniosek o jego oddalenie.

c [okres realizacji zamówienia]

Zarzut dotyczy § 2 ust. 2 i 3 wzoru umowy, który w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 14 czerwca 2017 otrzymał następujące brzmienie:

1. w § 2 ust. 2 wzoru umowy skreśla się słowo: „ramowe”,
2. w § 2 ust. 3 wzoru umowy:

„[…]

„3. W przypadku zmiany warunków atmosferycznych Zamawiający zastrzega sobie prawo do możliwości ogłoszenia zlecania akcji poza terminami określonymi w ust. 2:

a) z 24 godzinnym wyprzedzeniem, Zamawiający poinformuje Wykonawcę, o możliwości zlecenia akcji GAMMA;
b) z 48 godzinnym wyprzedzeniem, Zamawiający poinformuje Wykonawcę, o możliwości zlecenia akcji ALFA,
c) z 24 godzinnym wyprzedzeniem lub krótszym w uzgodnieniu z Wykonawcą, Zamawiający poinformuje Wykonawcę o zleceniu sprzątania lub zmywania tras letniego utrzymania lub części trasy letniego utrzymania.

[…]”.

Zamawiający podkreślił, że przedmiotem umowy jest całoroczne oczyszczanie jezdni ulic. Prace zostały podzielone na dwie grupy (a) utrzymanie zimowe realizowane w okresie od 15 października do 14 kwietnia, (b) utrzymanie letnie w okresie od 15 kwietnia do 14 października. W poprzednim brzmieniu § 2 ust. 2 i 3 wzoru umowy Zamawiający dopuszczał możliwość przesuwania terminów rozpoczęcia sezonu zimowego i letniego, w zależności od prognoz oraz spodziewanych anomalii pogodowych (jak np. przygruntowe przymrozki w maju).

Intencją Zamawiającego jest, aby w przypadku anomalii pogodowych, które sporadycznie się zdarzają, Zamawiający miał zapewnioną możliwość zlecania prac, które są wykonywane w innym okresie roku.

W związku z tym, w aktualnym brzmieniu § 2 ust. 2 i 3 wzoru umowy, terminy sezonu zimowego i letniego pozostają niezmienne, jednak Zamawiający przewiduje możliwość zlecania wybranych prac zimowych (akcja ALFA, akcja GAMMA) w okresie letnim oraz wybranych prac letnich w okresie zimowym (sprzątanie tras, zmywanie tras).

Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że sporadycznie występuje potrzeba wykonania tego rodzaju prac poza dedykowanym dla nich sezonem. Przykładowo, w roku 2011 w miesiącu maju wystąpiły ujemne temperatury połączone z opadami, w związku z czym powstała konieczność zlecenia akcji GAMMA w celu zabezpieczenia odcinków niebezpiecznych oraz mostów i wiaduktów.

Zamawiający – w zależności od różnej skali zaangażowania potencjału wykonawców w poszczególne akcje – wprowadził różne okresy wyprzedzenia, z jakim poinformuje wykonawców o zakładanej potrzebie przeprowadzenia poszczególnych prac. W ocenie Zamawiającego są to terminy w pełni wystarczające na przygotowanie się przez wykonawców do realizacji poszczególnych prac. Jednocześnie Zamawiający nie ma możliwości wprowadzenia dłuższych terminów, ponieważ przewidzenie negatywnych zjawisk atmosferycznych z większym wyprzedzeniem jest niemożliwe – długoterminowe prognozy pogody mają małą sprawdzalność, ryzyko wystąpienia potrzeby wykonania tego rodzaju prac może być ustalone jedynie o krótkoterminowe prognozy pogody.

d, e [przerwa w przekazie GPS]

Dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego wskazują, że przerwy w sygnale GPS lub jego brak w czasie do 10 minut spowodowane są najczęściej czynnikami zewnętrznymi, takimi jak przejazd jednostki w tunelu, wysoka, zwarta zabudowa, tereny zalesione lub miejsca o znaczeniu obronnym. W związku z tym, wymóg stawiany przez Zamawiającego w zakresie wyposażenia każdej jednostki sprzętowej w moduł obszernej pamięci wewnętrznej potocznie zwany „czarną skrzynką", która umożliwia zapis do 72h parametrów wykonanie pracy i eliminuje ryzyko nie przekazania Zamawiającemu w ciągu 24h wymaganych danych.

Biorąc powyższe, modyfikacją z 14 czerwca 2017 r. Zamawiający daje możliwość uzupełnienia danych nie tylko w przypadku przerw w sygnale, ale również w przypadku braku sygnału.

f [waloryzacja wynagrodzenia]

Zamawiający przewiduje zawarcie umowy na okres 3 lat, począwszy od dnia 15 października 2017 r. Wynika stąd, że w bieżącym roku wykonawca będzie realizował umowę tylko przez 2,5 miesiąca spośród łącznie wszystkich 36 miesięcy.

Zaskarżone postanowienie zostało wprowadzone w tym celu, aby wszyscy wykonawcy w ten sam sposób mogli dokonać szacowania cen ofert, co służy zachowaniu uczciwej konkurencji. Dzięki wprowadzonemu rozwiązaniu wykonawcy mają świadomość, że do szacowania kosztów pracy w roku 2018 należy przyjąć wyższe stawki wynagrodzeń niż

wynagrodzenie minimalne z roku 2017, ponieważ w styczniu 2018 r. Zamawiający nie przewiduje waloryzacji umowy – jeżeli wynagrodzenie minimalne wzrośnie o nie więcej niż 150 zł.

W ocenie Zamawiającego wprowadzone rozwiązanie jest w pełni uzasadnione jeżeli wzrost wynagrodzeń będzie standardowy, po dwóch miesiącach nie będzie zwiększał wynagrodzenia określonego w umowie, wykonawca powinien taką zmianę przewidzieć w cenie oferty.

W ocenie Zamawiającego, waloryzacja wynagrodzenia umów wieloletnich ma na celu zdjęcie z wykonawców ryzyka wzrostu kosztów, które są spowodowane działaniami Państwa, występującymi w dalszej perspektywie czasowej – stąd obowiązek waloryzacji jest ograniczony do umów dłuższych niż 12 miesięcy, a nie do wszystkich umów, w tym również zawartych na 12 miesięcy lub jeszcze krótszych. Biorąc pod uwagę cel wprowadzonej regulacji, nie można oczekiwać od Zamawiającego, że po 2 miesiącach obowiązywania umowy będzie podwyższał umówione wynagrodzenie. Odmienna wykładnia prowadziłaby do nieuzasadnionego preferowania wykonawców zawierających umowy długoterminowe. Gdyby bowiem Zamawiający zamierzał udzielić zamówienia na 1 rok, musiałby oszacować (wkalkulować w cenę) wzrost wynagrodzenia minimalnego za 2018 r. Zamawiający oczekuje, że taki sam mechanizm waloryzacji wykonawcy zastosują przy szacowaniu kosztów realizacji umowy w pierwszym roku umowy trzyletniej. Jednocześnie – gdyby wynagrodzenie minimalne wzrosło o kwotę wyższą, niż 150 zł – w takiej sytuacji Zamawiający nie wykluczył możliwości waloryzacji wynagrodzenia określonego w umowie.

Obecnie brzmienie § 12 ust. 5 wzoru umowy w pełni zabezpiecza interesy wykonawcy w pierwszym roku realizacji umowy.

g [wynagrodzenie za akcje uzupełniające ALFA-0 i GAMMA-0]

Zamawiający powtórzył argumentację przedstawioną na odparcie analogicznego zarzutu z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1137/17.
i [czas wyjazdu przy akcjach Beta i Beta-S]

W ocenie Zamawiającego wskazane normy czasowe są realne, a celem Zamawiającego jest zobligowanie wykonawcy do takiej organizacji prac, by maksymalnie skrócić czas ich rozpoczęcia, ponieważ istotą specyfiki prac zimowego mechanicznego oczyszczania jest nie tylko co do zasady ich wykonanie lecz szybkość ich podjęcia, podyktowane jest to dążeniem do jak najszybszego zminimalizowania zagrożeń bezpieczeństwa ruchu kołowego.
j [posypywanie w ramach akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA]

70

Wprowadzając modyfikację z 14 czerwca 2017 r. Zamawiający odszedł od pojęcia czarnej jezdni i prac prowadzonych na bieżąco. Jednostką rozliczeniową pracy jest utrzymanie 1 km pasa posypywania. W związku z powyższym intencją Zamawiającego jest, aby wykonawca otrzymując dyspozycję posypywania określonym przez zamawiającego środkiem, samodzielnie dobrał odpowiednią jego dawkę zgodną z rozporządzeniem Ministra Środowiska z 27 października 2005 r. sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U.2005.230.1960), i zabezpieczył lub zlikwidował śliskość zimową na posypywanej nawierzchni jezdni. W przypadku intensywnych opadów śniegu Zamawiający będzie dysponował kolejne działania.

Zgodnie z SIWZ, wynagrodzenie wykonawcy jest należne za przeprowadzenie jednej, kompleksowej akcji określonego rodzaju (ALFA, BETA, GAMMA, INTERWENCJA). wykonawca, w ramach przeprowadzonej akcji ma wykonać określony w opisie przedmiotu zamówienia minimalny zakresy czynności (np. w przypadku akcji ALFA jest to co najmniej jedno posypanie odpowiednim środkiem chemicznym). Technologia wykonania prac ma doprowadzić do uzyskania oczekiwanego przez zamawiającego rezultatu – usunięcia lub zapobieżenia śliskości jezdni. W zależności od warunków atmosferycznych, organizacji pracy, doboru ilości środków chemicznych oraz know-how poszczególnych wykonawców (np. skorzystania z możliwości jazdy z opuszczonymi pługami przy wykonywaniu prac posypywania), osiągnięcie zamierzonego rezultatu może nastąpić na różne sposoby.
k, l [doczyszczanie tras]

Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, za usługi realizowane przez wykonawcę, Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty świadczenia ekwiwalentnego wynagrodzenia. W niniejszym przypadku została zastosowana konstrukcja wynagrodzenia kosztorysowego – wykonawcy uzyskują wynagrodzenie zgodnie z cenami jednostkowymi określonymi w ofercie, w zamian za realizację usług określonych w umowie. Wykonawcy wiedzą więc, jakie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji zamówienia stanowią podstawę do zapłaty wynagrodzenia. Wynagrodzenie określone w umowie należne jest za wszystkie czynności, które wykonawca podejmuje w związku z realizacją umowy. Nie jest tak jak sugeruje Odwołujący, że część prac wykonawca ma realizować za darmo – wynagrodzenie obejmuje całość czynności (wszystkie świadczenia) wykonawcy zrealizowane w ramach umowy. Przyjęcie przez Zamawiającego, że zapłata wynagrodzenia następuje po określonych w kosztorysie pracach kształtuje sposób zapłaty wynagrodzenia. Wykonawcy wiedząc, po jakich czynnościach następuje wypłata wynagrodzenia, wynagrodzenie za wszystkie inne prace powinni wkalkulować w określone przez Zamawiającego pozycje kosztorysowe.

71

Umowa zakłada ekwiwalentność świadczeń w ujęciu całościowym – wszystkie koszty bezpośrednio i pośrednio związane z realizacją zamówienia oraz zysk wykonawcy powinny zostać ujęte w dostępnych pozycjach kosztorysu.

Innymi słowy, wykonawca w ramach ustalonych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych powinien tak skalkulować swoją ofertę, aby uzyskane wynagrodzenie obejmowało wszystkie prace będące przedmiotem umowy.

Nie jest więc prawdą, że prace polegające na doczyszczaniu tras są wykonywane za darmo -podobnie jak szereg innych prac, które również nie mają swojej pozycji kosztorysowej. Doczyszczanie tras jest stałym zadaniem wykonawcy, realizowanym każdego

roku, po zakończeniu sezonu zimowego. Nie jest to więc zdarzenie nieprzewidywalne.

Niezrozumiały jest zarzut, że konieczność ręcznego wykonania części prac w ramach doczyszczania wykracza poza przedmiot zamówienia i jest sprzeczne z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie gwarantował, że wszystkie prace będą wykonane za pomocą specjalistycznych maszyn. Doczyszczanie tras ma na celu gruntowne uprzątnięcie jezdni wraz z poboczami, martwymi polami, utwardzonymi polami rozdzielającymi jezdnię – całej infrastruktury znajdującej się w pasie jezdni, z zanieczyszczeń naniesionych w trakcie zimy. Zakres prac nie budził wątpliwości wykonawców. Trasy oczyszczania są znane, infrastruktura drogowa jest ogólnodostępna, każdy z zainteresowanych wykonawców ma możliwość dokonania oględzin i zapoznania się z układem ulic oraz pozostałej infrastruktury drogowej w rejonie, na który zamierza złożyć swoją ofertę.

m, n [sprzątanie]

Intencją Zamawiającego jest, aby utwardzone elementy infrastruktury drogowej nie będące jezdnią były regularnie sprzątane, ponieważ w wyniku eksploatacji drogi ulegają one również zanieczyszczeniu (piasek, błoto, kamienie itp.). Pęd samochodów przemieszcza wtórnie te zanieczyszczenia na jezdnię stwarzając realne zagrożenie dla uczestników ruchu drogowego. Brak działań w tym zakresie niweczyłby uzyskany już ogólny stan sanitarno-porządkowy. Tym samym, w założeniu Zamawiającego kompleksowość prac mechanicznego oczyszczania polega na sprzątaniu jezdni wraz z towarzyszącą im poziomą infrastrukturą drogową. Jednocześnie należy nadmienić, że Zamawiający publikując w SIWZ wykaz tras utrzymania umożliwia wykonawcom zapoznanie się ze specyfiką danego rejonu.

p [czujniki]

Zamawiający przyjął rozwiązanie dotyczące montażu czujników pracy będącego elementem systemu GPS, jako aspekt praktyczny wspomagania kontroli i prawidłowości wykonania prac. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że wykonawcy przy realizacji

zadysponowanych działań niejednokrotnie ograniczali się do samego przejazdu jednostki sprzętowej bez posypywania lub płużenia, w celu rejestracji śladu przejazdu, pozorując faktyczne wykonie prac. W związku z powyższym Zamawiający wprowadził dodatkowy element kontroli pracy, który ma jednocześnie informować o faktycznym wykonywaniu posypywania lub płużenia w trakcie zadysponowanych działań.

q, r [raporty]

W wyniku konsultacji i uzyskaniu informacji od usługodawców systemów GPS przedmiotowy raport nie generuje dodatkowych kosztów, a Zamawiającemu niezbędny jest do czynności kontrolno-weryfikacyjnych. Dodatkowo należy nadmienić, iż automatyzacja raportowania była rekomendacją pokontrolną Biura Audytu Wewnętrznego Urzędu m. st. Warszawy.

s [ALFA-0 i GAMMA-0 – środki chemiczne]

Z doświadczenia i wiedzy Zamawiającego mieszanka NaCl+CaCl jako 2 środek chemiczny wykorzystywany przy likwidacji i zwalczaniu śliskości zimowej posiada wysokie właściwości higroskopijne (tj. podatność na wchłanianie wilgoci lub wiązanie się z wodą). Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wprowadził wymóg posiadania na jednostkach sprzętowych plandek zabezpieczających środki do likwidowania śliskości zimowej przed warunkami/czynnikami atmosferycznymi. Dodatkowo Zamawiający w charakterystyce zaplecza technicznego w załączniku nr 13 do wzoru umowy wskazał sposób przechowywania tych środków. W ocenie Zamawiającego powyższe gwarantuje zachowanie właściwości użytkowych środków w trakcie zadysponowania działań 0.

t [kryterium oceny ofert – aspekt społeczny]

W ocenie Zamawiającego, przepisy Pzp nie nakładają na Zamawiającego obowiązku określenia liczby pracowników, przy udziale których wykonawca ma realizować zamówienie. Jeżeli nie wynika to z potrzeb Zamawiającego, ustalenie liczby personelu dedykowanego do realizacji umowy jest wewnętrzną kwestią organizacyjną wykonawcy.

u [termin składania ofert]

W ocenie Zamawiającego, każdy z wykonawców w normalnym toku czynności jest w stanie przygotować ofertę w terminach określonych w SIWZ. Przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem specjalistycznym, realizowanym przez podmioty posiadające odpowiednie doświadczenie w tej dziedzinie. Z praktyki lat ubiegłych wynika, że profesjonalni wykonawcy z powodzeniem są w stanie przygotować ofertę w terminach ustawowych.

Zamawiający wskazał jednocześnie, że termin składania ofert został przesunięty w związku z postępowaniem odwoławczym prowadzonym przed Izbą do dnia 7 lipca 2017 r.

73

Odwołujący w piśmie procesowym z 30 czerwca 2017 r., do odpowiedzi na zawierającym ustosunkowanie Zamawiającego odwołanie, przedstawił następujące stanowisko.

c [okres realizacji zamówienia]

Zmiana w SIWZ z dnia 14 czerwca 2017 r. jest wyłącznie pozorną zmianą, nie wpływającą na zarzut podniesiony w odwołaniu.

Wykonawca po sezonie zimowym musi oddać sprzęt do konserwacji, co uniemożliwia mu ciągłe (po zakończeniu sezonu zimowego) pozostawanie w gotowości. Wykonawcy są zobowiązani do zatrudnienia dużo wyższej liczby kierowców w sezonie zimowym, niż w sezonie letnim. Przykładowo w rejonie I – B., wykonawca musi zapewnić 17 posypywarek i 8 pługów. Utrzymanie w gotowości wymaga zatrudnienia min. 25 kierowców (co najmniej 1 kierowcę na każdy pojazd). Po zakończeniu sezonu wykonawca może oddelegować kierowców do innych zamówień lub zakończyć z nimi współpracę. W sezonie letnim w rejonie I potrzebna jest jedna zamiatarka i jedna zmywarka, czyli łącznie 4 kierowców (po 2 na każdy pojazd). Brak możliwości wyceny „stanu gotowości" i brak jakichkolwiek informacji na temat terminu zakończenia sezonu zimowego skutkuje tym, że wykonawca nie jest w stanie rzetelnie wycenić ofertę, ponieważ nie jest w stanie przewidzieć ilu kierowców i przez jaki czas musi utrzymywać w gotowości, bez możliwości oddelegowania ich do innych zamówień. Należy podkreślić, że wykonawca nie jest w stanie, w sytuacji, gdy zostanie ogłoszona akcja już po sezonie zimowym, w ciągu 24/48 h zapewnić kierowców do każdej trasy, ponieważ każdy kierowca musi wcześniej znać swoją trasę.

Odwołujący nie może pozostawać w niepewności co do rzeczywistego czasu trwania sezonu zimowego z tego względu, że równolegle realizuje inne projekty i musi być w stanie oszacować liczbę pracowników, których musi oddelegować do pracy na rzecz Zamawiającego. Przedłużanie terminu praktycznie *ad hoc* bez względu na to, czy sezon już się zakończył, oznacza, że wykonawcy muszą pozostawać w gotowości przez nieokreślony czas, muszą posiadać dodatkowy sprzęt, a także muszą zatrudnić dodatkowych ludzi.

Postawienie takiego wymogu stanowi niegospodarność środkami publicznymi ze strony Zamawiającego, ponieważ oferty wykonawców muszą przewidzieć konieczność zatrudnienia dodatkowych kierowców przez nieokreślony czas, co bezpośrednio wpływa na ceny ofert, a przy tym wymóg taki nie ma żadnego uzasadnienia. Oferty wykonawców mogą być także nieporównywalne, ponieważ część wykonawców spróbuje przerzucić ryzyko na Zamawiającego przez zawyżanie wszystkich cen w formularzu cenowym, a część tego nie zrobi, wyceniając to co faktycznie jest w formularzu cenowym, czyli wyłącznie ceny za akcje, zakładając, że Zamawiający nie będzie przedłużał akcji zimowych i tym samym narazi się na

74

---

straty. Należy jednak zauważyć, że nawet dokonanie próby wyceny nie chroni wykonawcy przed stratą, ponieważ Zamawiający nie przewiduje wynagrodzenia za „pozostawanie w gotowości", nie przewiduje wynagrodzenia ryczałtowego w żadnej części, a równocześnie nie gwarantuje żadnej minimalnej liczby akcji, za które Wykonawca otrzyma wynagrodzenie.

Postanowienia w obecnej formie umożliwiają Zamawiającemu w dowolnej chwili ogłoszenie możliwości przeprowadzenia akcji w dowolnej liczbie nawet wtedy, gdy sezon zimowy już się zakończył a sprzęt zimowy powinien być już poddawany konserwacji.

Zamawiający mógłby w sposób ryczałtowy zapewnić sobie „pozostawanie w stanie gotowości" wykonawcy przez określony czas. Wykonawcy byliby w stanie skalkulować koszt pozostawania w stanie gotowości, jeżeli otrzymaliby informacje przez jaki okres, ilu kierowców i jaki sprzęt muszą posiadać w gotowości. Należy także podkreślić, że w formularzu cenowym nie ma w chwili obecnej żadnej pozycji, do której wykonawca mógłby wliczyć ryzyko i koszt związany z takim stanem niepewności, ponieważ nie ma w formularzu cenowym pozycji, której zapłatę zagwarantował Zamawiający. W przypadku łagodnej zimy może okazać się, że Zamawiający nie zleci żadnej akcji, przez co wykonawca nie otrzyma żadnego wynagrodzenia w sezonie zimowym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 2) twierdzi, że jego intencją jest, „aby w przypadku anomalii pogodowych, które sporadycznie się zdarzają, Zamawiający miał zapewnioną możliwość zlecania prac, które są wykonywane w innym okresie". Umożliwienie przez wykonawców wyceny stanu pozostawania w gotowości nie stoi w sprzeczności z wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie intencją Zamawiającego.

W poprzednim sezonie zimowym, w rejonie obsługiwanym przez Odwołującego, Zamawiający dwukrotnie przedłużał czas trwania sezonu zimowego, przy czym po raz drugi „wznowił" sezon już po jego zakończeniu. W przedłużonym okresie sezonu zimowego Zamawiający nie ogłosił żadnej akcji, narażając wykonawcę na straty związane z koniecznością pozostawania przez wykonawcę „w stanie gotowości" po zakończeniu sezonu zimowego.

d, e [przerwa w przekazie GPS]

Wzór umowy daje Zamawiającemu uprawnienie do naliczania kar umownych w sytuacjach, na które wykonawca nie ma wpływu. Jednocześnie urządzenie rejestrujące („czarna skrzynka"), które ma dostarczyć uzupełniony rejestr w przypadku przerwy w przekazie GPS działa na tej samej zasadzie co sam GPS, zatem utrata sygnału GPS będzie równoznaczna z utratą zapisu na urządzeniu rejestrującym. Zamawiający podał przykłady

sytuacji, w których może wystąpić przerwa lub utrata sygnału (str. 3 odpowiedzi na odwołanie): „przejazd jednostki w tunelu, wysoka zwarta zabudowa, tereny zalesione lub miejsca o znaczeniu obronnym", zupełnie pomijając fakt, że jeżeli wystąpi przerwa w sygnale GPS wynikająca, przykładowo, ze wskazanych przez Zamawiającego okoliczności, to przerwa (zanik) będzie skutkowała taką samą przerwą (zanikiem) sygnału z czarnej skrzynki.

Odwołujący podkreślił, że przerwy w przekazie mogą wynikać także z awarii infrastruktury GSM, przeszkód architektonicznych (np. gęsta zabudowa, garaże, budynki za metalowym poszyciem, dach, ściany), które osłabiają lub całkowicie zakłócają zasięg, przeciążeń sieci, gdy za dużo urządzeń próbuje logować się do jednego BTS (bazowa stacja przekaźnikowa) w okolicy, w której pracują pojazdy; zakłóceń wywołanych przez nielegalne urządzenia lub urządzenia niekompatybilne z siecią GSM, czy działania urządzeń zagłuszających, używanych przez służby, wojsko i przestępców.

Należy mieć także na uwadze, że GPS jest zarządzany przez armię Stanów Zjednoczonych, zatem wykonawca także z tego względu może nie mieć wpływu na działanie GPS.

f [waloryzacja wynagrodzenia]

Art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp nie uprawnia Zamawiającego do wyłączenia waloryzacji wynagrodzenia w jakimkolwiek zakresie. Działanie Zamawiającego jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający w żadnej sposób nie odniósł się do tego, że przepisy nie uprawniają go do takiego zastrzeżenia. Jeżeli wykonawca wykaże, że na skutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia wzrosną jego koszty, to zamawiający ma obowiązek dokonania waloryzacji wynagrodzenia.

Zamawiający twierdzi, że wykonawca powinien przewidzieć zmianę wynagrodzenia, podczas gdy art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp chroni wykonawców przed koniecznością szacowania i kalkulowania w cenie oferty ryzyka zawiązanego ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia. Nie jest zrozumiałe stanowisko Zamawiającego także z tego względu, że możliwość waloryzacji wynagrodzenia na skutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia jest korzystna dla obu stron kontraktu – zarówno zamawiającego jak i wykonawcy, ponieważ chroni strony przed przeszacowaniem lub niedoszacowaniem ryzyka związanego ze zwiększeniem minimalnego wynagrodzenia.

Zamawiający twierdzi, że (str. 3 odwołania) „zapis został wprowadzony w tym celu, aby wszyscy wykonawcy w ten sam sposób mogli dokonać szacowania cen ofert", podczas gdy wprowadzone ograniczenie ma odwrotny skutek. Część wykonawców może w ogóle nie skalkulować ryzyka zwiększenia wynagrodzenia, część może skalkulować zmianę na

poziomie maksymalnym wyznaczonym przez Zamawiającego (150 zł) a jeszcze inni mogą wziąć pod uwagę różniące się od siebie wiadomości z prasy (80, 100 zł), co sprawia, że oferty będą nieporównywalne, ponieważ nie będą opierały się na rzeczywistych kosztach,

lecz na szacunkach opartych o różne podstawy.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że w realizację przedmiotowego zamówienia nie są zaangażowani jedynie wykwalikowani kierowcy, lecz część personelu wykonuje manualne prace i głównie tej części personelu dotyczy kwestia minimalnego wynagrodzenia.

g [akcje uzupełniające]

Odwołujący stwierdził, że wyliczenia Zamawiającego nie są wiarygodne, ponieważ Zamawiający nie wskazuje na jakiej podstawie wyliczył średni koszt akcji, co uniemożliwia rzetelne odniesienie się do wskazanych kwot. Odwołujący jest w stanie jedynie oświadczyć, że wskazane kwoty nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistych kosztach i udowodnić swoje twierdzenia własnymi wyliczeniami. Ponadto uśrednienie liczby akcji jest bezpodstawne, ponieważ nie odzwierciedla faktycznych kosztów ponoszonych przez wykonawców w różnych rejonach (przykładowo, wykonawca, w którego rejonie odwołano akcje 7 razy ponosi koszty siedmiokrotnego odwołania akcji, nawet gdy średnia dla wszystkich rejonów jest mniejsza).

Nie jest także zrozumiałe dlaczego Zamawiający porównuje koszt akcji do wynagrodzenia wszystkich wykonawców, podczas gdy powinien porównać marże (a nie wynagrodzenie) wykonawców za konkretne rejony z ponoszonymi kosztami za odwołane akcje w konkretnych rejonach, tj. kosztami, które się nie zwrócą i które wykonawcy dotychczas musieli pokrywać ze swojej marży (którą są w stanie wycenić za konkretną wykonaną akcję a nie za całość umowy). Ponadto porównanie do wynagrodzenia za poprzedni sezon jest także nieadekwatne z tego względu, że jest ono uzależnione od warunków atmosferycznych, zatem jeżeli zima w kolejnym sezonie będzie łagodniejsza, to wynagrodzenie wykonawców będzie niższe.

Zmiana SIWZ dotycząca akcji uzupełniających, tj. akcji „0" jest wyłącznie pozorną zmianą. Nadal wykonawcy zobowiązani są do świadczenia usług za kwotę, która pozornie ma stanowić wynagrodzenie wykonawcy a de facto nie pokryje nawet kosztów usług świadczonych przez wykonawcę, przez co wykonawca zobowiązany jest nie tylko świadczyć usługi za darmo, ale dodatkowo ponosić koszty związane z ich świadczeniem.

Całkowicie niezrozumiałe i nieadekwatne do rzeczywistych kosztów jest rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego. Z jednej strony wynagrodzenie na poziomie 3% nie ma nic wspólnego z rzeczywistymi kosztami, a z drugiej strony nieprawidłowe jest samo odniesienie

---

się do kosztów konkretnej akcji (ALFA lub GAMMA), zamiast liczby jednostek i odległości od bazy do punktu, do którego musi dojechać jednostka.

Na koszt akcji „0" mają wpływ: (1) odległość od bazy do punktu startowego, (2) liczba jednostek, która musi wyruszyć przygotowana do świadczenia usług, (3) godziny zlecenia akcji.

Wykonawca zawsze ponosi koszt akcji „0" bez względu na to, czy akcja zmieni się w zwykłą akcję, czy też będzie odwołana. Wykonawca ponosi koszty związane z paliwem (stąd adekwatnym odniesieniem do kalkulacji kosztu jest odległość punktu startowego od bazy i liczba jednostek, które wyruszą), kosztami eksploatacji pojazdów, a także koszty załadunku (i jego zużycia), a także koszty pracownika. Z doświadczenia wykonawcy z poprzedniego sezonu wynika, że akcje „0" były zlecane także w godzinach nocnych. Za pracę w godzinach nocnych i w dni wolne od pracy wykonawca ponosi większe koszty związane z zatrudnieniem pracowników.

Tymczasem Zamawiający przyjął całkowicie nieadekwatny sposób obliczania kosztu akcji 0 poprzez odniesienie do akcji posypywania (ALFA i GAMMA). Zgodnie z częścią V ust. 1 załącznika nr 1 do wzoru umowy sposób rozliczenia akcji ALFA i GAMMA obliczany jest jako iloczyn długości pasów posypywania i ceny jednostkowej netto za 1 km pasa posypywania. W przypadku akcji 0 nie są świadczone usługi posypywania, a na poniesione koszty mają wpływ czynniki wymienione powyżej, które w ogóle nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego. Koszty te mają charakter stały i nie zależą od długości tras posypywania w danym rejonie.

i [BETA i BETA-S]

Modyfikacja SIWZ w zakresie akcji BETA i BETA-S jest pozorna i nie wpływa na zarzut podniesiony w odwołaniu. Odwołujący nie kwestionuje intencji Zamawiającego, ale wskazuje, że akcje BETA wymagają zaangażowania większej liczby pojazdów, co przy tak krótkim czasie na przystąpienie do realizacji (2h) jest wręcz niemożliwe. Dla

Zamawiającego kluczowy powinien być efekt, a nie sztuczne ograniczenia, służące wyłącznie naliczaniu kar umownych. Wyjazd w ramach akcji BETA i BETA-S związany jest z warunkami atmosferycznymi, które wpływają na zatory na drodze, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu.

k, l [doczyszczanie tras]

Wykonawcy nie otrzymują stałego wynagrodzenia ryczałtowego za realizację całej umowy, ani za żadną z pozycji w umowie. Wynagrodzenie uzależnione jest wyłącznie od zlecania przez Zamawiającego akcji, podczas gdy doczyszczanie tras jest niezależne od

wystąpienia akcji i musi być wykonane po sezonie zimowym.

Zamawiający nie wyjaśnił jakie jest uzasadnienie przerzucenia całego ryzyka związanego z niewystąpieniem akcji i tym samym nieotrzymaniem wynagrodzenia za doczyszczanie (które musi być wykonane) na wykonawców.

Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 6) stwierdził, że „[…]w niniejszym przypadku została zastosowana konstrukcja wynagrodzenia kosztorysowego – Wykonawcy uzyskują wynagrodzenie zgodnie z cenami jednostkowymi określonymi w ofercie, w zamian za realizację usług określonych w umowie.[…]". Tymczasem Zamawiający wymaga świadczenia usług doczyszczania (a po modyfikacji SIWZ także patrolowania i kontrolowania stanu nawierzchni – pkt 28) modyfikacji SIWZ z dnia 14 czerwca 2017 r.) jednocześnie nie umożliwiając wykonawcy wyceny tych usług w ofercie. Zamawiający wymaga uwzględnienia tych pozycji w wynagrodzeniu za pozostałe prace przedmiotu umowy, nie wskazując przy tym w której pozycji formularza cenowego wykonawcy mieliby uwzględnić te usługi (zdaniem Odwołującego nie ma takiej pozycji).

Zamawiający twierdzi, że: „[…]Wykonawcy wiedząc, po jakich czynnościach następuje wypłata wynagrodzenia, wynagrodzenie za wszystkie inne prace powinni wkalkulować w określone przez Zamawiającego pozycje kosztorysowe.[…]". Dalej Zamawiający twierdzi, że „Umowa zakłada ekwiwalentność świadczeń w ujęciu całościowym – wszystkie koszty bezpośrednio i pośrednio związane z realizacją zamówienia oraz zysk wykonawcy powinny zostać ujęte w dostępnych pozycjach kosztorysu.".

Powyższe twierdzenia nie mają odzwierciedlenia w formularzu cenowym, który zawiera wycenę za akcje (w przeliczeniu na 1 km), zatem wykonawcy są w stanie w tych pozycjach wycenić wyłącznie koszty związane z akcjami i swój zysk w odniesieniu do konkretnych akcji, natomiast nie są w stanie doliczyć do tych pozycji kosztów i zysku związanego z zupełnie innymi i niezależnym od akcji usługami.

m, n [sprzątanie]

Odwołujący zarzucał brak określenia zakresu obszaru, na którym Odwołujący ma świadczyć usługi i w tym zakresie Zamawiający nie odniósł się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu. Zamawiający mógł określić zakres przez wskazanie metrażu lub zaznaczenie obszaru na mapach (mapy wskazują wyłącznie jezdnie, bez poboczy).

p [czujniki]

Odwołujący wskazał, że Zamawiający po zakończonych akacjach przeprowadza inspekcję i sprawdza stan jezdni. Ponadto, w przedmiotowym zamówieniu kluczowy jest cel, który weryfikują inspektorzy. Nie ma zatem praktycznego uzasadnienia zwiększanie kosztów

zamówienia przez doposażenie pojazdów w dodatkowe czujniki. Jednocześnie z kalkulacji wykonawcy wynika, że budżet Zamawiającego nie przewiduje kosztów związanych z instalacją czujników oraz oprogramowaniem do czujników.

Twierdzenia Zamawiającego o „pozorowanych pracach" nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości, ponieważ wykonawcy są odpowiedzialni za efekt prac, który sprawdzają inspektorzy.

W rejonie obsługiwanym w poprzednim sezonie przez Odwołującego akcja BETA była ogłaszana tylko raz, co przy koszcie czujników i ich utrzymania powoduje, że koszty czujników są większe niż zysk z samej akcji. Stanowi to nadmierne i nieuzasadnione obciążenie dla Zamawiającego (który musi zapłacić wyższe wynagrodzenie za akcje) oraz dla wykonawcy, który musi wkalkulować koszt w koszt akcji, a jeżeli akcje nie zostaną ogłoszone, to poniesie stratę (koszt instalacji czujników oraz oprogramowania będzie

kosztem niezależnym od ogłoszenia akcji, a więc niezależnym od otrzymania wynagrodzenia za akcje).

q, r [raporty]

Zamawiający powołuje się w odpowiedzi na odwołanie na „rekomendację pokontrolną Biura Audytu Wewnętrznego Urzędu m.st. Warszawy", jednocześnie nie załączając tej rekomendacji. Na Zamawiającym także spoczywa ciężar udowodnienia twierdzeń, na które się powołuje (zgodnie z art. 6 K.c.).

Odwołujący wskazał, że generowanie raportów nie jest automatyczne, zatem nie zachodzi „automatyzacja raportowania", o której wspomina Zamawiający.

Zamawiający twierdzi, że „w wyniku konsultacji i uzyskaniu informacji od usługodawców systemów GPS przedmiotowy raport nie generuje dodatkowych kosztów", co nie jest prawdą, ponieważ generowanie raportu wymaga zatrudnienia pracownika a także utrzymania infrastruktury umożliwiającej generowanie przez tego pracownika raportów.

Ponadto Zamawiający może samodzielnie wygenerować raport, jeżeli będzie miał taką potrzebę, w taki sam sposób jak wykonawcy.

Nie jest jasny także cel dostarczania raportów w sytuacji, gdy inspekcja ze strony Zamawiającego kontroluje stan realizacji umowy.

s [ALFA-0 i GAMMA-0 – środki chemiczne]

Wynagrodzenie, które oferuje (narzuca) Zamawiający nie pokryje strat związanych z realizacją akcji „0". Dodatkowym nieuzasadnionym kosztem, który poniesie wykonawca jest koszt zużycia się mieszanki NaCl+CaCl , która traci swoje właściwości i nie nadaje się do 2

ponownego użycia w ciągu maksymalnie 4 godzin od momentu załadunku na pojazd. Brak wynagrodzenia za akcje „0", które pokryje koszty wykonawcy, w tym koszty związane ze zużyciem środków chemicznych, naraża wykonawców na duże straty i narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń.

t [kryterium oceny ofert – aspekt społeczny]

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odnosi się do kwestii podniesionej w zarzucie. Odwołujący nie żądał określenia przez Zamawiającego liczby pracowników, przy udziale których wykonawca ma realizować zamówienie, ale żądał wskazania minimalnej liczby osób, które wykonawcy mają zatrudnić na podstawie umowy o pracę w celu otrzymania punktów w kryterium oceny ofert „aspekt społeczny".

u [termin składania ofert]

Liczba wniesionych odwołań, a także zakres zarzutów wskazują na konieczność przedłużenia terminu składania ofert. Zamawiający przedłużył termin składania ofert do 7 lipca 2017 r., podczas gdy rozprawa została wyznaczona na dzień 3 lipca 2017 r. a w kolejnym odwołaniu wniesionym po wprowadzeniu przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ nie został jeszcze wyznaczony termin rozprawy.

Zarzuty we wniesionych odwołaniach dotyczą kluczowych kwestii związanych ze sposobem kalkulacji ceny oferty a także koniecznością negocjacji z podmiotami trzecimi (np. w zakresie czujników i oprogramowania). Zatem nawet jeżeli Zamawiający przyjął, że wszystkie odwołania zostaną rozstrzygnięte w dniu 3 lipca 2017 r. i w tym samym dniu zostanie ogłoszony wyrok (oddalający) to wykonawcy będą mieli zaledwie 3 dni na kalkulację ceny oferty, negocjacje z wykonawcami i złożenie ofert, a w przypadku uwzględnienia odwołań, będą mieli jeszcze mniej czasu (będą musieli poczekać na wykonanie wyroku Izby przez Zamawiającego).

Ponadto, wykonawca D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D. A., wniósł odwołanie wobec zmian SIWZ wynikających z modyfikacji, zatem Zamawiający powinien uwzględnić także czas konieczny na rozpoznanie tego odwołania.

Zamawiający bezzasadnie powołuje się na praktykę wykonawców z lat ubiegłych, podczas gdy wykonawcy znają jedynie infrastrukturę i specyfikę rejonów, w których świadczą usługi, a mogą być zainteresowani złożeniem ofert na inne rejony. Ponadto Zamawiający wprowadził zmiany w SIWZ w stosunku do lat ubiegłych, które znacząco wpływają na sporządzenie ofert, np. postanowienia dotyczące czujników, czy brak przewidzenia odrębnego wynagrodzenia za doczyszczanie.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienie zgłosili

wykonawcy D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D. A. z siedzibą w Warszawie oraz A.-C. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Ww. wykonawcy zostali przez Izbę dopuszczeni do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników Odwołujący wycofał zarzuty opisane w *petitum* odwołania jako pkt I lit. a, b, h, o oraz p (w części dotyczącej ust. 4 załącznika 4 do wzoru umowy). W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a na jego poparcie wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. dokumentu pn.: „Zestawienie parametrów technicznych dla ZOM Mechaniczne 2017-2020" – dowód O1,
2. kalkulacji kosztów akcji ALFA-0 i GAMMA-0 dla rejonu 2 – dowód O2,
3. wyliczenia wartości akcji ALFA-0 i GAMMA-0 w podziale na rejony przy założeniu kosztu 1 km akcji ALFA w wysokości 538,74 zł liczonego metodą Zamawiającego – dowód O3,
4. wyliczenia jw. z zaznaczeniem różnicy pomiędzy kosztami wyliczonymi metodą Zamawiającego a kosztami obliczonymi przez Odwołującego – dowód O4,
5. przykładowej karty wynagrodzeń pracownika Odwołującego (tajemnica przedsiębiorstwa), faktur na zakup samochodu i urządzeń oraz oleju napędowego, a także wydruków map (2 egzemplarze) – dowody O5,
6. przykładowego miesięcznego rejestru tankowań, zastawienia miejsc postoju PS w czasie akcji uzupełniających, wydruków map (9 egzemplarzy) – dowody O6,
7. zestawienia kosztów instalacji czujników oraz monitorowania stanu pługa i posypu według jednego z operatorów takiej usługi (tajemnica przedsiębiorstwa) – dowód O7,
8. wyciągu z postanowień SIWZ w postępowaniu nr 41/WKŚ/2015 przeprowadzonym przez Miasto Stołeczne W. – Dzielnicę W. – dowód O8,
9. wyciągu z postanowień SIWZ w postępowaniu nr KZP-XII-WZP.271.71.2016 przeprowadzonym przez Miasto Stołeczne W. – Dzielnicę U. – dowód O9,
10. wyliczenia kosztów wprowadzenia standardów monitorowania pojazdów przewidzianych przez Zamawiającego (tajemnica przedsiębiorstwa) – dowód O10,
11. wydruków korespondencji poczty elektronicznej z 14 czerwca 2017 r. z podmiotem świadczącym usługi monitorowania sygnału GPS (tajemnica przedsiębiorstwa) – dowody O11 i O12,
12. załączników do pisma procesowego Odwołującego z 30 czerwca 2017 r. w postaci:

12.1. faksów Zamawiającego z 14 kwietnia i 8 maja 2017 r. dotyczących przedłużenia okresu zimowego w poprzednim sezonie – dowody O13,
12.2. zestawienia różnic w liczbie niezbędnych kierowców pomiędzy sezonem letnim i zimowym – dowód O14,
12.3. wydruku ze strony internetowej z informacją o liczbie zgłoszeń dotyczących zakłóceń sieci komórkowych – dowód O15, 12.4. wyliczenia wzrostu kosztów pracy przy określonym wzroście płacy minimalnej – dowód O16,
12.5. wydruków informacji prasowych dotyczących prognoz wzrostu minimalnego wynagrodzenia w 2018 r. (2 egzemplarze) – dowody O17,
12.6. zestawienia liczby akcji w poprzednich sezonach z uwzględnieniem akcji „0" – dowód O18,
12.7. zestawienia liczby akcji w poprzednich latach – dowód O19.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu oznaczonego symbolem Z5, a nadto z treści protokołu z 18 lutego 2016 r., znak pisma AW-AD.1720.5.2016 – dowód Z1.

Sygn. akt KIO 1151/17

Odwołujący zarzucił, że treść Ogłoszenia oraz postanowienia SIWZ naruszają przepisy:

1. art 29 ust. 1 i 2 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353 1 K.c. w zw. z art 14 Pzp przez

niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający nie podaje maksymalnej ilości akcji oznaczonych kryptonimem „0” przewidzianych do wykonania w danym sezonie zimowym w sytuacji, gdy jednocześnie Zmawiający wykluczył możliwość uzyskania przez wykonawcę za wykonanie takiej akcji wynagrodzenia, co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z koniecznością wykonywania akcji „0”, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego; taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, powodując nieporównywalność złożonych ofert,

2. art 29 ust. 1 i 2 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353 1 K.c. w zw. z art 14 Pzp przez nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w szczególności w zakresie, w jakim Zamawiający nakazuje wykonawcy wykonanie określonych

czynności opisanych w SIWZ w czasie niemożliwych do dochowania, zwłaszcza w przypadku braku informacji ze strony Zamawiającego o konieczności podjęcia akcji z odpowiednim wyprzedzeniem, określa maksymalną prędkość pojazdów wykonujących usługę nie uwzględniając dostanych wykonawcom rozwiązań technicznych gwarantujących należyte wykonanie usługi, nakazuje wyposażenie jednostek sprzętowych wykorzystywanych do realizacji umowy w dodatkowych, zbędny z punktu widzenia jakości świadczonych usług osprzęt i wyposażenie; taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, preferując wykonawców stopujących starsze i mniej efektywne rozwiązania techniczne oraz ograniczając wykonawcom dobór środków właściwych do wykonania zamówienia, w sytuacji, gdy to wykonawcy odpowiadają za osiągnięcie określonych rezultatów; ponadto taki opis przedmiotu zamówienia przeczy równości stron stosunku zobowiązaniowego, przerzucając na wykonawców ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, które można by uniknąć przy współpracy Zamawiającego,

3. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 Pzp przez wyłączenie możliwości wykorzystania do realizacji zamówienia zamiatarek i zmywarek spełniających normę emisji spali EURO 4 i punktowanie wykorzystywania przez wykonawców do realizacji zamówienia wyłącznie tych urządzeń, które spełniają normę emisji spalin EURO 6, w sytuacji gdy zamawiający dopuszcza stosowanie urządzeń z niższą normą emisji spali w okresie zimowym, a nadto w sytuacji, gdy większość wykonawców działających na rynku posiada urządzenia i pojazdy, których w świetle postanowień SIWZ nie będzie można wykorzystać do realizacji zamówienia,
4. art. 353 1 , art. 487 § 2 K.c., art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Pzp przez wprowadzenie nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień wzoru umowy dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą, na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z naturą łączącego ich stosunku; takie postanowienia SIWZ utrudniają nadto konkurencję, tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może

skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

modyfikację treści Ogłoszenia i postanowień SIWZ przez:

1. wprowadzenie do Formularza oferty – Wykazu cen jednostkowych dla rejonu dodatkowej pozycji rozliczeniowej, tj. ceny jednostkowej za wykonanie 1 akcji oznaczonej kryptonimem „0" i podanie w dokumentacji ilości akcji, którą wykonawcy powinni przyjąć dla potrzeb wyliczenia ceny ofertowej (porównania złożonych ofert),
2. przywrócenie obowiązującej w poprzednim postępowaniu o udzielenie tego samego zamówienia publicznego zasady, że w terminach podanym w SIWZ wykonawca powinien przygotować się do akcji i opuścić obszar START (bazę), ewentualnie, wydłużenie terminów wskazanych w SIWZ na opuszczenie obszaru START (baza) i dojazd w strefę zdefiniowaną jako TRASA/ZERO co najmniej o 1 godzinę dla każdego rodzaju akcji,
3. usunięcie postanowień SIWZ wskazanych w treści odwołania określających wymaganą prędkość pojazdów uczestniczących w poszczególnych rodzajach akcji i wskazanie, że prędkość, z jaką poruszają się pojazdy w czasie akcji winna być dostosowana do wymogów obowiązujących przepisów prawa oraz warunków panujących na drodze oraz zapewniać należyte wykonanie usługi,
4. modyfikację postanowienia części II pkt 3 ppkt 1 lit a Załącznika nr 1 do wzoru umowy przez nadanie mu brzmienia:
   „[…]osprzęt umożliwiający stosowanie technologii polegającej na rozsypywaniu chlorku sodu zwilżonego solanką, mieszanki chlorku sodu z chlorkiem wapnia lub kruszywa, z napędem zasilanym od silnika podwozia.[…]",
   ewentualnie – dopuszczenie możliwości zasilania wskazanego osprzętu od silnika podwozia lub z dodatkowego silnika z jednoczesnym wprowadzeniem w ramach kryterium oceny ofert dodatkowego kryterium oceny ofert przewidującego przyznanie dodatkowych punktów wykonawcom, którzy zdecydują się wykorzystywać przy realizacji zamówienia osprzęt zasilany z silnika od podwozia,
5. modyfikację postanowienia części II pkt 3 ppkt 1 lit. m Załącznika nr 1 do wzoru umowy:
   „[…]m) ostrzegawcze oświetlenie błyskowe koloru żółtego, w tym zespoloną lampę sygnalizacyjną np. na dachu kabiny – typ BELKA min. szerokość 1 200 mm, min. wysokość 130 mm, oraz z tyłu jednostki sprzętowej pojedyncza lampa świetlną z opcją lamp stroboskopowych, widoczne oznakowanie – logo lub nazwa firmy – Wykonawcy[…]",

6. usunięcie postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek wyposażenia pojazdów w czujniki pozycji pługa i posypywania oraz przekazywania danych pochodzących z tych czujników, za pośrednictwem systemu GPS, Zamawiającemu,
7. określenie dłuższego czasu na przekazanie Zamawiającemu tzw. raportów czasowych, tj. wskazanie, że poszczególne raporty czasowe winny być przekazane Zamawiającemu do 6 godzin po zakończeniu zadysponowanej akcji,
8. dopuszczenie możliwości posługiwania się zmywarkami i zamiatarkami zamontowanymi na podwoziach spełniających normę emisji spalin EURO 4 i wprowadzenie, w ramach kryterium oceny ofert, punktacji za spełnienie przez te urządzenia (podwozia) normy emisji spalin EURO 5 i EURO 6,
9. usunięcie wskazanych w treści uzasadnienia odwołania postanowień § 7 ust. 1 wzoru umowy dotyczących kar umownych, względnie wskazanie, że kara umowna z § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy będzie naliczana za zwłokę wykonawcy w wykonaniu obowiązku, do którego kara się odnosi, oraz wydłużenie czasu na usunięcie nieprawidłowości wskazanego w § 7 ust. 1 pkt 2 i 7 wzoru umowy do 2 godzin oraz doprecyzowanie wzajemnych relacji miedzy zapisami § 7 ust. 1 pkt 2, 3, 5, 6, 7 wzoru umowy, w tym wyłączenie możliwości naliczania dodatkowych kar umownych w razie braku rekontroli ze strony zamawiającego niezwłocznie po głoszeniu przez wykonawcę usunięcia nieprawidłowością

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SIWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy, będące konsekwencją żądanych zmian.

Odwołujący podał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz niezgodny z prawem sposób dokonania przez Zamawiającego opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu i kryterium oceny ofert utrudnia mu dostęp do zamówienia, w szczególności poprzez niemożliwość skalkulowania w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może się wiązać z-realizacją zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący argumentował, jak niżej.

I. Zarzut odnoszący się do nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia

a) Akcje oznaczone kryptonimem „0''

Zgodnie z postanowieniami § X ust. 2 wzoru umowy, przedmiotem zamówienia

(umowy) jest – w zależności od pory roku oraz warunków atmosferycznych – wykonanie prac m.in. w ramach utrzymania zimowego, tj. zapobieganie i likwidowanie śliskości zimowej przez posypywanie i płużenie jezdni ulic o kategorii drogi krajowej, wojewódzkiej, powiatowej i gminnej, po których kursuje miejska autobusowa komunikacja zbiorowa, zgodnie z załącznikiem nr 1, 2 do umowy. Rodzaj prac wykonywanych przez wykonawcę w ramach zimowego utrzymania dróg zależy od rodzaju akcji zleconej wykonawcy.

Rodzaje akcji zdefiniowane zostały w Załączniku nr 1 do wzoru umowy – „Szczegółowe warunki realizacji oraz- standardy jakościowe utrzymania zimowego", w części III pkt 2 ppkt 5.

Podstawowymi rodzajami akcji są:

1. Akcja „ALFA" – załadunek określonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji, wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza) i dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru TRASA (trasa zimowego utrzymania) brąz rozpoczęcie posypywania jezdni ulic zgodnie z ww. trasami określonymi w załączniku nr 5 do umowy,
2. Akcja „BETA" – dojazd wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji w strefę zdefiniowanego obszaru TRASA (trasa zimowego utrzymania) oraz rozpoczęcie mechanicznego zgarniania śniegu (płużenia) z jezdni ulic zgodnie z ww. trasami określonymi w załączniku nr 5 do urnowy.

W załączniku nr 1 do wzoru umowy, w części III w pkt 2 ppkt 6 Zamawiający zdefiniował uzupełniające rodzaje akcji, do których zalicza się m. in.:

1. Akcja „ALFA – 0" – załadunek określonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji, wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza), i dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO (wskazane przez Wykonawcę miejsce rozpoczęcia posypywania),
2. Akcja „GAMMA – 0" – załadunek określonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji, wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza), i dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO (wskazane przez Wykonawcę miejsce rozpoczęcia posypywania).

Jak wynika z przytoczonych postanowień SIWZ wspólną cechą akcji oznaczonych kryptonimem „0" jest to, że akcja nie obejmuje właściwej czynności związanej z utrzymaniem

zimowym drogi, tj. posypywania jezdni, czy mechanicznego zgarniania z mej śniegu. Akcje te to postawienie wykonawcy w stan gotowości do wykonywania właściwej usługi, przy czym akcja oznaczona kryptonimem „0" nie musi „przejść" w akcję właściwą.

Potwierdza to kolejny punkt części III Załącznika nr 1 do wzoru umowy – pkt 3 ppkt 5, gdzie wskazano terminy trwania akcji:

„[…]Uzupełniających oznaczonych, kryptonimem „0" łączny czas załadunku jednostek sprzętowych ich wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza) oraz dojazd do strefy zdefiniowanego obszaru ZERO (wyznaczone miejsca pa trasach), nie może być dłuższy niż 1 godzina (ALFA) oraz 45 min (GAMMA), wyznaczonego terminu rozpoczęcia

akcji. Czas oczekiwania do podjęcia działań określa się na 2 godziny, który może być przedłużony pisemnie faksem tylko na następne 2 godziny przez pracownika na Stanowisku Operacyjno-Decyzyjnym ZOM. Brak przedłużenia po upływie pierwszych 2 godzin należy przyjąć jako zakończenie akcji z kryptonimem „0" i zjazd jednostek sprzętowych na bazę.[…]".

Zestawienie powyższych postanowień opisu przedmiotu zamówienia z Załącznikiem nr 1a do SIWZ i Załącznikami nr 1/I-XV do SIWZ prowadzi do wniosku, że za prawidłowe wykonania akcji uzupełniających oznaczonych kryptonimem „0" wykonawcom nie będzie przysługiwało wynagrodzenie. Wynagrodzenie wykonawcy ustalane jest za 1km pasa drogi odpowiednio posypanego lub płużonego. Skoro w akcjach „0" tych czynności nie ma, wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie liczone we wskazany sposób. Niewątpliwie jednak wykonawca będzie ponosił określone koszty związane z wykonaniem akcji o kryptonimie „0". "Mowa tu przede wszystkim o kosztach pracy kierowców (załadunek, dojazd i oczekiwanie w strefie ZERO nawet do 4 godzin) oraz pracy sprzętu (zużycie pojazdów, paliwa).

Warto także zaznaczyć, że za nienależyte wykonanie akcji „0" wykonawcy będą mogły być naliczone kary umowne. I tak, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 7 i § 7 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający naliczy karę umowną:

„[…]

Za opóźnienie w dojeździe w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO lub TRASA w normach czasowych, o których mowa w cz. Ill ust 3 załącznika nr 1 do umowy (z wyjątkiem nieprzewidzianych zdarzeń losowych zaistniałych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy) Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 200 zł za każde rozpoczęte 30 minut opóźnienia. Kara naliczona będzie w odniesieniu do każdej opóźnionej jednostki sprzętowej, a łączna kara za opóźnienia w odniesieniu do jednej zleconej akcji nie

przekroczy 600 zł.

Jeżeli podczas kontroli realizacji prac w pakcie trwania sezonu zimowego lub letniego Zamawiający stwierdzi niżej wymienione nieprawidłowości, Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości:

1) 5 000 zł w odniesieniu do każdej brakującej jednostki sprzętowej określonej w załączniku nr 11, w strefie zdefiniowanego obszaru ZERO (dotyczy sezonu zimowego) lub TRASA, z zastrzeżeniem §7 ust. 10

[…]".

Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie nie jest wyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących .mleć wpływ na sporządzenie oferty. We wskazanej części opisu przedmiotu zamówienia brak jest bowiem podstawowej informacji, a mianowicie informacji o maksymalnej ilości akcji uzupełniających oznaczonych kryptonimem „0", które wykonawca powinien wykonać/wycenić) w ramach przedmiotu zamówienia. Nie sposób założyć, by Zamawiający oczekiwał, że opisane świadczenie otrzyma od wykonawców nieodpłatnie. Skoro więc Zamawiający nie przewidział w kosztorysie ofertowym osobnej pozycji rozliczeniowej za wskazane akcje, to koszt wykonania tych akcji wykonawcy muszą ująć w pozostałych pozycjach rozliczeniowych. Nie wiedząc jednak ile takich akcji może być w danym sezonie, czy też w całym okresie realizacji zamówienia, Wykonawcy nie są w stanie należycie oszacować kosztów wykonania tych akcji. Oferty wykonawców ułożone w takiej sytuacji będą nieporównywalne.

Odwołujący podał, że na podstawić własnego doświadczenia z lat poprzednich wykonywania tożsamej usługi na rzecz Zamawiającego, wie, że trudno jest oszacować ilość akcji „0" w danym sezonie. Trudność w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, nie stanowi jednak uzasadnienia dla przerzucenia na wykonawcę całego ryzyka związanego z koniecznością wykonania tego zakresu usług. Wykonawca nie otrzyma osobnego wynagrodzenia za wykonanie tych akcji, więc ich koszty – koszt wykonywania bliżej nieokreślonej ilości akcji musi ująć w cenie ofertowej. Wobec ryzyka, ze ilość akcji „0" będzie się istotnie różniła w różnych latach realizacji usługi, w ocenie Odwołującego, jedynym rozwiązaniem zaistniałej sytuacji jest wprowadzenie przez Zamawiającego osobnego, ryczałtowego rozliczenia, za akcję „0". Przy zastosowaniu wskazanego rozwiązania, Zamawiający nie zapłaci wykonawcy za potencjalną możliwość wystąpienia akcji „0", a wykonawca otrzyma wynagrodzenie tylko za rzeczywiście wykonane akcje. Dzięki temu

wykonawcy otrzymają możliwość racjonalnego i porównywalnego skalkulowania kosztów głównego zakresu usług.

89

---

b) Terminy trwania akcji

W części lll punkt 3 Załącznika nr 1 do wzoru umowy Zamawiający wprowadził m.in. następujące postanowienia dotyczące trwania akcji:

„[…]

1) „ALFA" załadunek określonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji, wyjazd posypywarek ze Strefy zdefiniowanego obszaru START (baza) i dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru TRASA (trasa zimowego utrzymania) oraz przystąpienie do realizacji prac do 1 godziny od wyznaczonego terminu rozpoczęcia akcji(…),
2) „GAMMA" załadunek okrojonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej wszystkich jednostek sprzętowych piorących udział w zleconej akcji, niezwłoczny ich wyjazd ze, strefy zdefiniowanego obszaru START (baza), dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru TRASĄ (trasa zimowego utrzymania) i przystąpienie do realizacji prac do 45 minut od wyznaczonego terminu rozpoczęcia akcji(...),
3) „BETA" wyjazd jednostek sprzętowych ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza) w czasie nie dłuższym niż 1 godzina, a dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru TRASA (trasa zimowego utrzymania) i przystąpienie do realizacji prac do 2 godzin od wyznaczonego terminu rozpoczęcia akcji(...),
4) „BETA-S" załadunek określonym przez Zamawiającego środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej wszystkich jednostek sprzętowych biorących udział w zleconej akcji oraz ich wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza) w czasie nie dłuższym niż 1 godzina, a dojazd w strefy zdefiniowanego obszaru TRASA (trasa zimowego utrzymania) i przystąpienie do realizacji prac, płużenia z jednoczesnym asymetrycznym posypywaniem do 2 godzin od wyznaczonego terminu rozpoczęcia akcji(…),
5) Uzupełniających oznaczonych kryptonimem „0" łączny czas załadunku jednostek sprzętowych ich wyjazd ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza) oraz dojazd do strefy zdefiniowanego obszaru ZERO (wyznaczone miejsca na trasach) nie może być dłuższy niż 1 godzina (ALFA) oraz 45 min (GAMMA) wyznaczonego terminu rozpoczęcia akcji(…),
6) „INTERWENCJA" niezwłoczny wyjazd jednostek sprzętowych ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza), a dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru TRASA (trasa

90

---

zimowego utrzymania) i przystąpienie do realizacji prac w czasie nie dłuższym niż 45 min od wyznaczonego terminu rozpoczęcia akcji(...),
7) „INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE" niezwłoczny wyjazd jednostek sprzętowych ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza), a dojazd w strefę zdefiniowanego obszaru TRASA (trasa zimowego utrzymania obejmująca boczne jezdnie) i przystąpienie do realizacji prac w czasie nie dłuższym niż 2 godziną od wyznaczonego terminu rozpoczęcia akcji.

[…]".

Jak wynika z powyższego, w zależności od rodzaju akcji, wykonawcy będą dysponowali od 45 minut do 1 godziny na przygotowanie wszystkich jednostek sprzętowych do akcji, w tym załadowanie ich właściwym środkiem do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej oraz wyjazd z bazy (obszaru START) i dojazd do miejsca oznaczonego jako „początek" trasy zimowego utrzymania i rozpoczęcie pracy (obszar TRASA/ZERO). Jedynie w przypadku akcji oznaczonych kryptonimem BETA i BETA – S ten czas jest dłuży.

Określone przez Zamawiającego wymogi co do czasu, w jakim wykonawcy mają przystąpić do wykonywania danej akcji są niemożliwe do dochowania jeżeli uwzględni się, że wykonawcy nie są wcześniej powiadamiani przez Zamawiającego o możliwości ogłoszenia jednej ze wskazanych akcji (akcje ogłaszane są z krótkim wyprzedzeniem). We

wskazanym czasie wykonawcy muszą zmobilizować personel (kierowców) i załadować wszystkie uczestniczące w akcji jednostki sprzętowe (a więc w każdym przypadku co najmniej kilkanaście pojazdów) środkami do zapobiegania i lodowania śliskości, przy czyli, czas załadunku jednego pojazdu sięga ok. 10 minut. Pojazdy są przygotowywane i wyjeżdżają z bazy sukcesywnie. Następnie, we wskazanym czasie, tak przygotowane jednostki sprzętowe muszą dojechać do miejsca wykonywania akcji. Nawet w przypadku, gdy tak jak Odwołujący, wykonawcy będą dysponowali bazą zlokalizowaną w tym samym sektorze, w którym ma być wykonywana akcja, czas dojazdu wszystkich pojazdów do obszaru TRASA/ZERO to kolejne kilkadziesiąt minut, zwłaszcza w trudnych warunkach pogodowych, w jakich akcje te są wykonywane i przy częstych w Warszawie korkach, (korkach, które są tym większe, im gorsze warunki pogodowe). Również zastosowanie dodatkowych urządzeń załadowczych jedynie częściowo przyśpieszy proces przygotowywania jednostek sprzętowych do pracy, uwzględniając ograniczenia logistyczne związane z przygotowaniem do pracy dużej liczby jednostek sprzętowych w krótkim czasie.

Odwołujący zaznaczył, że dotychczas Zamawiający narzucał wykonawcom, wyłącznie czas na wyjazd wszystkich jednostek sprzętowych, z bazy w ramach akcji ALFA (30 min.) i akcji oznaczonych kryptonimem „0" (1 godzina). Czas dojazdu do trasy, na której

miała być wykonywana akcja nie był przez Zamawiającego określony. Zamawiający nie ingerował także w czas przygotowania wykonawcy do pozostałych rodzajów akcji. Obecnie Zamawiający zaostrzył wymogi co do czasu, w jakim wykonawca ma rozpocząć daną akcję, określając nie tylko czas na wyjazd wszystkich jednostek z bazy, ale i czas na dotarcie do tras. Nadto, w przypadku akcji oznaczonych kryptonimem „0" skrócenie czasu jest bardzo istotne – w przypadku akcji GAMMA – 0 czas uległ skróceniu do 45 min., przy rozszerzeniu zakresu czynności przewidzianych do wykonania w tym czasie. W przypadku akcji ALFA-0 czas przygotowania nadal wynosi 1 godzinę, tyle że w tym czasie nie tylko – jak dotychczas – wszystkie jednostki sprzętowe przeznaczone do wykonania akcji mają opuścić bazę, ale i dojechać w obszar ZERO.

W ocenie Odwołującego trudno znaleźć uzasadnienia dla wprowadzenie takiego ograniczenia. Odwołujący wskazał, że takie uzasadnienie istniałoby tylko wtedy, gdyby Omawiający przyjął na siebie obowiązek wydawania dyspozycji rozpoczęcia akcji z odpowiednim wyprzedzeniem, wyprzedzeniem gwarantującym wykonawcy możliwość odpowiedniego przygotowania pojazdów i dojazdu do obszaru TRASA/ZERO choćby bez konieczności naruszania obowiązujących przepisów dotyczących dopuszczalnej prędkości poruszania się pojazdów po drogach. Innymi słowy, przy obecnych postanowieniach SIWZ całe ryzyko rozpoczęcia akcji w czasie nieodpowiednim do istniejących na drodze warunków ponosi wykonawca. Zamawiający ryzyka tego nie ponosi – polecenie przystąpienia do akcji może wydać wykonawcy w ostatnim możliwym terminie, choć dysponuje on, pochodzącymi m.in. od wykonawców pełnymi danymi co do warunków pogodowych i warunków panujących na drogach.

Ryzyko wykonawców jest tym większe, że Zamawiający przewidział w § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy możliwość naliczania karu umownych według następujących zasad: „[…]Za opóźnienie w dojeździe do zdefiniowanego obszaru ZERO lub TRASA normach czasowych, o których mowa w cz. III ust. 3 załącznika nr 1 do umowy (z wyjątkiem nieprzewidzianych zdarzeń swych zaistniałych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy), wysokości 200 d za każde rozpoczęte 30 minut opóźnienia. Kara naliczona będzie w odniesieniu do każdej opóźnionej jednostki sprzętowej, a łączna kara za opóźnienia w odniesieniu do jednej zleconej akcji nie przekroczy 600 zł.[…0".

We wskazanym postanowieniu umownym mowa jest przy tym o spóźnieniu, które następuje już wówczas, gdy termin nie zostanie dotrzymany z przyczyn niezależnych od opóźniającego się. Zakres odpowiedzialności wykonawcy jest więc tu szerszy niż w przypadku kodeksowej odpowiedzialności za zwłokę, czyli za niezachowanie terminu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Rozwiązanie to przeczy, w ocenie Odwołującego,

zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego i w istocie jest sprzeczne z naturą stosunku łączącego wykonawcę i zamawiającego.

c) Prędkości

Zgodnie z postanowieniami części lll pkt 4 odpowiednio ppkt 1 i 2 Załącznika nr 1 do wzoru umowy:

„[…]

b) prędkość jazdy jednostek sprzętowych w trakcie akcji posypywania („INTERWENCJA", „INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE", „GAMMA" i „ALFA") nie może przekroczyć 30 km/h, przy dopuszczalnej tolerancji + 5 km/h,

h) prędkość jazdy jednostek sprzętowych w trakcie wykonywania akcji płużenia („BETA", „BETA-S") nie moje przekroczyć 15 km/h, przy dopuszczalnej tolerancji + 5 km/h

[…]"

oraz części Xl pkt 4 ppkt 1 i 2 Załącznika nr 2 do wzoru umowy:

„[…]

a) prędkość jazdy jednostek sprzętowych w trakcie akcji posypywania (kryptonim „INTERWENCJA – KRUSZYWO") nie może przekroczyć 30 km/h, przy dopuszczalnej tolerancji + 5 km/h

c) prędkość jazdy jednostek sprzętowych w trakcie wykonywania płużenia nie może przekroczyć 15 km/h, przy dopuszczalnej tolerancji + 5 km/h.

[…]".

W ślad za tymi wymogami, do Załącznika nr 4 do wzoru umowy Zamawiający wprowadził wymóg, aby:

„[…]

„System GPS generował alert w postaci informacji wysłanej na adres mailowy dyspozytor@zom.waw.pl w przypadku:

1) utraty łączności jednostki sprzętowej pucującej na zlecenie Zmawiającego z serwerem GPS dłuższej niż 10 min,

2) przekroczenia prędkości 35 km/h podczas posypywania w trakcie zleconych przez Zamawiającego działań,

3) przekroczenia prędkości 20 km/h podczas płużenia w trakcie zleconych przez Zamawiającego działań.

[…]".

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wskazał, że ograniczenie maksymalnej prędkości z jaką mogą poruszać się pojazdy odśnieżające i posypujące drogi środkami zwalczającymi likwidującymi śliskość nie ma uzasadnienia.

Na rynku dostępne są różne rozwiązania techniczne pozwalające na zapewnienie należytego wykonania usług zlecanych przez Zamawiającego (posypywanie środkami zapobiegającymi i likwidującymi śliskość oraz płużenie) przy wyższych prędkościach niż wskazane przez Zamawiającego. lnnymi słowy tylko przy wykorzystaniu starszych rozwiązań technologicznych, np. kwestionowanego poniżej postanowienia dotyczącego napędu osprzętu z dodatkowego silnika zamontowanego na podwoziu, jakość świadczonej usługi (w tym dokładność posypywania) zależała od prędkości pojazdu. W rozwiązaniach nowszych, gdy osprzęt jest połączony z podwoziem, system dostosowuje ilość środka i częstotliwość jego sypania do prędkości pojazdu. W niektórych przypadkach, np. przy większych ilościach śniegu płużenie z prędkością 15 km/h może być nieefektywne i prowadzić do utrudnień na drodze.

Wprowadzenie tak sztywnych wymogów w zakresie docelowej prędkości pojazdów świadczących usługę pozbawia więc wykonawcę możliwości dopasowania prędkości do warunków zastanych na trasie i ogranicza go w zakresie doboru odpowiedniej technologii wykonywania prac (np. zniechęca do inwestowania w nowszy sprzęt optymalizujący czas pracy). Warto przy tym dodać, że ze względu na obowiązujące przepisy pława oraz warunki w jakich wykonywana jest usługa, wykonawca nie ma obiektywnie możliwości wykonywania zleconych prac z prędkością większą niż 50 km/h.

Wymóg, o którym mowa jest więc nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

d) Wymagania względem osprzętu

Napęd osprzętu

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do wzoru umowy – Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego łącznika, Część ll pkt 3 ppkt 1,

obowiązkiem wykonawcy jest dysponowanie określoną w załączniku 11 do umowy liczbą jednostek sprzętowych, w tym m. in. pługoposypywarkami spełniającymi niżej wymienione parametry:

a) osprzęt umożliwiający stosowanie technologii polegającej na rozsypywaniu chlorku sodu zwilżonego solanką, mieszanki chlorku sodu z chlorkiem wapnia lub kruszywa z własnym napędem mechanicznym niezależnym od podwozia

Wprowadzenie przez Zamawiającego tego wymogu jest, w ocenie odwołującego,

co najmniej niezrozumiałe. Wymóg ten nie jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego i jako taki powoduje, że opis przedmiotu zamówienia wyłącznie utrudnia uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Wprowadzenie przez Zamawiającego takiego wymogu świadczy także o tym, że Zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że na rynku dominują rozwiązania napędu dla osprzętu pługoposypywarki z podwozia. Rozwiązanie, którego wymaga Zamawiający, sprowadza się do zamontowania na pojeździe dodatkowego silnika przemysłowego. Silniki takie są mało popularne na rynku ze względu na dużą awaryjność i dodatkową, bardzo wysoką, emisję spalin. W posypywarkach, przy tego typu rozwiązaniach, stosuje się silniki przemysłowe o mocy około 10 kW, które nie podlegają żadnym normom emisji spalin (ani normie EURO, ani normie STAGE). Zamawiający, choć wymaga spełnienia relatywnie wysokich standardów emisji spalin, gdy chodzi o poszczególne pojazdy wykorzystywane do realizacji zamówienia (podwozia) i zapewnienie mniejszej emisji z pojazdów premiuje dodatkowymi punktami w kryterium oceny ofert, jednocześnie wprowadza do opisu przedmiotu wymagania, które są przestarzałe i będą powodowały realne zwiększenie emisji spalin z tych samych pojazdów. Pod tym względem wymogi stawiane przez Zamawiającego się niespójne, czy wręcz wzajemnie wykluczają się. Dodatkowe silniki wymagane przez Zamawiającego to źródło dodatkowej emisji spalin niepodlegającej kontroli. Podwozie może spełniać normę emisji spalin EURO 6, ale przez zamontowanie na nim przestarzałego silnika napędzającego osprzęt, pojazd jako taki będzie większym źródłem emisji spalin niż gdyby wykonawca zasilał osprzęt z napędu podwozia, np. spełniającego normę emisji spalin EURO 4. Nie sposób przy tym przyjąć, by zapewnienie własnego napędu dla osprzętu niezależnego od podwozia miało dla Zamawiającego jakąś inną wartość dodaną, której pozyskanie uzasadniałoby wzrost emisji spalin.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien wymagać zasilania osprzętu z podwozia lub też – dopuszczając wykorzystanie starszych rozwiązań związanych z montażem dodatkowego silnika – premiować tych wykonawców, którzy zdecydują się na zasilanie osprzętu z silnika podwozia przez co ograniczają emisję spalin.

Belka świetlna

Zgodnie z postanowieniem części II pkt 3 ppkt 1 Załącznika nr 1 do wzoru umowy, wykonawca ma dysponować pługoposypywarkami spełniającymi m.in. wymóg posiadania:

m) ostrzegawcze oświetlenie błyskowe koloru żółtego w tym zespoloną lampę sygnalizacyjną np. na dachu kabiny – typ BELKA min. szerokość 1.600 mm, min. wysokość 130 mm oraz z tyłu jednostki sprzętowej belkę świetlną z opcją lamp stroboskopowych min. szerokość

2.000 mm, widoczne oznakowanie – logo lub nazwa firmy wykonawcy

Przedmiotowy wymóg nie jest, zdaniem Odwołującego, uzasadniony specyfiką usługi objętej przedmiotem zamówienia i prowadzi przez to do ograniczenia konkurencji.

Odwołujący zauważył, że wykonawca aktualnie świadczący usługę wyposażył każdy z posiadanych pojazdów w oświetlenie typu BELKA, zamontowane na kabinie, o długości 1.200 mm. Jest to rozwiązanie standardowe, stosowane prze większość producentów tego typu urządzeń. Rozwiązanie to gwarantuje pełną widoczność pojazdów, czego dowodem jest okoliczność, że Zamawiający nie wnosił dotąd w tej kwestii zastrzeżeń. O widoczności pojazdu nie decyduje bowiem wyłącznie długość belki, ale także moc i rodzaj zastosowanego oświetlenia. Zastosowanie tradycyjnego oświetlenia da efekt gorszy niż zastosowanie lamp LED nawet jeśli belka jest dłuższa.

Z kolei belka świetlna z tyłu pojazdu w opcji lamp stroboskopowych będzie oślepiała

innych uczestników ruchu. Rozwiązanie to nie jest powszechnie stosowane i będzie wymagało dopuszczenia pojazdów do użytkowania i co najmniej wątpliwe jest czy będzie spełniało obowiązujące normy (normy w zakresie nadawania znaku E). Obecnie wszyscy producenci posypywarek stosują jedną lampę, która w przypadku technologii LED i tak jest bardzo widoczna. Ponadto w posypywarkach nie ma możliwości zainstalowania belki świetlnej z tyłu pojazdu.

Odwołujący podkreślił, że z punktu widzenia innych uczestników ruchu pożądane jest aby pojazdu wykonawcy były dobrze widoczne, jednak jeśli tą funkcjonalność można osiągnąć w inny, niż oczekiwany przez Zamawiającego, sposób (np. krótsza belka, oświetlenie punktowe zamiast tylnej belki świetlnej), to Zamawiający powinien takie rozwiązania dopuścić.

Czujniki

Zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do wzoru umowy Zamawiający wymaga:

„[…]

3. Wykonawca wyposaży pojazdy wyszczególnione w umowie:
   1) w sezonie zimowym:
      a) w czujnik pozycji pługa,
      b) w czujnik posypywania,
4. Wszystkie czujniki wymagane przez Zamawiającego mają posiadać wbudowane moduły autodiagnostyczne sygnalizujące operatorowi jednostki sprzętowej poprawność ich działania tj. stan pracy, nieprawidłowość/awaria.

[…]".

Odwołujący podał, że ww. wymogi powtórzone zostały w Załączniku nr 1 do wzoru umowy, w części II pkt 3 lit. g i h.

Zdaniem Odwołującego są one nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia z następujących względów.

Po pierwsze – pojazdy do zimowego utrzymania mają być wyposażone w różne czujniki, ale ze względu na warunki, w których będą wykorzystywane (niskie temperatury, kontakt z solą i innymi środkami chemicznymi) czujniki te charakteryzują się dużą awaryjnością. Wykonawca, mimo iż wyposaży pojazdy we wskazane przez Zamawiającego czujniki, nie może zagwarantować, że czujniki te będą działały w sposób bezawaryjny i przekazywały w sposób ciągły dane oczekiwane przez Zamawiającego. Nadto, w im większą ilość czujników będą wyposażone pojazdy lub też im więcej danych wykonawca będzie musiał przekazać Zamawiającemu za pomocą systemu GPS, tym większa jest awaryjność całego systemu przesyła danych. Obiektywnie trudno jest zapewnić kompatybilność większej liczby czujników z systemem GPS.

Po drugie – czujniki o których mowa są montowane przez dostawców systemów GPS. Niewielu z nich posiada autoryzację producentów posypywarek. Montaż czujników przez nieautoryzowanych dostawców skutkuje utratą gwarancji na pojazd. Wymogi o których mowa nie były stawiane przez Zamawiającego w poprzednich postępowaniach o udzielenie niniejszego zamówienia. Wykonawcy którzy realizowali dotychczas zamówienie będą musieli więc doposażyć posiadane przez siebie pojazdy lub – co bardziej prawdopodobne – zakupić nowe jednostki sprzętowe, które będą „fabrycznie" wyposażone we wskazane czujniki. Montaż czujników na obecnie użytkowanych pojazdach, ze względów wskazanych powyżej, może okazać się niemożliwy, a zakup nowych pojazdów podroży koszt realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że dane, które Zamawiający zamierza pozyskać przy wykorzystaniu czujników, nie są istotne z punktu widzenia umowy łączącej go z wykonawcą. Usługa, którą świadczy wykonawca jest usługą „rezultatu" (wykonawca ma zapewnić efekt „czarnej drogi") – to wykonawca odpowiada za to, by dana hasa była przejezdna, posypana odpowiednim środkiem, płużona). W szczególności wysokość wynagrodzenia wykonawcy nie jest uzależniona od ilości rozsypanych środków. Dodatkowo dane te nie mają z punktu widzenia niniejszej umowy większego praktycznego znaczenia. Natomiast po stronie wykonawców wymóg ten może rodzić daleko idące problemy, m.in. z zapewnieniem kompatybilności czujników systemu GPS i oprogramowania pojazdów, a co za tym idzie bezawaryjnej pracy pojazdów.

Raport czasowy

Zgodnie z wymogiem Załącznika nr 4 pkt 9 i 10 do wzoru urnowy:

9. 30 minut po zakończeniu zadysponowanych działań ALFÀ-0, GAMMA-0, ALFA, BETA, BETA-S, GAMMA Wykonawca dostarczy Zamawiającemu na adres mailowy dyspozytor@zom.waw.pl raport czasowy w formacie .xls, z pracy każdej jednostki sprzętowej zawierający następujące informacje:
   1) liczba jednostek sprzętowych biorących udział w akcji wraz z numerami rejestracyjnymi/taborowymi,
   2) godziny wyjazdu jednostek sprzętowych ze strefy „START",
   3) godziny dojazdu jednostek sprzętowych do strefy „ZERO" (w przypadku zadysponowania działań ALFA – 0 lub GAMMA – 0),
   4) godziny dojazdu jednostek sprzętowych do strefy „ TRASA" w rejonie objętym umową(
   5) godzina zakończenia pracy jednostek sprzętowych w strefie „TRASA" w rejonie objętym umową,
   6) łączny czas pracy jednostek sprzętowych liczony od momentu wyjazdu ze strefy „START" do zakończenia prac w strefie „TRASA" (lub od momentu wyjazdu ze strefy „ZERO", jeśli akcja ALFA-0/GAMMA trwa –min. 2h),
10. 30 minut po zakończeniu prac mechanicznego oczyszczania (zamiatania/zmywania) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu na adres mailowy dyspozytor@zom.waw.pl raport czasowy w formacie .xls z pracy każdej jednostki sprzętowej zawierający następujące informacje:
   1) liczba jednostek sprzętowych biorących udział zleconych pracach z numerami rejestracyjnymi/taborowymi,
   2) godzina dojazdu jednostek sprzętowych do strefy „TRASA" w rejonie objętym umową,
   3) godzina zakończenia prac jednostek sprzętowych w strefie „TRASA" w rejonie objętym umową,
   4) łączny czas pracy urządzenia od, momentu wjazdu do strefy „TRASA" do zakończenia prac w rejonie objętym umową.

[…]".

Wprowadzony przez Zamawiającego w SIWZ czas na sporządzenie raportu czasowego i przekazanie go Zamawiającemu jest zbyt. krótki, biorąc pod uwagę ilość informacji, jakie obecnie mają być zawarte w raporcie. W ciągu 30 minut od zakończenia akcji większość samochodów uczestniczących w akcji nie zdąży wrócić do bazy (ze względu na odległości do pokonania, ze względu na konieczność oczekiwania na przeprowadzenie, przez zamawiającego kontroli i ewentualne usuwanie nieprawidłowości), a co za tym idzie dane, o których mowa będzie trzeba pozyskać zdalnie. Jakiekolwiek utrudnienia

w funkcjonowaniu systemu GPS uniemożliwią wykonawcy automatyczne sczytanie tych danych. Również zmiany w toku akcji co do liczby, czy poszczególnych jednostek uczestniczących w akcji będą musiałby być wprowadzane ręcznie.

Odwołujący zaznaczył również, że większość rejestratorów zamieszonych na pojazdach obecnie wykorzystywanych do realizacji tego zamówienia, nie gwarantuje zapisu aż takiej ilości i tak szczegółowych danych. Konieczna będzie wymiana rejestratorów obecnie wykorzystywanych przez większość wykonawców, przy czym tak szczegółowy opis wymagań Zmawiającego sugeruje, że rejestratory będą musiały być wymienione na rejestratory konkretnego producenta.

W ocenie Odwołującego, nie występuje przy tym potrzeba, by raporty o których mowa, były dostarczane Zamawiającemu w tak krótkim czasie i zawierały aż tak szczegółowe dane. Zamawiający ma bezpośredni dostęp do danych objętych raportami w czasie rzeczywistym za pośrednictwem systemów GPS, a wskazane raporty służą co najwyżej następczej kontroli sposobu wykonywania umowy – kontroli po zakończeniu akcji, która nie jest wszak wykonywana przez służby Zamawiającego „od ręki".

Następnie Odwołujący podał, że zgodnie pkt 4 Załącznika nr 4 wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do następujących informacji systemu GPS:

„[…]

1) zliczona w formie tabelarycznej ilość jednostek sprzętowych wykonujących zlecone prace na rejonie objętym umowa w czasie rzeczywistym,
2) lokalizacja pojazdu – rzeczywiste położenie pojazdu na aktualnej cyfrowej mapie

m. st. Warszawy,
3) czas pracy – rzeczywisty czas pracy jednostki sprzętowej liczony od momentu wyjazdu, ze strefy „START" (lub strefy „ZERO" w przypadku, gdy ogłoszona akcja ALFA-0 lub GAMMA-0 trwa min. 1h).
[…]",

Zmawiający w czasie trwania akcji ma zapewnionym czasie rzeczywistym dostęp do najistotniejszych informacji dotyczących sposobu wykonywania akcji przez wykonawcę, a co za tym idzie ma zapewnioną możliwość sprawowania bieżącej kontroli.

II. Zarzut dotyczący pozacenowego kryterium oceny ofert oraz opis przedmiotu zamówienia w zakresie normy emisji spalin EURO

Zgodnie z wymogami SIWZ wykonawcy mogą korzystać przy wykonywaniu zamówienia wyłącznie z zamiatarek i zmywarek spełniających normę emisji spalin EURO 5 (załącznik nr 3 do wzoru umowy, część III, pkt 1). Zamawiający przy realizacji prac

wymiecionych w części II wskazanego załącznika w pkt 1, 3 nie dopuszcza przy tym sprzętu w postaci zamiatarek elewatorowych, ciągnionych np. typu BRODDWAY, holowanych przez ciężarówkę. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający istotnie ograniczył rodzaj urządzeń, które mają być wykorzystywane przy letnim utrzymaniu dróg.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku zimowego utrzymana dróg, ograniczenia ze strony Zamawiającego nie są tak dalece idące, bowiem Zamawiający dopuszcza stosowanie przez wykonawców pługów i posypywarek spełniających normę .emisji spalin EURO 4
(choć mówimy o większej liczbie pojazdów oraz o większym zakresie ich użytkowania). Trudno znaleźć uzasadnienie dla takiego rozróżnienia wymogów względem sprzętów stosowanych do letniego i zimowego utrzymania dróg.

Zamawiający wprowadził ponadto następujące kryterium oceny ofert (pkt XIII, pkt 2 SIWZ – IDW):
„[…]
- aspekt środowiskowy: „zaoferowanie do realizacji pomówienia podwozi pługoposypywarek spełniających normę emisji spalin co najmniej EURO 5" – waga 4%,
- aspekt środowiskowy: „zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi pługoposypywarek spełniających normę emisji spalin co najmniej EURO 6" – waga 9%,
- aspekt środowiskowy: „zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi zamiatarek spełniających normę emisji spalin co najmniej EURO 6 – waga 1%,
- aspekt środowiskowy: „zaoferowanie do realizacji zamówienia podwozi zmywarek spełniających normę emisji spalin co najmniej EURO 6" – waga 1%.
[…]".

Odwołujący zaznaczył, że standardem wśród wykonawców realizujących obecnie zamówienie jest posiadanie jednostek sprzętowych – podwozi spełniających normy emisji spalin EURO 4 i 5, choć część wykonawców posiada także starsze pojazdy, spełniające niższe standardy emisyjne. Wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert zasady, że punkty przyznawane są za posiadanie przez wykonawców podwozi – przy zamiatarkach i zmywarkach spełniających normę emisji EURO 6 jest wymogiem zbyt wygórowanym i, w ocenie Odwołującego, nakierowanym na konkretnych wykonawców.

Gdyby rzeczywistym celem wprowadzenia opisanych wymogów była ochrona środowiska naturalnego, Zamawiający nie godziłby się na przyznawanie dodatkowych punktów za posiadanie przez wykonawców podwozi pługoposypywarek spełniających normę emisji EURO 5. Skoro wykorzystywanie przez wykonawcę pługoposypywarek spełniających normę emisji EURO 5 jest dla Zamawiającego dość dobre, bo wszak pozwala na uzyskanie

dodatkowych punktów, to dlaczego zastosowanie zamiatarek i zmywarek spełniających te same wymogi już oczekiwań Zamawiającego nie spełnia?

Na tak postawione pytanie nie sposób znaleźć odpowiedzi, co potwierdza, że postawione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Na tej zasadzie, Zamawiający powinien dopuścić możliwość wykorzystywania do realizacji zamówienia zamiatarek i zmywarek zamontowanych na podwoziach spełniających

normę emisji spalin EURO 4 i w ślad za tym ustalić system przyznawania punktów w kryterium na analogicznych zasadach, jak w przypadku pługoposypywarek, tj. przyznawać mniejszą liczbę punktów za pojazdy spełniające normę emisji spalin EURO 5 i większą, gdy podwozia, spełniają normę emisji spalin EURO 6.

III. Kary umowne

Zamawiający do § 7 wzoru umowy wprowadził bardzo szeroki katalog kar umownych i odliczeń od wynagrodzenia należnego wykonawcom. Co istotne, jego treść jest niejasna i nieprecyzyjna gdy chodzi o wskazanie okoliczności w jakich część z tych kar będzie naliczana, co prowadzi w niektórych przypadkach do dublowania się kar. Nadto, wprowadzone kary, czy to przez określenie, że będą one naliczane w przypadku opóźnienia, czy to przez przyjęty przez Zamawiającego sposób określenia ich wartością, czy to wreszcie przez wskazanie dość daleko idących standardów tego, co jest należytym wykonaniem umowy, są rażąco wygórowane, nieadekwatne do rodzaju i skali „przewinień" jakich może dopuścić się wykonawca oraz szkody, jaką z tego tytułu może ponieść Zamawiający, czy wręcz zostały skonstruowane w taki sposób, że wykonawca działający z należytą starannością nie jest w stanie uniknąć ich naliczenia.

W § 7 ust 1 pkt 2, 3, 5 i 6 wzoru umowy:

„[…]

W przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, lit. a) i b) niniejszego paragrafu, gdy Wykonawca nie poprawi (usunie) wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości w ciągu 30 minut od zgłoszenia, wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za całą trasę zimowego utrzymania, na której stwierdzone zostały nieprawidłowości w wykonywanych pracach, wskazane w protokole kontroli. Zamawiający dodatkowo naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną:

a) w wysokości 1 500 zł od każdej zakwestionowanej trasy zimowego utrzymania (dot. akcji ALFA, BETA, BETA-S),
b) w wysokości 500 zł od każdego zakwestionowanego odcinka jezdni ulicy (dot. działań

INTERWENCJA, INTERWENCIA – BOCZNE JEZDNIE, INTERWENCJA – KRUSZYWO, w przypadku gdy zlecony jest odcinek jezdni ulicy a nie cała trasa zimowego utrzymania),
c) w wysokości 1 000 zł od każdej zakwestionowanej trasy zimowego utrzymania w przypadku akcji INTERWENCJA, INTERWENCJA – BOCZNE JEZDNIE, IINTERWENCJA –KRUSZYWO, gdy Zamawiający zleci całą trasę zimowego utrzymania.

[…]".

Z kolei zgodnie z § 7 ust 1 pkt 2, lit. a) i b) wzoru umowy Zamawiający przewiduje obniżenie wynagrodzenia należnego wykonawcy w razie stwierdzenia, że wykonawcą nie posypał co najmniej 90% szerokości jezdni objętej zleceniem lub niepodłużny całej szerokości jezdni objętej zleceniem – odpowiednio o 25% w odniesieniu do trasy, na której stwierdzono te nieprawidłowości.

Kwestionowane postanowienie pkt 2 wprowadza dodatkowa sankcję w postaci utraty całości wynagrodzenia i naliczenia wykonawcy dodatkowej kary umownej w sytuacji, gdy owe nieprawidłowości nie zostaną usunięte w ciągu 30 minut od zgaszenia. Czas podany w tym punkcie na usunięcie nieprawidłowości jest – w większości przypadków – z założenia niemożliwy do dochowania przez wykonawcę. Warto bowiem zaznaczyć, że Zamawiający nie określił szczegółowo zasad i czasu, w jakim od rozpoczęcia/zakończenia akcji będzie prowadził kontrolę sposobu wykonywania usługi. Zgłoszenie nieprawidłowości może więc nastąpić w każdym momencie trwania akcji lub po jej zakończeniu. Zgłoszenie, o którym mówi wskazane postanowienie wzoru umowy wykonawca, jak dzieje się to obecnie, będzie więc najczęściej otrzymywał po opuszczeniu przez pojazdy danego odcinak trasy, czy wręcz po zakończeniu akcji. Zawrócenie pojazdów, czy skierowanie innych pojazdów do usunięcia nieprawidłowości i ich usunięcie w ciągu 30 minut będzie wiec w większości przypadków obiektywnie niemożliwej.

Odwołujący dodał, że w pkt 3 Zamawiający wskazuje, że „[…]w przypadku określonym w ust. 1 pkt 2 niniejszego paragrafu zryczałtowane kąty umowne będą naliczane do czasu usunięcia przez Wykonawcę wskazanych nieprawidłowości, z zastrzeżeniem, że dla wariantu opisanego w pkt 2 lit a) rekontrola odbędzie się nie wcześniej niż 2 godz. natomiast dla wariantu opisanego w pkt 2 lit, b) i c) rekontrola odbędzie się nie wcześniej niż 1 godz. od niepoprawionych a wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości.[…]".

Zdaniem odwołującego wprowadzony w tym postanowieniu umownym mechanizm naliczania kar umownych jest całkowicie niezrozumiały. Kary z pkt 2 są naliczane za pewne zdarzenie, tj. za nieusunięcie nieprawidłowości w ciągu 30 minut, przy czym kara liczona jest jako określona kwota za naruszenie, np. 1500 zł od każdej zakwestionowanej trasy. Zamawiający nie wprowadził więc takiego mechanizmu, że wysokość kary umownej jest

uzależniona od czasu, jaki mija do momentu usunięcia nieprawidłowości (np. kara umowna w wysokości 1500 zł za każdą godzinę zwłoki w usunięciu nieprawidłowości). Skoro więc kara z pkt 2 jest naliczona jednorazowo (za nieusunięcie nieprawidłowości w określonym czasie), to nasuwa się pytanie, jak kara ta będzie liczona „do czasu usunięcia przez Wykonawcę wskazanych nieprawidłowości"? Czy Zamawiający zamierza naliczać kolejne kary umowne z pkt 2 za kolejne 30 minut nieusunięcia nieprawidłowości? Jeżeli tak, to zamiar ten powinien być wprost wyrażony w SIWZ. Jeśli Zamawiający chciałby wprowadzić takie rozwiązanie, to byłoby ono rażąco krzywdzące dla wykonawców – po pierwsze, kary z pkt 2 są wysokie, jeśli miałby być liczone za każde 30-mimlt, nadto, Zamawiający zastrzega, że rekontrole będą prowadzone odpowiednio po 1 lub 2 godzinach od „niepoprawionych a wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości". Nawet jeśli wykonawca usunie nieprawidłowość w ciągu 35 min. od jej zgłoszenia przez Zamawiającego, czyli przekroczy wskazany w pkt 2 czas na usunięcie nieprawidłowości tylko o 5 minut, straci całe wynagrodzenie za wykonanie akcji na zakwestionowanym odcinku, naliczona będzie mu dodatkowa kara umowna z pkt 2,a nadto do czasu przeprowadzenia rekontroli, która nastąpi nie wcześniej niż po kolejnych 2 godzinach Zamawiający będzie mu naliczał – w zasadzie nie wiadomo, w jaki sposób – karę z pkt 3.

Analogiczne uwagi poczynić należy względem postanowień pkt 5 i 6, które przewidują analogiczny system naliczania kar. Zgodnie bowiem z § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy: „[…]Za opóźnienie w dojeździe w strefę zdefiniowanego obszaru ZERO lub TRASA w normach czasowych, o których mowa w cz. III ust. 3 załącznika nr 1 do umowy (z wyjątkiem nieprzewidzianych zdarzeń losowych zaistniałych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy), Zamawiający naliczy Wykonawcy zryczałtowaną karę umowną w wysokości 200 zł za każde rozpoczęte 30 minut opóźnienia. Kara naliczona będzie w odniesieniu da każdej opóźnianej jednostki sprzętowej, a łączna kara za opóźnienia w odniesieniu do jednej zleconej akcji nie przekroczy 600zł.[…]".

Jak wskazano powyżej, Zamawiający w tym miejscu wprowadza karę umową, za zdarzenia niezawinione przez wykonawcę, co istotnie zaburza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego. To zaburzenie jest przy tym istotniejsze, że Zamawiający oprowadza jednocześnie niemożliwe do dochowania terminy przygotowania się wykonawcy i akcji dotarcia do miejsca początkowego wykonywania usługi.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienia zgłosili wykonawcy D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D. A. z siedzibą w W., a nadto A.-C. sp. z o.o. z siedzibą w W. i P. sp. z o.o. z siedzibą w W., wnosząc o uwzględnienie odwołania. Wykonawcy zgłaszający przystąpienia spełnili przesłanki

warunkujące ich skuteczność (zob. art. 185 ust. 2 Pzp), wobec czego zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosił również wykonawca D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D. A. z siedzibą w Warszawie, tym niemniej na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego pełnomocnik ww. cofnął oświadczenie o przystąpieniu do postepowania odwoławczego.

Na wspomnianym posiedzeniu Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje jedynie zarzuty związane z żądaniami wyartykułowanymi w pkt pkt 1, 2 i 9 (w części dotyczącej kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy) – str.3 i 4 odwołania. Pozostałe zarzuty odwołania zostały wycofane.

Na uzasadnienie ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. zestawienia liczby akcji ALFA, ALFA-0, GAMMA i GAMMA-0 w poszczególnych sezonach zimowych (sezony 2014/2015, 2015/2016 i 2016/2017) – dowód O1,
2. zestawienia kosztów przeprowadzenia akcji ALFA i GAMMA w latach 2014-2017 w rejonach m.st. W., na których Odwołujący świadczył usługi, w porównaniu do wysokości wynagrodzenia za przeprowadzenie akcji ALFA-0 i GAMMA-0 wyliczonego w oparciu o zmianę SIWZ dokonaną 14 czerwca 2017 r. – dowody O2,
3. kalkulacji kosztów przeprowadzenia akcji ALFA-0 i GAMMA-0 przeprowadzonych w rejonach m.st. W., na których Odwołujący świadczył usługi wraz z dowodami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych w kalkulacjach założeń (faktury na zakup oleju napędowego, przykładowy aneks do umowy o pracę na stanowisku kierowcy-ładowacza, przykładowy dowód rejestracyjny pojazdu – samochodu specjalnego, wydruk z wdrożonego u Odwołującego systemu gromadzącego dane o eksploatacji pojazdów dotyczący użycia przykładowego samochodu specjalnego w przykładowym miesiącu) – dowody O3
4. wyciągów z SIWZ dla wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na mechaniczne oczyszczanie jezdni i ulic m.st. W. w latach 2008-2017 – dowody O4,
5. wydruków map m.st. W. z podziałem na rejony, na których mają być świadczone usługi stanowiące przedmiot zamówienia z uwzględnieniem lokalizacji baz 5 przykładowych wykonawców i odległości pomiędzy nimi a poszczególnymi

rejonami – dowody O5,

Na rozprawie w dniu 20 czerwca 2017 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353 1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp wyrażającego się zaniechaniem podania maksymalnej liczby akcji oznaczonych kryptonimem „0” przewidzianych do wykonania w sezonie zimowym, przy jednoczesnym braku możliwości uzyskania przez wykonawcę wynagrodzenia za ich przeprowadzenie Zamawiający stwierdził,

że nie jest w stanie uczynić zadość wymogowi określenia liczby akcji, jako że wskaźnik ten zależy od czynników od niego niezależnych (warunków pogodowych).

Zamawiający zaznaczył, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawców zmodyfikował, w dniu 14 czerwca 2017 r., część V załącznika 1 do wzoru umowy, dodając ust. 6 i 7, w którym przewidział, że za akcje ALFA-0 i GAMMA-0, które nie będą kontynuowane jako akcje właściwe ALFA i GAMMA wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie w wysokości 3% należności za akcje ALFA lub GAMMA. Podkreślił, że wspomniany współczynnik wynagrodzenia wyliczył w oparciu o doświadczenia i dane statystyczne z lat ubiegłych. Zamawiający dodał, że dzięki temu sytuacja wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia uległa poprawie, ponieważ w przypadku wcześniej udzielanych zamówień wykonawcy zmuszeni byli uwzględniać koszty przeprowadzenia akcji „0” w innych pozycjach kosztorysów ofertowych.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że w przypadku akcji „0”, które są następnie kontynuowane jako akcje właściwe jedynym dodatkowym kosztem związanym z nimi jest wynagrodzenie kierowcy za czas oczekiwania na decyzję o podjęciu akcji właściwej. Koszt ten Zamawiający ocenił jako marginalny i stwierdził, że powinien być ujęty – wzorem lat ubiegłych – w innych pozycjach kosztorysu.

Zamawiający zakwestionował ponadto przedstawione przez Odwołującego koszty przeprowadzenia akcji „0” argumentując, że są one zawyżone i podkreślił, że nigdy dotąd nie nadużywał uprawnienia do zlecania tego typu działań.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353 1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp wyrażającego się nałożeniem na wykonawców wymogów wykonania określonych czynności w zbyt krótkim czasie Zamawiający podał, że wymóg dojechania na miejsce rozpoczęcia akcji i jej rozpoczęcia w określonym czasie ma zapobiegać zdarzających się wcześniej sytuacjom, w których jednostki sprzętowe wykonawców, w czasie w którym powinny świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego, świadczyły usługi na rzecz innych podmiotów. Zamawiający podkreślił przy tym, że długości kwestionowanych jednostek

czasu określił na podstawie własnych doświadczeń z realizacji na jego rzecz usług w poprzednich latach.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 353 1 , art. 487§ 2 K.c. w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Pzp, związany z przewidzianą w § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy karą umowną za opóźnienie, Zamawiający stwierdził, że ma ona motywować wykonawców do należytego wykonywania umowy. Podkreślił, że modyfikując w dniu 14 czerwca 2017 r. ww. postanowienie wzoru umowy nie zmienił jego sensu – zarówno przed, jak i po zmianie, kara umowna miała być liczona za każdą jednostkę sprzętową zaangażowaną w prowadzenie akcji.

Sygn. akt KIO 1157/17

Odwołujący zaskarżył treść Ogłoszenia i postanowienia SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania stwierdzając, że naruszają one art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 5 i 353 1 K.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp, co może doprowadzić do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący podał, że z związku z tym, że jego interes doznał uszczerbku, wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ i Ogłoszenia w następującym zakresie i w następujący sposób:

1. Zamawiający doprecyzuje w załączniku nr 1a do SIWZ (Wykaz cen jednostkowych dla rejonu … oraz kosztorysach dla poszczególnych rejonów) że ceny za posypywanie 1 km pasa chlorkiem sodu (CZ1,1) mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia (CZ1,2), posypywanie chlorkiem sodu w trakcie płużenia (CZ1;4), posypywanie mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia w trakcie płożenia (CZ1,5) posypywanie kruszywem (CZ1,6) dotyczą każdorazowo jednokrotnego posypywania 1 km pasa,
2. Zamawiający doda w załączniku nr 1a do SIWZ (Wykaz cen jednostkowych dla rejonu … oraz kosztorysach dla poszczególnych rejonów) dodatkową pozycję polegającą na doczyszczaniu poziomym oraz patrolowaniu,
3. Zamawiający doda w załączniku nr 1a do SIWZ (Wykaz cen jednostkowych dla rejonu … oraz kosztorysach dla poszczególnych rejonów) dodatkową pozycję obejmującą ryczałtowe miesięczne wynagrodzenie za gotowość świadczenia usługi,
4. Zamawiający wykreśli § 2 ust. 3 wzoru umowy lub wydłuży okres wyprzedzenia o zmianie terminów wskazanych w § 2 ust 2 wzoru umowy, tak aby było możliwe przygotowanie do wykonywania umowy poza wskazanymi w niej terminami,
5. Zamawiający doprecyzuje § 6 ust. 4 wzoru umowy przez wprowadzenie procedury

umożliwiającej weryfikację ustaleń zawartych w takim protokole jednostronnym, z jednoczesnym dodaniem zapisu, że tak sporządzone protokoły jednostronne mogą być podstawą obniżenia wynagrodzenia, o ile zostały przekazane wykonawcy w terminie maksymalnie 3 dni licząc od daty kontroli,

6. z uwzględnieniem postanowień punktów następnych Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 1-10 wzoru umowy przez zmniejszenie w inny sposób przewidzianych kar umownych, dostosowując ich wielkość do wartości umowy oraz rozmiarów negatywnych skutków sytuacji przewidzianych w tym paragrafie,
7. Zamawiający zmieni § 7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy przez wskazanie, że kara umowna w przypadkach określonych w § 7 ust 1 pkt 1 lit. a) i b) wzoru umowy, gdy wykonawca nie poprawi nieprawidłowości, to wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia jedynie za część trasy na której stwierdzono nieprawidłowości,
8. Zamawiający doprecyzuje § 7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy przez wskazanie, że Zamawiający będzie miał maksymalnie 30 min od momentu zgłoszenia zakończenia akcji na żądanie usunięcia nieprawidłowości,
9. Zamawiający doprecyzuje § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy przez wskazanie co jaki interwał czasowy naliczane są kary umowne wskazane w § 7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy,
10. Zamawiający zmieni § 7 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy w taki sposób, aby kara umowna naliczana była jedynie za ten odcinek trasy zimowego utrzymania, na

którym nie zostało posypane 90% szerokości jezdni, a nie za całą trasę,

11. Zamawiający doprecyzuje § 7 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy przez wskazanie, że Zamawiający będzie miał maksymalnie 30 min od momentu zgłoszenia zakończenia akcji na żądanie usunięcia nieprawidłowości,
12. Zamawiający doprecyzuje § 7 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy przez wskazanie co jaki interwał czasowy naliczane są kary umowne wskazane w § 7 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy,
13. Zamawiający wykreśli § 7 ust. 1 pkt 7 i 8 wzoru umowy,
14. Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy w taki sposób, aby kara umowna naliczana była proporcjonalnie do wielkości (masy/objętości) środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej niezgodnych z wymaganiami określonymi w części IV ust. 1 załącznika nr 1 (w przypadku kruszywa dodatkowo załącznika nr 2 w części III ust. 1 pkt 1) lub do wielkości (masy/objętości) środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej niezgodnych z wydaną przez Zamawiającego dyspozycją/technologią,
15. Zamawiający zmieni treść § 7 ust 1 pkt 10 wzoru umowy w taki sposób, aby kara

umowna naliczana była proporcjonalnie do stwierdzonej różnicy pomiędzy wymaganym umową zapasem środków do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej a stwierdzonym stanem rzeczywistym,

16. Zamawiający wykreśli § 7 ust. 1 pkt 11 i 12 wzoru umowy,
17. Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy w taki sposób, aby kara umowna naliczana była proporcjonalnie do długości trasy objętej nieprawidłowością,
18. Zamawiający zmieni treść § 7 ust. 6-10 wzoru umowy w taki sposób aby kara umowna nie była naliczana, w przypadku uprzedniego zgłoszenia przez wykonawcę faktu istnienia stanu niezgodnego ze stanem faktycznym, opisanym tych punktach, a to z przyczyn obiektywnych, nieleżących po stronie wykonawcy, z jednoczesnym wskazaniem terminu (nie dłuższego niż 7 dni) na usunięcie tego stanu niezgodnego ze stanem faktycznym,
19. Zamawiający doprecyzuje w części II pkt 3 ppkt 1 lit. a) załącznika nr 1 do wzoru umowy przez wskazanie po należy rozumieć przez własny napęd mechaniczny niezależny od podwozia,
20. Zamawiający wykreśli w części II pkt 4 i 6 Załącznika nr 1 do wzoru umowy,
21. Zamawiający wydłuży w części III pkt 2 ppkt 9 Załącznika nr 1 do wzoru umowy 3-dniowe wyprzedzenie na 7 dni,
22. Zamawiający doprecyzuje w części III pkt 4 ppkt 1) lit. a) Załącznika nr 1 do wzoru umowy przez wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem „czarnej jezdni”,
23. Zamawiający doprecyzuje w części III pkt 4 ppkt 1 lit e) Załącznika nr 1 do wzoru umowy przez dodanie zapisu, że w razie wykonywania prac z opuszczonym pługiem podczas akcji GAMMA lub ALFA wynagrodzenie naliczane jest jak za posypywanie (chlorkiem sodu lub mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia) w trakcie płużenia,
24. Zamawiający wykreśli w części III pkt 4 ppkt 2]lit. h) Załącznika nr 1 do wzoru umowy,
25. Zamawiający dokona zmiany załączników nr 5-11 do wzoru umowy w taki sposób, aby poszczególne trasy w ramach poszczególnych rejonów były porównywalnej długości a ilość samochód wymaganych wdanym rejonie była proporcjonalna do długości tras w rejonie.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu odwania, ponieważ głównym przedmiotem jego działalności gospodarczej jest świadczenie usług objętych przedmiotowym postępowaniem i jest on zainteresowany złożeniem ważnej oferty, a następnie uzyskaniem zamówienia. Warunki uczestniczenia w Postępowaniu określone w SIWZ są natomiast

nieadekwatne i nieproporcjonalne do jego przedmiotu i ograniczają Odwołującemu dostęp do zamówienia. Na etapie odwołania dotyczącego treści SIWZ możliwość poniesienia szkody nabiera charakteru hipotetycznego i nie musi zostać wykazana w realnej wysokości.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Ad 1

Załącznik nr 1 a do SIWZ (Wykaz cen jednostkowych dla rejonu ... oraz kosztorysach dla poszczególnych rejonów) zawiera poszczególne ceny jednostkowe za 1 km czy to posypywania, czy też posypywania w trakcie płużenia, nie wskazuje zaś, czy dotyczy to jednokrotnego posypywania, czy też wielokrotnego w ramach danej akcji. Wskazanie, że cena ta dotyczy jednokrotnego danego rodzaju posypywania 1 km pasa jest bardzo istotne przy dokonywaniu wyceny takiej czynności. W chwili dokonywania wyceny nie będzie możliwe określenie ile w danej akcji będzie potrzebnych przejazdów (z posypywaniem i/lub płużeniem) w celu osiągnięcia danego stanu drogi, w szczególności wobec istnienia ograniczeń co do doboru dawki środka do zapobiegania likwidowania śliskości zimowej. W tej sytuacji, właściwym jest dokonanie wyceny 1 km czynności za jednorazowy przejazd. Wynagrodzenie wykonawcy w takiej sytuacji będzie uzależnione od ilości takich przejazdów, a więc od zaangażowania sprzętu, ludzi oraz środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej.

Ad 2 i 3

Pominięcie tych pozycji w kosztorysie powoduje przerzucenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z wykonaniem urnowy. Przystępując do przetargu wykonawca nie jest w stanie oszacować liczby akcji jakie zostaną zlecone na podstawie umowy. Nie jest więc w stanie oszacować wielkości przychodów w danym okresie. W skrajnym przypadku może się zdarzyć, że w danym okresie zimowym nie będzie zlecona żadna akcja powodująca powstanie przychodu. Mimo to na wykonawcy ciąży obowiązek zatrudnienia określonej ilości ludzi, utrzymywania sprzętu w gotowości oraz posiadania określonej ilości środków służących zapobieganiu lub (likwidacji śliskości zimowej. Wszystkie te obowiązku generują po stronie wykonawcy stałe miesięczne koszty. Właściwym wydaje się wprowadzenie, oprócz wynagrodzenia za faktyczne czynności posypywania, płużenia, sprzątania czy też zmywania, dodatkowego wynagrodzenia za samą gotowość do świadczenia takich usług. Zapewnienie stanu gotowości powoduje, że zamawiający ma pewność podjęcia określonych działaj wynikających z umowy. Taki stan bezpieczeństwa, gotowości, ma swoją cenę, którą zamawiający winien płacić, żeby chociaż w części zrekompensować ponoszone stałe kaszty związane z pozostawaniem w gotowości. Tak samo płatne powinny być inne czynności wykonywane obok wspomnianych czynności

posypywania, płużenia, sprzątania czy też zmywania. Takimi dodatkowymi czynnościami, które nie zostały ujęte w kosztorysie są czynności doczyszczania pozimowego czy też patrolowania.

Ad 4

24-godzinny termin na zmianę przez Zamawiającego terminów wskazanych w § 2 ust. 2 wzoru umowy jest terminem zbyt krótkim. O ile wydłużenie terminu zimowego czy letniego z 24-godzinnym wyprzedzeniem można jakoś wytłumaczyć i zorganizować po stronie wykonawcy (np. odpowiednie zapisy w umowach z pracownikami), o tyle wcześniejsze rozpoczęcie sezonu po uprzednim poinformowaniu wykonawcy tylko z 24-godzinnym wyprzedzeniem przerzuca na wykonawcę utrzymywanie w gotowości ludzi, ale również i sprzętu już przed wskazanymi w tym paragrafie terminami 24 godzin, to jest bowiem zbyt krótki czas na zorganizowanie pracowników, którzy co do zasady mieli być zatrudnieni np. od 15 października danego roku.

Ad 5

Umożliwienie sporządzania jednostronnych protokołów bez istnienia jakiejkolwiek procedury odwoławczej, czy weryfikacyjnej, jest bardzo daleko idącym uprawnieniem Zamawiającego, nie mającym żadnego związku z należytym wykonaniem umowy.

Wykonawca powinien mieć instrument do kwestionowania ustaleń z takiego protokołu, zwłaszcza że konsekwencją jest naliczanie kar umownych. W takiej sytuacji ważny staje się, aby takie protokoły byty przekazywane do wykonawcy niezwłocznie. Pozwoli to wykonawcy na sięgnięcie po dowody potwierdzającego jego racje. Dynamizm pogodowy powoduje, że upływ więcej niż tych proponowanych 3 dni pozbawić może wykonawcy możliwości przedstawienia stosownych dowodów. |

Ad 6-7 oraz 13-18

Zamawiający w § 7 ust. 1-10 wzoru umowy przewiduje katalog kar umownych za

niewykonanie lub nienależyte wykonanie określonych prac, których celem – w ocenie Odwołującego – jest bezpodstawne wzbogacenie Zamawiającego.

Ad 8 i 11

Wskazanie wykonawcy 30 minut (liczone od momentu zgłoszenia zakończenia akcji) na żądanie usunięcia nieprawidłowości dawało będzie wykonawcy realną szansę na usunięcie tych nieprawidłowości w ciągu kolejnych 30 minut i tym samym uniknięcie dodatkowych kar umownych. Brak takiego ograniczenia czasowego i pozwolenie na występowanie z żądaniem po zakończeniu akcji, gdy pojazdy wykonawcy zjadą do bazy powoduje fizyczną niemożliwość usunięcia nieprawidłowości w ciągu tych 30 minut.

Ad 9 i 12

Kwestionowane postanowienia przewidują możliwość naliczania kar umownych aż do upływu określonego w nim czasu, nie określając jednocześnie za jaki okres jest dana kara (czy za godzinę, czy może inny interwał czasowy). Sytuacja taka jest niepożądana z punktu widzenia wykonawcy.

Ad 10

Kara ta pozostaje bez jakiegokolwiek związku z zawinieniem wykonawcy. Brak posypania 90% jezdni na bardzo krótkim odcinku daje Zamawiającemu prawo do odmowy wynagrodzenia za cały odcinek. Sytuacja taka powodować może nieuzasadnione wzbogacenie Zamawiającego.

Ad 19 i 22

W części II pkt 3 ppkt 1 lit. a oraz części III pkt 4 ppkt 1 lit. a Załącznika nr 1 do wzoru umowy Zamawiający posługuje się nieostrymi i niezdefiniowanymi pojęciami („własny napęd mechaniczny“ oraz „czarna jezdnia”). Istnieje potrzeba zdefiniowania, czy też doprecyzowania tych pojęć, aby uniknąć wątpliwości w przyszłości, zwłaszcza pojęcia „czarnej jezdni”, które to pojęcie jest wyznacznikiem należnego wykonania umowy.

Ad 20

W części II pkt 4 i 6 Załącznika nr 1 do wzoru umowy Zamawiający nakłada na wykonawcę określone obowiązki, bez dodatkowego wynagrodzenia. W tym zakresie aktualne są również zastrzeżenia podniesione w pkt 2-3.

Ad. 21

3-dniowy okres po którym wykonawca musi być gotowy do podjęcia czynności doczyszczania tras zimowego utrzymania jest okresem zbyt. krótkim. Przez niedookreślenie terminu takiego doczyszczania (marzec, kwiecień) powoduje to konieczność stałego utrzymywania w gotowości w tym okresie przez wykonawcę określonej liczby pracowników, którzy będą mogli zostać delegowani do wykonania tej czynności. Wydłużenie tego terminu do 7 dni spowoduje większą elastyczność wykonawcy w tym zakresie.

Ad 23

Płużenie w trakcie posypywania z punktu widzenia kosztowego po stronie wykonawcy jest droższe od samego posypywania (zwiększone opory tarcia, zużycie części wykorzystywanych do płużenia). Zasadnym jest więc dodanie w tym miejscu zapisu, że w razie wykonywania prac z opuszczonym pługiem podczas akcji GAMMA lub ALFA, wynagrodzenie naliczane jest jak za posypywanie (chlorkiem sodu lub mieszanką chlorku

sodu z chlorkiem wapnia) w trakcie płużenia. Rozwieje to wątpliwości co do sposobu naliczania wynagrodzenia przy takiej czynności.

Ad 24

Takie graniczenie prędkości w trakcie wykonywania akcji płużenia może spowodować obniżenie ich skuteczności.

Ad 25

Żądanie to ma na celu równomierne rozłożenie obowiązków i ryzyk w danym rejonie i na danej trasie. Wykonawcy unikają więc sytuacji, w których na danej trasie ryzyko nienależytego wykonania umowy jest większe niż na innej (przy większej ilości samochodów obsługujących trasy ryzyko popełnienia błędu jest większe niż na takiej samej trasie, ale z mniejszą ilością samochodów). Równocześnie brak wynagrodzenia za gotowość świadczenia usługi powoduje, że przy tych samych długościach tras większe obciążenie

finansowe ponoszą ci wykonawcy, w których rejonach SIWZ przewiduje większą liczbę sprzętu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że jego konstrukcja jest niezgodna z art. 182 ust. 3 Pzp. Odwołanie zostało bowiem sformułowane w sposób uniemożliwiający zidentyfikowanie zarzutów rzekomych nieprawidłowości. W odwołaniu wskazano jedynie podstawy prawne (w części II *petitum* odwołania) oraz żądania (w części IV *petitum* odwołania). Odwołujący sprecyzował więc swoje oczekiwania w zakresie poszczególnych postanowień SIWZ, nie wykazał natomiast jakie czynności zamawiającego są w ocenie odwołującego niezgodne z przepisami Pzp. Takie działanie Odwołującego utrudnia ustalenie zakresu przedmiotowego sporu

W związku z powyższym Zamawiający wniósł o pominięcie wszystkich zawartych w odwołaniu tez, które nie zarzucają obecnym rozwiązaniom SIWZ niezgodności z Pzp, lecz stanowią propozycję alternatywnego rozwiązania, zgodnego z oczekiwaniem wykonawcy. Jeżeli zarzut nie został postawiony w odwołaniu, na obecnym etapie postępowania odwoławczego brak jest podstaw do jego formułowania.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie zostało sporządzone nie jako środek ochrony prawnej mający na celu zakwestionowanie działań Zamawiającego, lecz jako środek służący Odwołującemu do przedstawienia swoich oczekiwań co do kształtu SIWZ.

Niezależnie od tego Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie zarzuty (propozycje zmian) podniesione w odwołaniu nie są uzasadnione z następujących przyczyn:

Ad 1

Zgodnie z SIWZ, wynagrodzenie wykonawcy jest należne za przeprowadzenie jednej, kompleksowej akcji określonego rodzaju przy użyciu odpowiedniego środka.

Wykonawca, w ramach przeprowadzonej akcji, ma wykonać określony w opisie przedmiotu zamówienia minimalny zakresy czynności (np. w przypadku akcji ALFA jest to co najmniej jedno posypanie odpowiednim środkiem chemicznym). Technologia wykonania prac ma doprowadzić do uzyskania oczekiwanego przez zamawiającego rezultatu – usunięcia lub zapobieżenie śliskości jezdni. W zależności od warunków atmosferycznych, organizacji pracy, doboru ilości środków chemicznych oraz know-how poszczególnych wykonawców (np. skorzystania z możliwości jazdy z opuszczonymi pługami przy wykonywaniu prac posypywania), osiągnięcie zamierzonego rezultatu może nastąpić na różne sposoby.

W związku z tym, wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie za przeprowadzenie jednej, kompleksowej akcji przy użyciu odpowiedniego środka, a nie – jak oczekuje Odwołujący – za pojedyncze, jednokrotne posypanie 1 km jezdni.

Z kolei czas trwania poszczególnych akcji został ograniczony. Szczegółowe uregulowania w tym zakresie określone zostały w części III pkt 3 załącznika nr 1 do wzoru umowy (pn. terminy trwania akcji). I tak np. w przypadku akcji ALFA, czas trwania akcji nie może być dłuższy niż 3 godziny od momentu jej ogłoszenia. Tym samym, w przypadku intensywnych opadów śniegu, po zakończeniu konkretnej akcji, Zamawiający będzie dysponował kolejne działania (kolejne akcje, za które przysługiwać będzie odrębne wynagrodzenie).

W ocenie Zamawiającego przyjęte w SIWZ zasady wynagradzania zostały określone w sposób jednoznaczny i jasny dla wykonawców. Ten sam model wynagradzania jest stosowany przez zamawiającego od kilkunastu lat i dotychczas nie budził żadnych wątpliwości wykonawców.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że zmiana dotychczasowych zasad wynagradzania, polegająca na wprowadzeniu wynagrodzenia za jednokrotne posypanie 1 km pasa jezdni, skutki przyniosłaby negatywne, nieprzewidywalne finansowe. Wprowadzenie wynagrodzenia za jednokrotne posypanie 1 km jezdni (jeden przejazd) zamiast za jedną kompleksową akcję, może doprowadzić do zmiany sposobu wykonania zamówienia przez wykonawców oraz znacznego, niemożliwego do oszacowania wzrostu kosztów realizacji zamówienia. Jeżeli wynagrodzenie wykonawcy będzie uzależnione od jednego przejazdu, w interesie wykonawcy będzie wykonanie jak największej liczby przejazdów w ramach jednej akcji, ponieważ wraz z każdym przejazdem jego wynagrodzenie będzie wyższe. W związku z tym, zamiast jednokrotnego przejazdu i posypania jezdni większą ilością środka, w interesie wykonawcy będzie np. trzykrotny przejazd z

zastosowaniem mniejszej ilości środków chemicznych. Uzyskany efekt będzie taki sam, odmienny sposób działania będzie przyjęty jedynie w celu uzyskania większego wynagrodzenia.

Ad 2 i 3

Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, za usługi realizowane przez wykonawcę Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty świadczenia ekwiwalentnego – wynagrodzenia.

W przedmiotowej sprawie została zastosowana konstrukcja wynagrodzenia kosztorysowego – wykonawcy uzyskują wynagrodzenie zgodnie z cenami jednostkowymi określonymi w ofercie, w zamian za realizację usług określonych w umowie. Wykonawcy wiedzą więc jakie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji zamówienia stanowią podstawę do zapłaty wynagrodzenia. Wynagrodzenie określone w umowie należne jest za wszystkie czynności, które wykonawca podejmuje w związku z realizacją umowy. Nie jest tak – jak sugeruje Odwołujący – że część prac wykonawca na realizować za darmo – wynagrodzenie obejmuje całość czynności (wszystkie świadczenia) wykonawcy zrealizowane w ramach umowy.

Przyjęcie przez Zamawiającego, że zapłata wynagrodzenia następuje po określonych w kosztorysie pracach kształtuje sposób zapłaty wynagrodzenia. Wykonawcy wiedząc po jakich czynnościach następuje wypłata wynagrodzenia, wynagrodzenie za wszystkie inne prace powinni wkalkulować w określone przez Zamawiającego pozycje kosztorysowe. Umowa zakłada ekwiwalentność świadczeń w ujęciu całościowym – wszystkie koszty bezpośrednio i pośrednio związane z realizacją zamówienia oraz zysk wykonawcy powinny zostać ujęte w dostępnych pozycjach kosztorysu.

Innymi słowy, wykonawca w ramach ustalonych przez zamawiającego pozycji kosztorysowych powinien tak skalkulować swoją ofertę, aby uzyskane wynagrodzenie obejmowało wszystkie prace będące przedmiotem umowy.

Kształtując postanowienia SIWZ w tym zakresie Zamawiający uwzględnił tezy postawione przez Najwyższa Izbę Kontroli w raporcie z kontroli w zakresie „Wykonania przez GDDKiA zadań związanych z utrzymaniem i remontami dróg" (nr ewid. 224/2015/P/15/086/LLO). W ocenie NIK „[…]rozliczenie ryczałtowe zimowego utrzymania dróg (…) nie zawsze jest adekwatne do wydatków ponoszonych przez wykonawcę (np. łagodna zima), podczas gdy model tradycyjny prowadzenia, np. akcji zimowej pozwala na ponoszenie faktycznych kosztów utrzymania.[…]".

Do obowiązków Zamawiającego dysponującego środkami publicznymi należy dokonywanie wydatków w sposób celowy i oszczędny poprzez optymalny dobór metod

i środków służących osiągnięciu założonych celów. Zasady te Zamawiający uwzględnić musi udzielając zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał również, że na rynku lokalnym funkcjonuje grupa wykonawców, która z powodzeniem realizuje prace oczyszczania mechanicznego. Wykonawcy realizujący zamówienie prowadzą działalność w zakresie prac porządkowych, wywozu odpadów, utrzymania zieleni i szeregu innych prac komunalnych zlecanych przez lokalne samorządy. Żaden z dotychczasowych wykonawców nie realizuje wyłącznie prac polegających na mechanicznym oczyszczaniu dróg. Wykonawcy dysponują dużym potencjałem technicznym oraz osobowym i na przestrzeni lat dostosowali sposób realizacji zamówienia do założeń zamawiającego. W związku z tym, przy odpowiedniej organizacji działań, są w stanie tak zarządzać swoim potencjałem, aby minimalizować koszty związane z zapewnieniem terminowości realizacji niniejszego zamówienia.

Przyjęty model wynagradzania kosztorysowego (za wykonane prace) jest powszechnie stosowanym modelem wynagradzania za świadczenie usług, nie ulega więc wątpliwości, że jest zgodny z obowiązującym prawem. Jeżeli więc wynagrodzenie kosztorysowe jest zgodne z przepisami, zastosowanie tego rozwiązania przez Zamawiającego nie może być uznane za nieprawidłowe.

Ad 4

Zamawiający powielił argumentację, jak przy zarzucie [okres realizacji zamówienia] z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1147/17.

Ad 5

Zgodnie z § 6 ust. 4 wzoru umowy „[…]W przypadku niestawienia się do udziału w kontroli przedstawiciela Wykonawcy w ciągu jednej godziny od wezwania lub odmowy podpisania protokołu, sporządzony zostanie protokół jednostronny, który będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych. Kopia protokołu stwierdzającego nieprawidłowości zostanie wysłana faksem do Wykonawcy.[…]".

Tym sam zasadą jest, że wykonawca jest zawsze informowany o czasie i miejscu przeprowadzenia kontroli prawidłowości wykonywanych prac. Brak udziału w czynnościach kontrolnych wynika tylko i wyłącznie z woli wykonawcy i nie jest opatrzony żadną sankcją. Informacje o wyniku kontroli przesyłana jest wykonawcy w formie faksu.

Zamawiający wskazuje również, że to nienależyte wykonanie umowy (np. opóźnienie w realizacji danej czynności) jest podstawą do naliczenia kary umownej. Karę nalicza się w związku z danym zdarzeniem, a nie w związku z faktem sporządzenia protokołu. Protokół jest jedynie dokumentem, w którym zostaje stwierdzona dana okoliczność

faktyczna, stanowiąca podstawę do naliczenia kary umownej.

Przedstawiciel wykonawcy ma możliwość wzięcia udziału w kontroli, może również kwestionować ustalenia Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego nie ma potrzeby wprowadzania odrębnej procedury w tym zakresie.

Ad 6-18

Zamawiający powtórzył argumentację przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1137/17, w zakresie zarzutu zarzutów 4a i 4b (część wspólna).

Ad 19

Zamawiający podał, że 14 czerwca 2017 r. wprowadził modyfikacje SIWZ w zakresie części II pkt. 1 lit a) załącznika nr 1, nadając mu następujące brzmienie:

„[…]osprzęt umożliwiający stosowanie technologii polegającej na rozsypywaniu chlorku soku zwilżonego solanką, mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia lub kruszywa, z wyłączeniem napędu typu „koło wleczone" potocznie zwanym „piąte koło".[…]".

Wprowadzając powyższą modyfikację Zamawiający zrezygnował z posługiwania się pojęciem „własny napęd mechaniczny niezależny od podwozia". Tym samym żądanie Odwołującego w tym zakresie należy uznać za nieuzasadnione.

Ad 20

Powyższy zarzut – w wersji zmodyfikowanej przez Odwołującego na terminie rozprawy – jest w ocenie Zamawiającego nieuzasadniony

Zgodnie częścią II z pkt 6 załącznika nr 1 do wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do informowania zamawiającego o zmianach w organizacji ruchu stwierdzonych na obsługiwanym rejonie. Intencją zamawiającego jest, aby wykonawca informował o stwierdzonych przeszkodach w realizacji prac. Powyższy wymóg nie generuje żadnych kosztów po stronie wykonawcy, zarzut realizacji tych czynności bez wynagrodzenia jest nieuzasadniony.

Ad 21

Odwołujący oczekuje zmiany terminu rozpoczęcia prac z 3 dni na 7 dni, wskazując, iż wydłużenie terminu spowoduje większa elastyczność wykonawcy w tym zakresie.

W ocenie Zamawiającego, okres 3 dni jest wystarczający dla zorganizowania prac doczyszczania tras.

Nawiązując do uwag przedstawionych na wstępie uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie, postępowanie przed KIO nie jest forum wymiany poglądów, przedstawiania

propozycji rozwiązań bardziej dogodnych dla wykonawców, lecz weryfikacji prawidłowości działań lub zaniechań Zamawiającego. Okoliczność, że 7 dni jest terminem spełniającym w większym stopniu oczekiwania wykonawców, nie stanowi o niedopuszczalności zastosowania terminu 3-dniowego, który został określony w SIWZ.

Ad 23

Zamawiającego dopuścił możliwość wykonywania akcji GAMMA lub ALFA z opuszczonym pługiem, zgodnie z sugestiami wykonawców. Zastosowanie takiej technologii zależy od oceny stanu jezdni i decyzji wykonawcy. Wykonawca może z tej opcji skorzystać w celu szybszego osiągnięcia zakładanego rezultatu. Wykorzystanie pługa w trakcie akcji

ALFA lub GAMMA nie wpływa na sposób kalkulacji wynagrodzenie.

Podobnie, jak w poprzednim punkcie, Odwołujący nie kwestionuje rozwiązania wprowadzonego przez zamawiającego w SIWZ, lecz przedstawia własną, alternatywną propozycję.

Ad 25

Zamawiający uznaje, że dokonany podział zamówienia na części, w tym podział geograficzny Warszawy na poszczególne rejony, jest zgodny z Pzp. Zamawiający decyduje o sposobie organizacji postępowania oraz dokonanym podziale miasta na rejony.

Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że zastosowany podział jest optymalny z uwagi na specyfikę prac w poszczególnych częściach W.

Odwołujący – pismem z 30 czerwca 2017 r. – stwierdził, że podniesione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie argumenty nie powinny mieć wpływu na uwzględnienie odwołania.

W kwestii konstrukcji zarzutów Odwołujący stwierdził, że nie muszą być one umiejscowione w jednym, skonkretyzowanym miejscu odwołania. Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości co do brzmienia zarzutów kierowanych wobec treści SIWZ, w szczególności przy uwzględnieniu żądań opisanych w petitum odwołania. Zaznaczenia wymaga jednocześnie, że Zamawiający nie formułował na etapie wstępnego badania odwołania w trakcie posiedzenia w dniu 20 czerwca 2017 r. jakichkolwiek zarzutów odnoszących się do jego formalnych braków.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazuje, że wykonawca w ramach przeprowadzonej akcji ma wykonać określony w opinie przedmiotu zamówienia minimalny zakres czynności. Technologia wykonania prac ma doprowadzić do uzyskania oczekiwanego przez Zamawiającego rezultatu — usunięcia lub zapobieżenia śliskości jezdni. W zależności od warunków atmosferycznych, organizacji pracy, doboru ilości środków

chemicznych oraz *know-how* poszczególnych wykonawców osiągnięcie zamierzonego rezultatu może nastąpić na różne sposobu. W związku z tym Zamawiający przyjął, że wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie za przeprowadzenie jednej kompleksowej akcji przy użyciu odpowiedniego środka, a nie za jednokrotne posypywanie 1 km jezdni.

Zamawiającemu umknęło jednak, że wykonawcy nie mogą swobodnie dobierać ani środków chemicznych, którymi posługują się przy realizacji przedmiotu zamówienia, ani nie mogą kształtować ilości takich środków, które zostaną przez nich wykorzystane. W tym zakresie Odwołujący ograniczony jest przepisami prawa powszechnie obowiązującego, a dokładnie rozporządzeniem Ministra Środowiska z 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach. Rozporządzenie to wskazuje m.in., że w przypadku działań związanych z likwidacją oblodzeni, śliskości pośniegowej oraz pozostałości świeżego opadu śniegu po przejściach pługów (w zakresie temperatur pomiędzy -3° C a -6 ° C) możliwym jest użycie 20-25 g/m $_2$ chlorku sodu. Rozporządzenie w ogóle wyłącza możliwość użycia mieszaniny chlorku sodu z chlorkiem wapnia. Stąd też nie jest prawdą, że wykonawca może swobodnie kreować środki realizując przedmiot zamówienia, w szczególności swobodnie dobierać ilość środków chemicznych. Musi mieć na względzie wymagania odnoszące się zarówno do doboru środków, jak i ich ilości, które wynikają ze wskazanego wyżej rozporządzenia. Może zaś okazać się, że jednokrotny przejazd będzie niewystarczający do osiągnięcia rezultatu wymaganego przez Zamawiającego. Koniecznym więc jest ustalenie zasad uiszczania wynagrodzenia za jednokrotne posypywanie 1 km pasa.

W dalszej części Zamawiający wskazuje, że za usługi realizowane przez wykonawcę Zamawiający, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, zobowiązany jest do zapłaty świadczenia ekwiwalentnego – wynagrodzenia. W rozpatrywanym stanie faktycznym została zastosowana konstrukcja wynagrodzenia kosztorysowego, wykonawcy zaś uzyskują wynagrodzenie zgodnie z cenami jednostkowymi określonymi w ofercie, w zamian za realizację usług określonych w umowie. Wykonawcy wiedzą więc – zdaniem Zamawiającego – jakie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji zamówienia stanowią podstawę do zapłaty wynagrodzenia.

Zauważyć jednak należy, że zdarzenia, o których wspomina Zamawiający, są zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi i zależą w szczególności od warunków atmosferycznych oraz zgłoszeń akcji dokonanych przez Zamawiającego. W skrajnym

przypadku okazać się, że mimo zatrudnienia określonej liczby pracowników, organizacji miejsca dyspozytorskiego, zaangażowania pojazdów, wykonawca nie uzyska z zamówieniem. jakiegokolwiek wynagrodzenia związanego przedmiotowym

118

Wykonawca będzie natomiast musiał ponosić określone koszty, które wykorzystane zostaną do prowadzenia prac wynikających z umowy, w tym w zakresie patrolowania i kontrolowania stanu nawierzchni ulic w sezonie zimowym. Podnieść przy tym trzeba, że 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.

W rozpatrywanym zaś stanie faktycznym wykonawca nie jest w stanie przewidzieć ile akcji zostanie przez Zamawiającego zleconych do przeprowadzenia. Tym bardziej nie jest więc w stanie wkalkulować w wartość umowy wynagrodzenia z tytułu usług za doczyszczanie tras oraz patrolowanie i kontrolowanie stanu nawierzchni ulic. Gdyby wzór umowy przewidywał jakikolwiek ryczałt, wówczas rzeczywiście byłoby to możliwym. Zamawiający jednak takiej możliwości nie przewidział. Stąd też koniecznym jest, aby Zamawiający przewidział zasady ustalania odrębnego wynagrodzenia za doczyszczanie tras zimowego utrzymania po zakończeniu sezonu zimowego oraz patrolowania i kontrolowania stanu nawierzchni ulic, a także wynagrodzenie ryczałtowe, które pozwoli wykonawcy pokryć ponoszone koszty, pomimo braku zleceń ze strony Zamawiającego.

Zamawiający podnosi dalej, że przedmiotem umowy jest całoroczne oczyszczanie jezdni ulic, prace zaś podzielone zostały na dwie grupy: utrzymanie zimowe w okresie od 15 października do 14 kwietnia oraz utrzymanie letnie w okresie od 15 kwietnia do 14 października. Jak wskazuje Zamawiający, jego intencją jest to, aby w przypadku anomalii pogodowych miał zapewnioną możliwość zlecania prac, które są wykonane w innym okresie roku. Zamawiający zwrócił uwagę, że sporadycznie występuje potrzeba wykonania określonych prac poza dedykowanymi dla nich sezonami. Przykładowo, w maju 2011 r. wystąpiły ujemne temperatury połączone z opadami w związku z czym powstała konieczność zlecenia akcji GAMMA w ceku zabezpieczenia odcinków niebezpiecznych oraz mostów i wiaduktów.

Zauważyć jednak trzeba, że postanowienia wzoru umowy nie przewidują możliwości swobodnego zlecania przez Zamawiającego akcji poza dedykowanymi dla nich okresami. Możliwym jest jedynie zmiana terminu rozpoczęcia lub zakończenia sezonu (jego skrócenie lub wydłużenie). Po zakończeniu danego sezonu jego wydłużenie nie będzie możliwe. Zamawiający mógłby dokonać dodatkowego zlecenia np. w sezonie letnim, jednak w tym celu koniecznym jest wprowadzenie odpowiedniego postanowienia we wzorze umowy, którego na dzień dzisiejszy brak.

Abstrahując od powyższego Odwołujący podniósł, że tak krótkie okresy wyprzedzenia przerzucają na wykonawcę konieczność utrzymywania w gotowości ludzi, ale również i

119

sprzętu przez bliżej niesprecyzowany okres. Wykonawca nie jest bowiem w stanie przewidzieć, czy i o ile zostaną zmodyfikowane terminy realizacji prac wskazane w § 2 ust. 2 wzoru umowy.

Wskazać trzeba, że z uwagi na określone terminy realizacji prac w poszczególnych okresach pracownicy Odwołującego mogą być zatrudnieni na czas określony, lub też mogą planowo być przypisani do wykonywania innych zadań po zakończeniu danego sezonu.

Znalezienie odpowiedniej liczby innych pracowników, zawarcie z nimi stosownych umów, przeszkolenie w zakresie BHP, nie jest możliwe w terminach wskazanych przez Zamawiającego (np. 24 h). Co więcej, koniecznym okazać może się nabycie dodatkowej ilości mieszanek. Zgodnie bowiem z brzmieniem części II załącznika nr 1 do wzoru umowy ust. 2, Wykonawca jest zobowiązany posiadać i utrzymywać udokumentowany stały zapas środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej, wystarczający do zapewnienia ciągłości działań w sezonie zimowym. Nie jest zobligowany do utrzymywania takiego zapasu po jego zakończeniu. W przypadku przedłużenia okresu obowiązywania sezonu zimowego o

bliżej niesprecyzowany czas, może zaistnieć konieczność nabycia dodatkowych środków niezbędnych do wykonania zleconych akcji – wykonawca musi dysponować jednak odpowiednim czasem, który umożliwi mu zarówno nabycie odpowiednich środków niezbędnych do wykonania usługi, jak i zawarcia z pracownikami umów na wykonanie prac w przedłużonym sezonie. 24 godziny jest to termin wysoce niewystarczający do rzetelnego przygotowania się do przedłużonego sezonu.

Jednocześnie, sam wzór umowy przewiduje poważne sankcje z tytułu zaistnienia opóźnień. Kary umowne zostały przez Zamawiającego ustalone na wyjątkowo wysokim poziomie. Wykonawca musi mieć możliwość uniknięcia takich sankcji, jednak powinien dysponować odpowiednio długim czasem na podjęcie działań.

Zaznaczenia dodatkowo wymaga, że wykonawca nie ma jakiejkolwiek wiedzy, o ile dany sezon może zostać przedłużony. W tym zakresie wzór umowy umożliwia Zamawiającemu swobodne kształtowanie ram odnoszących się do terminów realizacji prac w ramach sezonu. Podkreślić również trzeba, że wzór umowy nie przewiduje jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia z tytułu gotowości do świadczenia usług. Dowolne więc przedłużanie sezonów będzie implikowało konieczność utrzymywania zatrudnienia na odpowiednim poziomie (przy braku możliwości skierowania pracowników do innych prac), a także utrzymywania zapasów środków niezbędnych do wykonania usług, przez bliżej nieokreślony czas, zaś wykonawca może nie uzyskać żadnego wynagrodzenia z tego tytułu, ponieważ Zamawiający nie dokona zlecenia wykonania akcji. Symptomatyczne w tym

zakresie jest m.in. faks wystosowany przez Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2017 r., w którym wskazano na obowiązek utrzymania gotowości do podjęcia pełnych działań w ramach ZMO, nie wskazując jakichkolwiek ram czasowych w tym zakresie, Co więcej, Zamawiający żądać może kontrolowania stanu nawierzchni jezdni w kolejnych terminach po upływie terminu danego sezonu — mimo tego, że nic uiszcza z tego tytułu jakichkolwiek wynagrodzenia. Tym bardziej ważne jest umożliwienie Wykonawcy podjęcia działań przygotowawczych do przedłużonego sezonu.

W dalszej kolejności Zamawiający podkreśla, że wykonawca jest zawsze informowany o czasie i miejscu przeprowadzania kontroli prawidłowości wykonywanych prac. Brak udziału w czynnościach kontrolnych wynika tylko i wyłącznie z woli wykonawcy i nie jest opatrzony żadną sankcją. Zamawiający zwrócił uwagę, że to nienależyte wykonanie umowy jest podstawą do naliczenia kary umownej. Karę nalicza się w związku z danym zdarzenie, a nie w związku z faktem sporządzenia protokołu, natomiast przedstawiciel wykonawcy ma możliwość wzięcia udziału w kontroli, może również kwestionować ustalenia Zamawiającego.

Zauważyć jednak trzeba, że w przypadku niestawienia się przedstawiciela wykonawcy do udziału w kontroli, Zamawiający sporządzi protokół jednostronny. Tenże dokument (a nie żaden inny) ma być podstawą obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych. Żaden zapis wzoru umowy nie umożliwia kwestionowania przez wykonawcę treści takiego jednostronnego protokołu, ewentualne późniejsze kwestionowanie jego treści nie będzie miało wpływu na zapis, mówiący o skonkretyzowanym dokumencie stanowiącym podstawę do naliczenia kary umownej.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że w trakcie realizacji zamówienia dochodzi w tym zakresie do naruszeń i nadużyć ze strony Zamawiającego. Wskazać trzeba chociażby na pismo z dnia 22 stycznia 2015 r., wystosowane przez M. sp. z o.o., w którym podmiot ten zwraca uwagę, że kontrola została przeprowadzona przez Zamawiającego przed przekazaniem informacji o planowanej kontroli. W takiej sytuacji sporządzony został jednostronny protokół kontroli i on był podstawą do naliczenia kar umownych. Nie miały znaczenia zastrzeżenia złożone przez wzmiankowaną spółkę, nie przewidziano bowiem procedury, która umożliwiałaby weryfikację sporządzonego przez Zamawiającego, jednostronnego protokołu, Aktualne twierdzenia Zamawiającego, że Wykonawca ma prawo nie wykluczają twierdzeń kwestionować ustalenia Zamawiającego, odmiennych formułowanych już na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Stąd też koniecznym jest doprecyzowanie w tym zakresie wzoru umowy przez Zamawiającego.

W zakresie odnoszącym się do kar umownych podkreślenia wymaga, że tak nakreślone zasady ich naliczania, przewidziane we wzorze umowy, mogą prowadzić

bezpośrednio do znacznego wzbogacenia Zamawiającego. Przykładowo jedynie wskazać można, że w przypadku nieusunięcia wskazanych przez Zamawiającego nieprawidłowości w ciągu 30 minut od zgłoszenia wykonawca nie tylko nie otrzyma jakiegokolwiek wynagrodzenia za całą trasę zimowego utrzymania, na której stwierdzono nieprawidłowość, lecz również zostanie obarczony karą umową w wysokości 1.500,00 zł – w przypadku akcji ALFA, BETA, BETA-S – jeżeli pojazd wykorzystywany przez wykonawcę do świadczenia usługi powróci do bazy, może zaistnieć konieczność jego ponownego załadunku oraz wyjazdu, co może zająć kilka godzin. Kara umowna w przypadku opóźnienia o 2 godziny wyniesie już 3.000,00 zł – niezależnie od tego, że wykonawca nie otrzyma jakiegokolwiek wynagrodzenia za wykonane działania.

Zamawiający wskazuje, że jest jednostką sektora finansów publicznych, zaś kary umowne mają na celu przede wszyscy stymulowanie wykonawców do należytego i terminowego wykonania czynności określonych w umowie.

Podkreślenia wymaga jednak, że powyższe nie wyłącza całkowicie konieczności wzięcia pod uwagę również zasad wynikających z prawa cywilnego. Fakt, że Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych nie uprawnia go do nieograniczonego kreowania kar umownych. Wykonawcy bowiem, w przypadku niewielkich nawet naruszeń (30 minut opóźnienia), nie otrzymają jakiegokolwiek wynagrodzenia, już to winno zostać uznane za wystarczający środek stymulujący działania wykonawców Dodatkowo zaś Zamawiający kreuje obowiązek uiszczania kar umownych, o znacznej wysokości.

Zwrócenia wymaga przy tym fakt, że Zamawiający przewiduje np. obowiązek uiszczenia kary umownej związanej z brakiem sygnału satelitarnego systemu lokalizacji i kontroli pracy GPS. Odwołujący w tym zakresie podtrzymuje żądanie usunięcia § 7 ust. 1 pkt 12 wzoru umowy. Wykonawca nie może ponosić pełnej odpowiedzialności za brak sygnału z jednostek sprzętowych w przypadku awarii lub innych problemów operatorów sieci GPS, jak również wówczas, gdy pojazd znajduje się w miejscu o ograniczonym zasięgu GPS lub występują inne zakłócenia w działaniu sieci GSM. Stąd Zamawiający nie może narzucać tak szerokiego zakresu odpowiedzialności na wykonawców w przypadku, jeżeli nie mają oni de facto jakiegokolwiek wpływu na funkcjonowanie systemów lokalizacji pojazdów.

Przechodząc do dalszej części pisma zauważyć należy, że zgodnie z cz. II ust. 6 załącznika nr 1 do wzoru umowy, Wykonawca zobowiązany jest do informowania Zamawiającego o zmianach w organizacji ruchu stwierdzonych na obsługiwanym rejonie. Intencją Zamawiającego jest rzekomo, aby Wykonawca informował o stwierdzonych przeszkodach w realizacji prac. Z przepisu tego nie wynika, w jaki sposób odbywać miałaby się weryfikacja organizacji ruchu. Nie jest przy tym prawdą, że wymóg taki nie generuje

żadnych kosztów po stronie wykonawcy. Zamawiający może bowiem żądać przekazywania informacji o stwierdzanych nieprawidłowościach pomimo tego, że żadne akcje nie są przez wykonawcę wykonywane — powołując się właśnie na zobowiązanie Wykonawcy opisane we wzmiankowanym przepisie. Nie ma w nim mowy o tym, że weryfikacja dokonywana jest wyłącznie w ramach przejazdu podczas wykonywania akcji. Jednocześnie zaś Zamawiający nie zamierza uiszczać z tego tytułu jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy.

Zamawiający podnosi następnie, że żądanie wydłużenia terminu poinformowania wykonawcy o rozpoczęciu doczyszczania tras zimowego utrzymania nie jest uzasadnione. Okoliczność, że 7 dni jest terminem spełniającym w większym stopniu oczekiwania wykonawców nie stanowi o niedopuszczalności zastosowania terminu 3 dniowego, który został określony w SIWZ.

Zauważyć jednak trzeba, że wykonawca, po uzyskaniu informacji od Zamawiającego, powinien zorganizować nie tylko sprzęt niezbędny do doczyszczania, lecz również odpowiednie zasoby ludzkie. Termin 3-dniowy może być (i w określonych sytuacjach będzie) niewystarczający do podjęcia wszystkich działań wymaganych do rozpoczęcia pozimowego doczyszczania. Zamawiający musi brać pod uwagę terminy, które realnie umożliwią wykonawcy realizację przyjętych zobowiązań, nie zaś kreować je w sposób dowolny, bez wzięcia pod uwagę specyfiki prowadzonej działalności gospodarczej oraz aktualnych problemów istniejących na rynku pracy (tj. brakiem odpowiednich pracowników).

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego związanych z żądaniem doprecyzowania

zapisów odnoszących się do płużenia w trakcie posypywania, wykonawca żąda jedynie doprecyzowania zapisów tak, aby nie występowały rozbieżności w ich interpretacji. To na Zamawiającym ciąży obowiązek formułowania zapisów SIWZ w taki sposób, aby były one jednoznaczne i czytelne. W przypadku, jeżeli tak nie jest, Zamawiający winien doprecyzować przepisy umiejscowione w przygotowanej przez niego dokumentacji przetargowej tak, aby wykonawcy mieli pewność co do przyszłych wzajemnych zobowiązań stron umowy.

W ostatniej części złożonego przez Zamawiającego pisma wskazuje on, że dokonany podział zamówienia na części, w tym podział geograficzny Warszawy na poszczególne rejony, jest zgodny z Pzp, z doświadczenia Zamawiającego wynika, że zastosowany podział jest optymalny z uwagi na specyfikację w poszczególnych częściach Warszawy.

Zwrócić jednak trzeba uwagę, że ryzyko, jakie ponosi wykonawca na danej trasie może być zdecydowanie większe, niż na trasie niemal o połowę krótszej. Przewidziane zaś kary umowne są analogiczne bez względu na to, jaką długość ma dana trasa. Równocześnie brak wynagrodzenia za gotowość świadczenia usługi powoduje, że przy takich samych długościach tras większe obciążenie finansowe ponoszą ci wykonawcy, w których rejonach

SIWZ przewiduje większą ilość sprzętu.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienia zgłosili wykonawcy P. sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz A.-C. sp. z o.o. z siedzibą w W., wnosząc o uwzględnienie odwołania. Izba dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego, stwierdzając że przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 Pzp zostały przez nich spełnione.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący wycofał zarzuty związane z żądaniami wyartykułowanymi w pkt IV ppkt 20 (w części dotyczącej części 2 pkt 4 załącznika 1 do wzoru umowy) oraz pkt 22 i 24 odwołania. W pozostały zakresie podtrzymał zaprezentowane powyżej stanowisko wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma S. G. sp. z o.o. (dostawca usług lokalizacyjnych) z 13 czerwca 2017 r. – na okoliczność braku możliwości dostosowania świadczonych przez ten podmiot usług lokalizacyjnych do wymogów Zamawiającego opisanych w SIWZ,
2. załączników do pisma procesowego z 30 czerwca 2017 r. w postaci:
   2.1. faksu Zamawiającego z 16 kwietnia 2017 r. – na okoliczność braku wiedzy wykonawców o czasie trwania przedłużonej gotowości do podjęcia działań w ramach zimowego utrzymania dróg,
   2.2. protokołów z 17 kwietnia 2017 r. (3 egzemplarze) – na okoliczność zlecania przez Zamawiającego kontroli stanu nawierzchni tras zimowego utrzymania po upływie przewidzianego umową okresu zimowego,
   2.3. pisma wykonawcy M. sp. z o.o. z 22 stycznia 2015 r. – na okoliczność braku możliwości kwestionowania przez wykonawcę podstaw stwierdzenia przez Zamawiającego nienależytego wykonania umowy i naliczania kar umownych.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów oznaczonych symbolami Z1, Z2 oraz z treści korespondencji poczty elektronicznej z 7 lutego i 3 lipca 2017 r. z podmiotem świadczącym usługi w zakresie monitoringu GPS (dowód Z4).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że każdy z odwołujących jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ wraz z załącznikami, dokumentów załączonych do pism procesowych stron postępowania odwoławczego, a nadto przedstawionych w toku rozprawy stwierdzając, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w ww. pismach procesowych adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

I. Uzasadnienie uwzględnionych zarzutów odwołań

I.1. Koszty akcji uzupełniających i doczyszczania tras zimowego utrzymania po zakończeniu sezonu zimowego

Przypomnienia wymaga, że w świetle przepisu art. 29 ust. 1 Pzp rolą opisu przedmiotu zamówienia jest nie tylko przedstawienie uzasadnionych potrzeb ale wykonawcom przygotowania i złożenia zamawiającego, również umożliwienie kompletnych i porównywalnych ofert. W powyższym kontekście istotne jest nie tylko scharakteryzowanie świadczeń, do których zobowiązany będzie wykonawca w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy wskazanie na ich rozmiar, liczbę, a także częstotliwość, ale również podanie podstaw do ich wyceny. Jest to bowiem jedna z okoliczności, o których mowa w przepisie art. 29 ust. 1 *in fine* Pzp, a zatem mająca wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia, który takich założeń nie realizuje narusza normę wynikającą z przepisu art. 29 ust. 1 Pzp, a przez dopuszczenie do – jak wspomniano – możliwości złożenia ofert nieporównywalnych – również normę wysłowioną w art. 29 ust. 2 Pzp.

Konsekwencją przedstawionych powyżej zapatrywań było stwierdzenie, że obowiązkiem było umożliwienie wykonawcom ujęcia Zamawiającego odrębnego w kosztach realizacji zamówienia oferty) zarówno wydatków związanych (cenie z prowadzeniem akcji uzupełniających ALFA-0 i GAMMA-0, jak i doczyszczaniem tras zimowego utrzymania po zakończeniu sezonu zimowego. Zapatrywania tego nie mogła zmienić przedstawiona w zakresie drugiego ze wspomnianych świadczeń argumentacja o ekwiwalentności umowy w aspekcie całego należnego wykonawcy wynagrodzenia obliczanego na podstawie załączonego do oferty kosztorysu. Przeciwstawić można jej bowiem twierdzenie, że skoro wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, to Zamawiający winien dążyć do wyodrębnienia w nim jak największej liczby pozycji, tak aby każda z nich obejmowała wyłącznie elementy związane z przewidzianym w niej świadczeniem. Może mieć to kapitalne znaczenie nie tylko dla wspomnianej porównywalności ofert, ale również dla późniejszej możliwości rzetelnego zweryfikowania prawidłowości kalkulacji ceny oferty w celu ustalenia, czy nie ma ona charakteru rażąco niskiej.

Dodatkowo, w odniesieniu do kwestii wyceny akcji uzupełniających, skład orzekający uznał, że dokonana 14 czerwca 2017 r. zmiana postanowień SIWZ, przewidująca z góry określone procentowo wynagrodzenie należne za akcje „0", po której nie zostały zlecone działania właściwe, nie dotykała istoty sformułowanych przez odwołujących zarzutów. Zamawiający nie tyle uzupełnił opis przedmiotu zamówienia o okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty, ile dokonał nieuprawnionej ingerencji w sferę kompetencji wykonawców, do której należy przygotowanie oferty, w tym również podanie jej ceny. Równie istotne jest, że wprowadzona modyfikacja oparta została na wielokrotnie przywoływanych w toku rozprawy doświadczeniach Zamawiającego z realizacji poprzednich umów o podobnym zakresie przedmiotowym i posiadanych przez niego wyliczeniach i danych statystycznych, które nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym. Izba stwierdziła, że przedstawione w odpowiedzi na odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1137/17 i KIO 1147/17 (w sprawie o sygn. akt KIO 1151/17 Zamawiający poprzestał wyłącznie na odwoływaniu się do posiadanej wiedzy i doświadczeń z ubiegłych lat) wyliczenia kosztów realizacji akcji ALFA-0 i GAMMA-0 (dowody Z5 w sprawach o sygn. akt KIO 1137/17 i KIO 1147/17) nie zostały poparte dowodami umożliwiającymi składowi orzekającemu zweryfikowanie poprawności przyjętych założeń. Uznając poglądy Zamawiającego na omawianą kwestię za nieuzasadnione, a nadto gołosłowne, Izba dała wiarę dowodom przedstawionym przez odwołujących, którzy szczegółowo uzasadniali przyjęte w złożonych kalkulacjach wysokości poszczególnych rodzajów kosztów, przedstawiając na ich poparcie – w przeciwieństwie do Zamawiającego – stosowne dowody (zob. dowód O5 w sprawie o sygn. akt KIO 1137/17, dowody O1-O6 ze sprawy o sygn. akt KIO 1147/17 i dowody O2-O3 ze sprawy o sygn. akt KIO 1151/17). Znamiennym jest, że Zamawiający w żaden sposób nie podważył prawidłowości przedstawionych przez odwołujących się wykonawców wyliczeń, ograniczając się do zaprzeczania wnioskom płynącym ze wzmiankowanego materiału dowodowego.

W kwestii pozycji związanej z doczyszczaniem tras, które w istocie polega na posprzątaniu po zimie jezdni, zatok przystankowych, parkingowych itp. Izba dodatkowo, w oparciu o zasady doświadczenia życiowego, stwierdziła, że czynności składające się na

wspomniane prace są czasochłonne i wymagające zaangażowania znacznej liczby ludzi i sprzętu, zważywszy na wynikający z części III ust. 4 pkt 4 załącznika nr 1 do wzoru umowy zakres tego obowiązku, co dodatkowo uzasadnia konieczność umożliwienia wykonawcom odrębnej wyceny tej pozycji.

Co zaś dotyczy dowodów O8 i O9 skład orzekający wskazuje, że nie stanowiły one argumentu przemawiającego za uwzględnieniem przedmiotowego zarzutu. Okoliczność, że inne podmioty zamawiające przewidują wycenę pozycji kosztorysowych, których Zamawiający *ad casum* nie wyodrębnił nie stanowi jeszcze o nieprawidłowości jego

sposobu postępowania. Uwzględnienie omawianego zarzutu było natomiast konsekwencją nieprzedstawienia przez Zamawiającego rzeczowych argumentów uzasadniających zagregowanie kosztów realizacji ww. świadczeń z kosztami świadczeń przewidzianych w wyodrębnionych pierwotnie pozycjach kosztorysu.

Reasumując, skład orzekający doszedł do przekonania, że koniecznym jest nakazanie Zamawiającemu wyodrębnienia wzmiankowanych powyżej pozycji we wzorze kosztorysu ofertowego, umożliwiając wykonawcom ich odrębną wycenę, o czym orzeczono w pkt 1.1 i 1.3 sentencji wyroku. Nie ma natomiast potrzeby, w kontekście akcji „0”, do określania z góry ich przewidywanej liczby, gdyż ta jest zależna od warunków pogodowych, które ze względu na ich częste zmiany podważają zasadność dokonywania w tym zakresie jakichkolwiek szacunków. Następstwem powyższego było uznanie toczonego przez strony sporu o rzetelność prezentowanych wzajemnie danych historycznych za nieistotny, a dowodów O4 w sprawie o sygn. akt KIO 1137/17, O18 w sprawie o sygn. akt KIO 1147/17 i O1 w sprawie o sygn. akt KIO 1151/17 – za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

I.2. Waloryzacja wynagrodzenia

Uzasadnienia trafności zarzutu odwołania należy poszukiwać w samym przepisie art. 142 ust. 5 Pzp. Stanowi on *explicite,* że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia przewidujące waloryzację należnego wykonawcy wynagrodzenia w trzech określonych w nim sytuacjach, przy spełnieniu warunku wynikającego z końcowej części wzmiankowanego przepisu. W powyższym kontekście, nawiązując do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do faktycznego terminu zawarcia umowy i rozpoczęcia świadczenia objętych nią usług, istotny jest całkowity okres jej realizacji, nie zaś liczba miesięcy w pierwszym roku kalendarzowym jej obowiązywania. Przepis art. 142 ust. 5 Pzp nie przewiduje ponadto kwotowych wyłączeń spod obowiązku waloryzacji wynagrodzenia, stawiając jedynie wymóg, aby wzrost wynagrodzenia minimalnego lub wymienionych w nim obciążeń publicznoprawnych miał wpływ na koszty wykonania zamówienia, co Odwołujący wykazywał na podstawie dowodu O16. *Ergo,* nawet jeśli wzrost ten mieści się w przewidzianym przez Zamawiającego limicie (co nie jest jednak kwestią przesądzoną – *vide* dowody O17), ale spełniony jest wspomniany wcześniej warunek, konieczne jest skorzystanie z przewidzianych umową mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Z powyższych względów zaskarżone postanowienie PU wykracza poza kompetencję Zamawiającego do ustalenia zasad wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości

wynagrodzenia należnego wykonawcy i nie realizuje celu, któremu służyć miało wprowadzenie do przepisów prawa zamówień publicznych art. 142 ust. 5 Pzp.

W związku z powyższym orzeczono, jak w pkt 1.2 sentencji wyroku.

II. Uzasadnienie nieuwzględnionych zarzutów odwołań

II.1. Sygn. akt KIO 1137/17

II.1.1. Zarzut 1b

Lektura zarzutu odwołania doprowadziła skład orzekający do wniosku, że Odwołujący objął nim część wymogów charakteryzujących wymagane przez Zamawiającego zaplecze techniczne, nie zaś – jak twierdził następnie w piśmie procesowym z 30 czerwca 2017 r. – oczekiwanie Zamawiającego do pozostawania przez wykonawców w stanie ciągłej gotowości do świadczenia usług objętych umową. Na wniosek taki naprowadza okoliczność, że Odwołujący zarówno w treści samego zarzutu (str. 1 odwołania, pkt 1 lit. b), jak i w jego

uzasadnieniu (str. 5 odwołania) akcentował przewidziany w pkt 3 załącznika nr 13 do SIWZ wymóg wyposażenia zaplecza technicznego dla danego rejonu (wspomniany załącznik zawiera bowiem li tylko wymagania techniczno-organizacyjne w zakresie dysponowanej przez wykonawcę infrastruktury) w całodobową łączność przeznaczoną wyłącznie dla Zamawiającego. W ramach tego wymogu Zamawiający oczekiwał od wykonawcy posiadania przynajmniej jednego telefonu stacjonarnego i komórkowego, oddzielnej linii faksowej, bezprzewodowej łączności z jednostkami sprzętowymi i adresu poczty elektronicznej (argument z pkt 3 ppkt 1-4 załącznika nr 13 do SIWZ). Odwołujący, odnosząc się do zasad wynagrodzenia, utożsamił ww. wymogi z obowiązkiem utrzymania dyspozytorni wraz z osprzętem (odwołanie, str. 5), określając go mianem „gotowości technicznej", przy czym – zdaniem Izby – oczywiste jest, że ze względu na zakres rzeczowy pkt 3 załącznika nr 13 do SIWZ, pod pojęciem osprzętu kryją się wyłącznie urządzenia techniczne służące komunikowaniu się na odległość. W przedstawione powyżej zapatrywanie wpisuje się ponadto żądanie Odwołującego wskazujące na konieczność określenia zasad wynagrodzenia za świadczenie usługi całodobowej łączności z Zamawiającym, przy jednoczesnym wprowadzeniu takiej pozycji do wzoru kosztorysu (odwołanie, str. 7).

Znamienne jest, że dopiero w piśmie procesowym z 30 czerwca 2017 r., stanowiącym replikę na argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie, w której zwrócono uwagę na wspomniane kwestie, Odwołujący stwierdził, że omawiany zarzut ma zakres szerszy i obejmuje również koszty wynagrodzeń pracowników realizujących usługi odśnieżania i – jak się wydaje – koszty sprzętu i materiałów niezbędnych do ich świadczenia (pismo procesowe, str. 5). Doszło zatem nie tylko do rozszerzenia

zakresu pojęcia „gotowości technicznej", ale – co bardziej istotne – do niedopuszczalnego rozszerzenia zakresu zarzutu postawionego w odwołaniu. Przypomnieć zatem należy, że w świetle przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, zarzut taki nie może podlegać ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym, wobec czego skład orzekający zbadał li tylko kwestię zgodności z przepisami prawa wymogu całodobowej łączności przewidzianej wyłącznie dla Zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała, że dowód O6, w zakresie w jakim wykracza poza omówione powyżej ramy zarzutu odwołania, nie mógł być wzięty pod uwagę przy wyrokowaniu.

Rozstrzygając o postawionym w odwołaniu zarzucie skład orzekający uznał, że zakwestionowany wymóg nie ma, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, charakteru nadzwyczajnego. Innymi słowy – każdy wykonawca trudniący się wykonywaniem tego rodzaju usług musi być w stałej łączności z ich zleceniodawcami, a zatem koszty z tym związane są niejako naturalnym następstwem funkcjonowania w przedmiotowym segmencie rynku. Z kolei okoliczność, że Zamawiający wymaga łączności „na wyłączność" jest, być może, wysokim wymaganiem, ale nie stanowi *per se* o naruszeniu zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, podobnie jak fakt, że inne podmioty zamawiające, w przeciwieństwie do Zamawiającego, przewidują m.in. za tego typu usługi odrębne wynagrodzenie, nie potwierdza zasadności zarzutu wadliwej konstrukcji przewidzianych zasad obliczenia ceny oferty. Stąd dowody O3 nie potwierdzały trafności zarzutu odwołania.

Jedynie na marginesie, odnosząc się do właściwej treści dowodu O6, tj. kosztów świadczenia usługi stałej łączności (ad 2 zestawienia stanowiącego dowód O6) skład orzekający zauważa, że Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających rzetelność przyjętych przez niego założeń i kosztów dotyczących elementów składowych usługi.

II.1.2. Zarzut 1c

Izba uznała za uzasadnione wyrażone w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, zgodnie z którym osiągnięcie standardu „czarnej jezdni" determinowane jest wieloma czynnikami, z których część ma charakter zewnętrzny (niezależny od którejkolwiek ze stron umowy – np. warunki atmosferyczne), inne zaś leżą w gestii samego wykonawcy (rodzaj użytego sprzętu, organizacja pracy, technika jej wykonywania). Wspomnieć również należy, że postanowienia SIWZ kierowane są do profesjonalistów – podmiotów zawodowo trudniących się wykonywaniem czynności objętych przedmiotem zamówienia, wobec czego określenie ceny za usługę, która ma zakończyć się osiągnięciem danego rezultatu, należy rozpatrywać w kategoriach ryzyka kalkulacyjnego wykonawców.

II.1.3. Zarzut 2a

Skład orzekający nie podzielił argumentacji Odwołującego, zmierzającej do wykazania, że kwestionowane kryterium oceny ofert dotyczy właściwości podmiotowych wykonawców, stanowiąc nieuprawnione ograniczenie dla podwykonawstwa przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Kwestię samodzielnego wykonania zamówienia, bądź posłużenia się w tym celu podwykonawcą należy rozpatrywać w kategoriach sposobu realizacji zamówienia, nie zaś – jak chce tego Odwołujący – właściwości technicznych wykonawcy rozumianych jako dysponowanie takim potencjałem technicznym, który wyeliminuje potrzebę sięgania po podwykonawstwo przy wykonywaniu umowy.

Nie jest również tak, jak zdaje się sugerować Odwołujący, że Zamawiający wymusza na wykonawcach samodzielną realizację przedmiotu zamówienia, czy wyłącza możliwość skorzystania z podwykonawców. Kryterium samodzielnej realizacji kluczowych części zamówienia jest jednym z wielu ocenianych aspektów ofert (przewidziano łącznie 8 kryteriów w 5 kategoriach) o relatywnie niewielkim znaczeniu (11%), wobec czego nawet jeśli wykonawca zdecyduje się skorzystać w punktowanym zakresie z podwykonawców (postanowienia SIWZ nie zawierają, jak wspomniano, takiego zakazu, a wyrażają jedynie pewne preferencje Zamawiającego), to nadal będzie miał szansę uzyskać zamówienie.

II.1.4. Zarzut 2b

Skład orzekający wyjaśnia, że z legalnej definicji umowy o podwykonawstwo wynika, iż podwykonawcą jest podmiot, który na mocy zawartej z wykonawcą umowy zrealizować ma dostawy/usługi/roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Z oczywistych względów leasingodawca pojazdu nie będzie mógł być uznany za podwykonawcę, ponieważ umowa z nim (umowa leasingu) nie przewiduje realizacji jakiejkolwiek części przedmiotu zamówienia.

II.1.5. Zarzuty 3a, 4a i 4b

Punktem wyjścia dla rozważań na temat kwestionowanych kar umownych należy uczynić stwierdzenie, że na gruncie zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje wyłączna kompetencja do określania istotnych postanowień umowy (wzoru umowy), co czyni z umowy w sprawie zamówienia publicznego kontrakt o charakterze adhezyjnym. Powyższym uprawnieniem objęta jest również materia kar umownych, które zawierać powinny element opresji względem zachowującego się nierzetelnie wykonawcy, stanowiąc jednocześnie mobilizację do należytego wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ad casum Izba uznała, że objęte odwołaniem przypadki naliczania kar umownych spełniają powyższe wymogi, a sam Odwołujący nie zdołał twierdzenia tego podważyć.

W szczególności nie stanowił potwierdzenia dla stawianych w odwołaniu tez dowód O5, będący w istocie kompilacją postanowień projektu umowy wraz z wyliczeniem hipotetycznych wysokości kar umownych w oparciu o stawki obowiązujące w aktualnie obowiązującym kontrakcie i zestawieniem proponowanych zmian postanowień SIWZ. Dowód taki pozbawiony jest doniosłości prawnej, nie stwierdzając niczego ponad to, co zawarte jest w dokumentacji Postępowania, bądź w treści odwołania. Co zaś dotyczy dokonanych przez Odwołującego wyliczeń kwotowych skład orzekający wskazuje, że mają one – jak wspomniano – charakter hipotetyczny, wobec czego nie sposób rozpatrywać ich w kategorii jakichkolwiek naruszeń, a nadto stwierdza, że środkiem służącym kwestionowaniu wysokości kar umownych jest roszczenie o ich obniżenie w drodze powództwa cywilnego. Wobec tego twierdzenia o rażącym wygórowaniu kar umownych (zarzut nr 4b) są, w opinii Izby, na tym etapie przedwczesne. Poza tym warto podkreślić, że ryzyko związane z możliwością poniesienia odpowiedzialności z tytułu kar umownych może (a wręcz powinno) zostać przez wykonawcę wkalkulowane w cenę oferty.

Jedynie na marginesie skład orzekający wskazuje w tym miejscu, że także przedstawiony przez Zamawiającego dowód Z2 nie został wzięty pod uwagę przy rozstrzyganiu o omawianych zarzutach odwołania, jako że nie stanowi potwierdzenia prawidłowości skonstruowania mechanizmów naliczania kar umownych.

Izba nie dopatrzyła się również niejednoznaczności w postanowieniach dotyczących kar umownych objętych zarzutem nr 3a. Przytoczone przez Odwołującego zastrzeżenie

wyłączające spod odpowiedzialności wykonawcy określone sytuacje (nieprzewidziane zdarzenia losowe zaistniałe z przyczyn niezależnych od wykonawcy), przy jednoczesnym ustanowieniu zasady odpowiedzialności za opóźnienie, należy tłumaczyć w ten sposób, że Zamawiający wyłączył spod odpowiedzialności wykonawcy niektóre z przypadków opóźnienia. Modyfikacja taka jest w świetle dyspozytywnego charakteru przepisów K.c. o karach umownych dopuszczalna, natomiast Odwołujący nie przedstawił wystarczających powodów uzasadniających postulowaną w odwołaniu zmianę.

Skład orzekający nie stwierdził również przypadków dwukrotnego obciążania karami umownymi za to samo naruszenie obowiązków kontraktowych. Jakkolwiek nie sposób nie zgodzić się z Odwołującym, że kwestionowane przypadki umożliwiające ukaranie wykonawcy są postaciami (przejawami) nienależytego wykonywania umowy, tym niemniej nie ma między nimi tożsamości (identyczności). Przykładowo, w odniesieniu do kary umownej
z § 7 ust. 1 pkt 2 projektu umowy, jej zastosowanie możliwe jest dopiero w przypadku nieusunięcia karalnego uchybienia opisanego w pkt 1 (analogicznie jest w przypadku

postanowień § 7 ust. 1 pkt 4 i 5 projektu umowy). Dodatkowe sankcje przewidziane w § 7 ust. 1 pkt 2 i 5 projektu umowy, stosowane z częstotliwością wynikającą z §7 ust. 1 pkt 3 i 6 projektu umowy, jakkolwiek surowe, podyktowane są nagannością zachowania wykonawcy, który nie tylko nienależycie wykonuje umowę i zostaje za to ukarany, ale również nie usuwa skutków swoich uchybień.

II.1.6. Zarzut 5

Clou zarzutu sprowadzało się do użycia we wzorze umowy niefortunnego określenia „negocjacje". Nie może ulegać wątpliwości, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w przepisie art. 142 ust. 5 Pzp takiego charakteru nie ma, tym niemniej trzeba pamiętać, że warunkiem zmiany wynagrodzenia jest stwierdzenie, że wzrost płacy minimalnej lub określonych obciążeń publicznoprawnych muszą mieć wpływ na koszty wykonania zamówienia (art. 142 ust. 5 *in fine* Pzp). W ramach tej przesłanki zamawiający uprawniony jest do zweryfikowania twierdzeń wykonawcy występującego doń o waloryzację wynagrodzenia. W konsekwencji Izba uznała, że pod pojęciem negocjacji kryje się właśnie ustalanie okoliczności objętych wzmiankowaną przesłanką, co znajduje potwierdzenie w dowodach O2 i Z3, obrazujących przebieg procedury waloryzacji wynagrodzenia.

II.2. Sygn. akt KIO 1147/17

II.2.1. c [okres realizacji zamówienia]

Izba pozytywnie oceniła dokonaną przez Zamawiającego zmianę § 2 wzoru umowy uznając, że poczytywać ją należy za rezygnację z kwestionowanego w odwołaniu uprawnienia. Czym innym jest możliwość przedłużania określonych w umowie okresów (letniego i zimowego), a czym innym zlecanie przeprowadzenia pojedynczych akcji.

Skład orzekający podkreśla również, że Odwołujący nie przedstawił żadnej alternatywy dla żądania wykreślenia wspomnianego uprawnienia z postanowień projektu umowy, a pozbawianie go Zamawiającego rodziłoby wątpliwość co do osiągnięcia w drodze udzielnego zamówienia celu w postaci zapewnienia lokalnej społeczności możliwości sprawnego i bezpiecznego przemieszczania się.

W konsekwencji dowody O1, O13 i O14 Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie.

II.2.2. d, e [przerwa w przekazie GPS]

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego żadnego z powołanych w *petitum* odwołania przepisów Pzp i K.c. W szczególności, w odniesieniu do art. 353^1 K.c., skład orzekający sygnalizuje jedynie (kwestia ta bowiem została już gruntownie omówiona

w doktrynie i orzecznictwie z dziedziny zamówień publicznych), że wyrażona w nim zasada swobody kontraktowania doznaje na gruncie umowy w sprawie zamówienia publicznego ograniczeń powodujących rzeczywiste uprzywilejowanie zamawiającego, wyrażające się m.in. możliwością ułożenia stosunku obligacyjnego ze szczególnym uwzględnieniem własnych potrzeb.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał również nieważności zaskarżonego wymogu SIWZ na podstawie przepisu art. 58 K.c. Uzasadnienie tej kwestii ograniczone

została do przytoczenia wyroku, który – co istotne – dotyczył sytuacji zgoła odmiennej od rozpatrywanej, a mianowicie obciążenia dłużnika odpowiedzialnością absolutną, tj. nawet za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. *Ad casum* sytuacja taka nie zachodzi – nic takiego nie wynika bowiem z zakwestionowanych postanowień § 7 ust. 11 i 12 projektu umowy.

W odniesieniu do dowodu O15 skład orzekający podkreśla, że nie kwestionuje okoliczności, iż dostawcą sygnału GPS jest podmiot zewnętrzny w stosunku do Zamawiającego i wykonawców, tym niemniej uznaje, że postanowienia § 7 ust. 1 pkt 11 i 12 wzoru umowy (w brzmieniu nadanym zmianą postanowień SIWZ z 14 czerwca 2017 r.) przewidują sankcje nie tyle za przerwę w dostawie sygnału, ile za nieuzupełnienie danych, których brak jest następstwem wspomnianej przerwy. Odwołujący nie wykazał, że w takiej sytuacji nie ma technicznej możliwości uzupełnienia brakujących danych.

II.2.3. i [BETA i BETA-S]

Izba, w nawiązaniu do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Pzp, stwierdza, że brak jest podstaw do wnioskowania o niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, wobec czego przywołanie w podstawie prawnej zarzutu wspomnianego przepisu było nieuzasadnione.

Co zaś dotyczy utrudniania przez kwestionowany wymóg uczciwej konkurencji skład orzekający podkreśla, że oczekiwania Zamawiającego są jednakowe względem wszystkich wykonawców. Poza tym Odwołujący nie wykazał, aby mobilizacja ludzi i sprzętu celem przeprowadzenia ww. akcji nie mogła odbywać się w ramach czasowych przyjętych przez Zamawiającego.

II.2.4. j [posypywanie w ramach akcji ALFA, GAMMA, INTERWENCJA]

Oddalając przedmiotowy zarzut Izba dała wiarę argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą dokonana 14 czerwca 2017 r. modyfikacja kwestionowanego wymogu usuwa wątpliwości co do zakresu obowiązków wykonawców związanych z posypywaniem nawierzchni w ramach zlecanych akcji.

II.2.5. m, n [sprzątanie]

Skład orzekający nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 Pzp. Trzeba mieć na względzie, że bezspornie Zamawiający udostępnił wykonawcom wykaz tras umożliwiając im tym samym zapoznanie się ze szczegółowymi warunkami świadczenia usługi.

Nie bez znaczenia dla oddalenia zarzutu odwołania była również treść żądania Odwołującego. Izba wyjaśnia, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych w odwołaniu żądań odnośnie nowego brzmienia kwestionowanych postanowień SIWZ. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (zob. art. 192 ust. 7 Pzp), nie będąc jednocześnie związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej niż wnosił odwołujący lub nakazać zamawiającemu wykonanie/powtórzenie czynności nieobjętej w ogóle żądaniem odwołania. Sytuacje takie występują jednakże na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy, *etc.).* Natomiast w przypadku treści postanowień SIWZ dalsza ich kreacja, poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń, gdyż inaczej prowadziłoby to do sytuacji, że odwołanie byłoby tylko sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które następnie byłyby dopracowywane, czy konkretyzowane na rozprawie.

W powyższym kontekście skład orzekający zwrócił uwagę, że Odwołujący oczekiwał zasadniczo usunięcia kwestionowanych postanowień SIWZ (odwołanie, str. 10), co – jak trafnie argumentował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – niweczyłoby uzyskany już ogólny stan sanitarno-porządkowy.

II.2.6. p [czujniki]

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. W tym zakresie aktualne pozostają uwagi zawarte w pkt II.2.3 niniejszego uzasadnienia.

W konsekwencji przedstawione na poparcie tego zarzutu dowody (O7, O10-O12, O19) pozbawione były znaczenia dla oceny przedmiotowego zarzutu odwołania.

Z powyższych przyczyn za nieprzydatny uznano również dowód Z4.

II.2.7 q, r [raporty]

Także w zakresie tego zarzutu aktualne pozostają uwagi z pkt II.2.3 niniejszego uzasadnienia.

134

W kwestii dowodu Z1 skład orzekający uznał, że jakkolwiek nie potwierdza on zasadności wprowadzenia obowiązku raportowania w kształcie wynikającym z postanowień SIWZ, wskazując na potrzebę rozważenia zautomatyzowania analizy raportowanych danych, to jednak nie sposób nie zauważyć, że wprowadzenie tego wymogu wydaje się racjonalne ze względu na zapewnianie Zamawiającemu dodatkowej możliwości nadzorowania wykonywania umowy. Ponadto, twierdzenia Odwołującego o obciążaniu wykonawców dodatkowymi kosztami związanymi z realizacją obowiązku raportowania nie zostały udowodnione.

II.2.7. s [ALFA-0 i GAMMA-0 – środki **chemiczne]**

Skład orzekający uznał, że Odwołujący nie wykazał, aby przewidziane przez Zamawiającego sposoby przechowywania i zabezpieczania środków chemicznych nie gwarantowały ich przydatności do użycia po upływie wskazanego w odwołaniu okresu 4 godzin.

W pozostałym zakresie Izba odsyła do argumentacji zawartej w pkt II.2.3 niniejszego uzasadnienia.

II.2.8. t [kryterium oceny ofert – aspekt społeczny]

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu Izba zgadza się z Zamawiającym, że określenie liczby pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, zatrudnionych na umowę o pracę, leży w kompetencji wykonawcy, jako okoliczność związana z przygotowaniem oferty. Żaden przepis nie zobowiązuje bowiem Zamawiającego do określania tej kwestii w postanowieniach SIWZ.

II.2.9. u [termin składania ofert]

Argumentacja Odwołującego wskazuje, że upatruje on związku pomiędzy terminem składania ofert a tokiem postępowania odwoławczego twierdząc, że w zależności od jego przebiegu czas na przygotowanie i złożenie oferty może być zbyt krótki. Umknęło Odwołującemu, że Zamawiający na bieżąco reagował na tą kwestię, przedłużając, jak dotąd, termin składania ofert aż trzykrotnie – po otrzymaniu odwołań, uzyskaniu informacji o terminie ogłoszenia orzeczenia, jak i po jego ogłoszeniu. Brak jest zatem podstaw do formułowania wniosków, że wobec konsekwentnie przedłużanego przez Zamawiającego terminu składania ofert miałby on być niewystarczający do przygotowania oferty.

II.3. Sygn. akt KIO 1151/17

135

II.3.1. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353^1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp – ustalenie zbyt krótkich czasów dojazdu na miejsce rozpoczęcia akcji

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał sprzeczności ww. wymogu Zamawiającego z przywołanymi przepisami prawa. Zaakcentowania wymaga, że przewidziane przez zamawiającego warunki realizacji zamówienia nie muszą być w równym stopniu dogodne dla każdego potencjalnie zainteresowanego uzyskaniem zamówienia wykonawcy. Okoliczność, że wymagania zamawiającego są wysokie nie uzasadnia jeszcze wniosku o naruszeniu zasad towarzyszących sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia. Trzeba mieć również na względzie, że wykonawcy przysługuje wyłączne uprawnienie określenia za jaką cenę jest skłonny zrealizować dane zamówienie.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący – kwestionując wymagania Zamawiającego – powołał się m.in. na okoliczność, że zaskarżony wymóg nie był dotąd wprowadzany do SIWZ (dowody O4). Nie jest to jednak argument przesądzający o konieczności przywrócenia wcześniej obowiązujących warunków, nie sposób bowiem twierdzić, że zamawiający, wszczynając kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot

stanowi niejako kontynuację uprzednio zrealizowanych na jego rzecz usług, zobligowany jest do identycznego, jak poprzednio, ukształtowania warunków realizacji świadczeń wynikających z umowy. Trzeba mieć jednak na względzie, że Zamawiający w sposób wiarygodny wyjaśnił przyczyny postawienia przedmiotowego wymagania, wskazując na potrzebę zmobilizowania wykonawców do jak najszybszego rozpoczęcia działań w ramach zleconych akcji. Okoliczność, że ich efektem ma być osiągnięcie określonego rezultatu (standardu) nie stanowi, w ocenie składu orzekającego, przeszkody w stawianiu wymogów typowych dla umowy starannego działania i określaniu mierników owej staranności.

Izba nie znalazła również argumentów przemawiających za twierdzeniem, że wymogi związane z dojazdem na miejsce akcji w określonym czasie wymuszają na wykonawcach składanie ofert na te części zamówienia, której obejmują rejony będące w niedalekiej odległości od posiadanych przez nich baz, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawił dowody O5. Nie kwestionując zawartych w nich danych trzeba powiedzieć, że ukształtowane przez Zamawiającego zasady nie tyle czynią niemożliwym ubieganie się o udzielenie zamówienia w części obejmującej rejon odległy od bazy wykonawcy, ile zwiększają w takim przypadku ryzyko kontraktowe. Wykonawca nadal ma swobodę w wyborze części zamówienia, o których udzielenie będzie się ubiegał, z zastrzeżeniem że w opisanym powyżej przypadku prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia i odpowiedzialności z tytułu kar umownych może być wyższe. Okoliczności te, stanowiące

klasyczny przykład ryzyk kontraktowych, powinny być uwzględnione na etapie przygotowania oferty, nie zaś przygotowania SIWZ.

II.3.2. Zarzut naruszenia art. 353 1 , art. 487 § 2 K.c., art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp – kara umowna za przekroczenie czasu dojazdu na miejsce rozpoczęcia akcji

Na wstępie wyjaśnienia wymaga, że w wyniku dokonanej 14 czerwca 2017 r. zmiany postanowień SIWZ Zamawiający zaostrzył zasady odpowiedzialności za opóźnienia w dojeździe jednostek sprzętowych na miejsce prowadzenia akcji przewidując, że łączna kara z tego tytułu nie może przekroczyć 600 zł w odniesieniu do jednej jednostki sprzętowej zaangażowanej w prowadzenie akcji, nie zaś w odniesieniu do jednej zleconej akcji. Powyższa modyfikacja – niezależnie od przyczyn jej wprowadzenia – nie miała jednak wpływu na ocenę zarzutu odwołania, jako że Odwołujący generalnie kwestionował możliwość naliczania kary umownej w sytuacji przekroczenia czasu dojazdu na miejsce wykonania zleconej akcji.

W związku z powyższym, mając jednocześnie na względzie zapatrywania wyrażone w pkt II.3.1 uzasadnienia, skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał bezzasadności obciążania wykonawców karą umowną za naruszenie wzmiankowanego powyżej obowiązku. Izba zgadza się z Zamawiającym, że przewidziana w § 7 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy, zapobiegać ma przypadkom świadczenia usług na rzecz innych podmiotów, w czasie w którym wykonawca powinien realizować umowę zawartą z Zamawiającym.

II.4. Sygn. akt KIO 1157/17

Analiza treści odwołania doprowadziła skład orzekający do stwierdzenia, że sposób sformułowania zawartych w nim zarzutów oraz towarzyszącego im uzasadnienia nie pozwala na ich uwzględnienie.

Podkreślenia wymaga, że – jak to zostało przesądzone zarówno w orzecznictwie Izby, jak i sądów okręgowych – mianem zarzutu określa się substrat okoliczności faktycznych i prawnych, w granicach którego orzeka Izba (art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 7 Pzp). Zarzut odwołania winien zatem składać się zarówno ze wskazania kwestionowanego działania/zaniechania zamawiającego (podstawa faktyczna zarzutu), jak również przytoczenia przepisów prawa, które w wyniku wspomnianych działań/zaniechań zostały naruszone (podstawa prawna zarzutu). Co więcej, każdy z tak skonstruowanych zarzutów musi zostać przez odwołującego należycie umotywowany. W praktyce sprowadza się to do wyjaśnienia dlaczego, zdaniem odwołującego, zaskarżone działania/zaniechania zamawiającego stanowią naruszenie wskazanych w podstawie prawnej zarzutu przepisów prawa. W opinii Izby tylko takie zarzuty nadają się do rozstrzygnięcia w toku postępowania

odwoławczego, przy czym obowiązek prawidłowego ich sformułowania i uzasadnienia spoczywa wyłącznie na podmiocie korzystającym ze środka ochrony prawnej. Nie jest bowiem rolą Izby poszukiwanie za odwołującego się wykonawcę przyczyn, dla których kwestionowane odwołaniem działania/zaniechania zamawiającego należałoby uznać za sprzeczne ze wskazanymi w odwołaniu przepisami prawa.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający uznał, że zarzuty omawianego odwołania nie spełniają opisanych warunków, a treść odwołania stanowi wyraz nie tyle dążenia do usunięcia stwierdzonych przez Odwołującego uchybień, ile do wynegocjowania korzystniejszych dla niego warunków realizacji zamówienia, czego nie sposób uznać za jeden z celów, którym służyć ma postępowanie odwoławcze.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że uzasadnienie obszernych żądań odwołania (str. 6 i nast.) w żadnym punkcie nie referuje do wymienionych w pkt II *petitum* odwołania przepisów Pzp i K.c., których naruszenie Zamawiającemu zarzucono. Trudno jest zatem, przykładowo, zidentyfikować sytuacje opisane w uzasadnieniu żądań nr 1-3, czy 9 i 12 z naruszeniem przez Zamawiającego któregokolwiek z przywołanych w pkt II odwołania przepisów, skoro Odwołujący zastąpił ten element uzasadnienia zarzutów odwołania wywodami o tym jak zaskarżone postanowienia SIWZ niekorzystnie wpływają na sytuację wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Trzeba mieć bowiem na względzie, że z samego tylko faktu, że warunki realizacji zamówienia (co istotne – identyczne dla wszystkich zainteresowanych jego uzyskaniem) mogłyby zostać określone w sposób mniej restrykcyjny nie świadczy jeszcze o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów prawa, uzasadniającym ingerencję Izby w tą materię.

Po drugie – nie mogło zasługiwać na aprobatę konstruowanie uzasadnienia zarzutów odwołania wyłącznie w oparciu o cytowanie poglądów wyrażonych w judykaturze (uzasadnienie żądań nr 6-7 i 13-18), czy o ogólnikowe twierdzenia o nieuzasadnionym nadmiernym obciążaniu wykonawcy ryzykami kontraktowymi, bądź o braku ekwiwalentności uprawnień stron przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (zob. przykładowo uzasadnienie żądań nr 4, 5, czy 25).

Izba, nawiązując do przywołanego w pkt II *petitum* odwołania przepisu art. 353^1 K.c., wyjaśnia, że stwierdzone przez Odwołującego okoliczności stanowią swoiste cechy stosunków obligacyjnych nawiązywanych w sferze zamówień publicznych. Wynikają one z obowiązujących w tej materii ograniczeń zasady swobody kontraktowania i równości podmiotów kontraktujących na rzecz rzeczywistego uprzywilejowania zamawiających, jako wyłącznie uprawnionych do określania warunków przyszłej umowy. Problematyka ta doczekała się obszernego i gruntownego omówienia zarówno w doktrynie prawa zamówień

publicznych, jak również w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wobec czego, w ocenie składu orzekającego, właściwym jest jedynie zasygnalizowanie Odwołującemu tej kwestii.

Odrębnego omówienia wymaga zasadność przywołania w podstawie prawnej zarzutów odwołania art. 7 ust. 3 Pzp i art. 5 K.c. Abstrahując od braku możliwości postawienia samodzielnego zarzutu wywiedzionego z przywołanego przepisu Pzp (jego naruszenie jest bowiem zawsze konsekwencją sprzeczności działań/zaniechań Zamawiającego z przepisami regulującymi szczegółowo kwestie związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), oczywistym musi być, że na obecnym etapie Postępowania, na którym nie doszło nawet do złożenia ofert, Zamawiający nie mógł naruszyć wynikającej z niego normy prawnej.

Co zaś dotyczy art. 5 K.c. godnym odnotowania jest, że przepis ów może być stosowany wyjątkowo tylko w takich sytuacjach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawnych prowadziłoby do skutku nieaprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w nim zasadę współżycia społecznego. Nie sposób uznać za wystarczające li tylko odwołanie się do pojęcia zasad współżycia społecznego, lecz należy wskazać jaka przyjęta w społeczeństwie zasada została przez zamawiającego naruszona. Z kolei w przypadku społeczno-gospodarczego przeznaczenia danego prawa obowiązkiem odwołującego jest wykazanie, że wykonywane prawo podmiotowe sprzeciwia się temu przeznaczeniu. Co równie istotne, zastosowanie art. 5 K.c. nie obejmuje, zdaniem Izby, sytuacji, w których interes strony podlega ochronie za pomocą innych środków prawnych, jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie. Domaganie się oceny w ramach

klauzuli generalnej jest uprawnione, jeśli ochrony nie można poszukiwać na gruncie innych przepisów prawa. Tymczasem stosunki obligacyjne podlegają szerokiej regulacji w przepisach K.c. i to na ich gruncie należy poszukiwać ochrony, a nie w oparciu o instytucję absolutnie wyjątkową, która winna być wykorzystywana tam, gdzie ta ochrona nie została przewidziana.

Suma powyższych okoliczności doprowadziła Izbę do przekonania, że Odwołujący upatrywał w postępowaniu odwoławczym możliwości wynegocjowania korzystniejszych dla siebie postanowień SIWZ, a wniesione odwołanie sprowadził do nieuzasadnionej polemiki z oczekiwaniami Zamawiającego i stawianymi przez niego wymaganiami. Działanie takie, jak wspomniano, nie zasługuje na aprobatę, Izba nie jest bowiem organem, którego rolą byłoby niejako mediowanie w sporze o kształt SIWZ. W tych okolicznościach Izba uznała złożone przez Odwołującego dowody za irrelewantne dla rozstrzygnięcia o zasadności odwołania.

139

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 3 sentencji wyroku.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 5 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz – w zakresie odwołań uwzględnionych – w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.). Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1157/17 stanowiły przepisy art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

140