

WYROK

z dnia 21 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 października 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach:

1. 6 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4
2. 9 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu, ul. Smolenia 35

orzeka:

IA. w zakresie odwołania sygn. akt KIO 2360/21 uwzględnia zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy i nakazuje zamawiającemu doprowadzenie postanowień rozdziału IV pkt. 7 i 9 oraz w par. 4 pkt 4 i 5 do zgodności z przepisami art. 454 ustawy, w tym w szczególności art. 454 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy oraz określenie minimalnej wielkości świadczenia stron, oddala zarzut w pozostałym zakresie, oraz oddala zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy przez zaniechanie określenia przedmiotu zamówienia przez wskazanie dopuszczalnego tonażu, umarza postępowanie w pozostałym zakresie,

IB. w zakresie odwołania sygn. akt KIO 2374/21 uwzględnia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353(1) kc oraz w zw. z art. 5 kc na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez ustalenie kar na rażąco wysokim poziomie w zakresie kary umownej określonej w par. 14 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy i nakazuje zamawiającemu określenie kary umownej z uwzględnieniem okoliczności, które stanowią podstawę naliczenia kary, w pozostałym zakresie umarza postępowanie,

1. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Gminę Bytom - Miejski Zarząd

Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu, ul. Smolenia 35 i:

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4 i wykonawcę ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2 tytułem wpisów odwołań,

1.2. zasądza od zamawiającego - Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mo-

stów z siedzibą w Bytomiu, ul. Smolenia 35 na rzecz wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4 kwotę 4 250zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,

1.3. zasądza od zamawiającego - Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu, ul. Smolenia 35 na rzecz wykonawcy ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2 kwoty 18 600zł. 00 (słownie osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2360/21

KIO 2374/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwację zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30 kwietnia 2025 r. zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 146-387473 w dniu 30 lipca 2021 r.

Sygn. akt KIO 2360/21

W dniu 6 sierpnia 2021 r. wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 sierpnia 2021 r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji polegających na wadliwym dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, tj.

1. niezgodnym z przepisami ustawy określeniu dopuszczalnych zmian zakresu zamówienia (zwiększających bądź zmniejszających zakres pracy) w trakcie jego realizacji wyłącznie jednostronną decyzją zamawiającego, bez żadnej gwarancji dla wykonawcy minimalnego zakresu zamówienia, który zostanie zrealizowany, pomimo wymagania, aby wykonawca pozostawał w ciągłej gotowości do realizacji zlecenia,

2. niezgodnym z przepisami ustawy opisaniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. konieczności dysponowaniem narzędziem polewaczki - w sposób wadliwy, który z prawnego i technicznego punktu widzenia nie może być w ogóle wykonany przez któregośkolwiek z wykonawców, gdyż sprzęt o parametrach podanych przez zamawiającego nie istnieje na rynku, jak również przez nieuzasadnione ograniczenie wymagań co do zamiatarki przez dopuszczenie wyłącznie zamiatarek ssących, podczas gdy na rynku istnieją również dobre i spełniające cel niniejszego postępowania zamiatarki elewatorowe, jak również brakiem podania tonażu - dopuszczalnej masy całkowitej dla innych wymaganych pojazdów pomimo prawnych ograniczeń w poruszaniu się ciężkich pojazdów w rejonie świadczenia usług,

3. niezgodnym z przepisami ustawy opisaniem warunków w zakresie bazy sprzętowo-

materiałowej - w sytuacji, w której wymagania te zostały określone w sposób bardzo ogólny, co może powodować daleko idące możliwości interpretacyjne,

4. niezgodnym z przepisami ustawy uregulowaniem w zakresie określenia minimalnej wartości wskaźnika GUS na poziomie 7%, po osiągnięciu którego możliwa będzie waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na wzrost cen materiałów, co realnie w ogóle uniemożliwia wykonawcy skorzystanie z możliwości waloryzacji wynagrodzenia i przerzuca na wykonawcę całość ryzyka związanego ze zmianą sytuacji na rynku,

5. niezgodnym z przepisami ustawy opisanie warunków aukcji elektronicznej, w sposób który uniemożliwia wykonawcy weryfikację warunków w jakich przeprowadzona będzie aukcja,

6. niezgodnym z przepisami ustaleniu stawki podatku VAT na poziomie preferencyjnej stawki 8%, zamiast stawki podstawowej 23%.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 ust. 1 ustawy - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowaniem uczciwej konkurencji,

- art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy - przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w tym nieuwzględnienie wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów przez wykonawcę, w sytuacji w której wykonawca nie ma pewności czy w ogóle w ramach realizacji niniejszej umowy wykona jakiegokolwiek zakres prac, który pokryje chociażby koszty stałe wykonawcy związane z koniecznością utrzymania stałej gotowości do realizacji zlecenia, z uwagi na to, że zamawiający przyznał sobie jednostronną możliwość do zwiększenia bądź zmniejszenia zakresu prac, bez zagwarantowania chociażby minimalnego zakresu prac, które wykona wykonawca, jak również bez dookreślenia w jaki sposób wykonawca na skalkulować ofertę w zakresie „gotowości” do podjęcia zlecenia, jak również przez niewłaściwe wskazanie stawki podatku VAT w treści dokumentacji postępowania,

- art. 433 pkt 4 ustawy - przez uregulowanie, że zamawiającemu przysługuje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

- art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy - przez wadliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie konieczności dysponowania narzędziem polewaczki w sposób, który z prawnego i technicznego punktu widzenia nie może być w ogóle wykonany przez któregokolwiek z wykonawców, gdyż opisany przez zamawiającego sprzęt nie istnieje na rynku, jak również przez nieuzasadnione ograniczenie wymagań co do zamiatarki przez dopuszczenie wyłącznie zamiatarek ssących, podczas gdy na rynku istnieją równie dobre i spełniające cel niniejszego postępowania zamiatarki elewatorowe, a także zaniechaniem doprecyzowania wymagań co do ciężkości dla innych wymaganych pojazdów,

- art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy - przez wadliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie bazy sprzętowo-materiałowej przez brak wprowadzenia do SIWZ obiektywnych, wymiernych definicji w zakresie wymagań co do bazy ze wskazaniem elementów odnoszących się do wymogów bazy sprzętowo-materiałowej, a także przez brak ustalenia jakie mają być zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu,

- art. 439 ustawy ust. 1 i ust. 2 ustawy - przez wprowadzenie do klauzuli z art. 439 ustawy postanowień uzależniających zmianę wynagrodzenia od wystąpienia znacząco dużej zmiany cen, co całkowicie wypaczyło sens i cel tego przepisu, doprowadzając do sytuacji, w której wykonawca realnie pozbawiony zostanie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji nawet znacznego wzrostu materiałów,

- art. 229 oraz art. 230 ustawy - przez opisanie regulacji dotyczących aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z przepisami ustawy, w zakresie w którym zamawiający nie tylko nie określił żadnych zasad oceny postąpień, ale i wprost wskazał, że prowadzi aukcję w celu uzyskania nowych, obniżonych cen w zakresie niektórych elementów ofert, nie zaś w zakresie wszystkich pozycji kosztorysowych, jak również w zakresie, w którym zamawiający nie określił minimalnych wartości postąpień, które wymagane będą podczas licytacji.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ przez:

a) określenie minimalnej wartości zamówienia, która na pewno zostanie zlecona wykonawcy, tj. za którą przy spełnieniu wszelkich warunków wynikających z zawartej umowy,

Wykonawca otrzyma wynagrodzenie w ramach realizacji niniejszego zamówienia, jak również określenie maksymalnej wartości zamówienia w ramach której może dojść do zwiększenia zakresu prac wykonawcy, jak również nakazanie zamawiającemu by dookreślił przedmiot zamówienia (gotowość) w zakresie ilości, zakresu i rodzaju, odpowiednio do obowiązków, do których wykonania zobowiązał wykonawcę i określił że ma to zostać wliczone w cenę w odniesieniu do poszczególnych, konkretnych pozycji, gdzie ta gotowość jest wymagana,

b) wprowadzenie dopuszczalnej masy całkowitej polewaczki na 4500 kg i określenie pojemności zbiornika na 2 m³ oraz dopuszczenie obok zmiatarek ssących również zmiatarek elewatorowych,

c) wprowadzenie do SWZ obiektywnych, wymiernych definicji w zakresie wymagań co do bazy ze wskazaniem elementów odnoszących się do wymogów bazy sprzętowo-

materiałowej, a także przez ustalenie jakie mają być zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz wprowadzenie do SWZ wymogu posiadania decyzji na zbieranie odpadów w bazie sprzętowo-materiałowej,

d) usunięcie z § 21 wzoru umowy wymagania, że poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia musi wynieść co najmniej 7% w danym roku oraz dookreślenie wskaźników które odnosiłyby się do elementów

kosztotwórczych związanych z realizacją umowy w sposób konkurencyjny, tj. nie na nadmiernie wygórowanym poziomie, w praktyce uniemożliwiającym wykonawcom skorzystanie z możliwości waloryzacji wynagrodzenia,

e) usunięcie z treści SWZ zapisów dotyczących aukcji elektronicznej - ewentualnie o modyfikację tych zapisów, w sposób który doprowadzi do ich zgodności z treścią ustawy,

f) wprowadzenie prawidłowej stawki podatku VAT, która w ocenie odwołującego wynosi 23% dla wszystkich pozycji objętych zamówieniem z uwagi na ich kompleksowy charakter;

3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest jednym z wykonawców, który chce złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, skutecznie to uniemożliwia, narażając odwołującego na wymierną szkodę polegającą na utracie szans biznesowych w postaci pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Tym samym należy uznać, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów i tym samym posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy to odwołujący mógłby złożyć ofertę i ubiegać się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji uzyskać zamówienie będące przedmiotem postępowania.

Zgodnie z rozdziałem IV pkt. 7-9 SWZ:

- „Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenia bądź wyłączenia powierzchni objętych utrzymaniem) i ilości prac (zmiana obmiaru i/lub krotności) m.in. w przypadku sprzedaży, dzierżawy, użyczenia, zamiany, uwłaszczenia lub zmiany zarządcy, rozpoczęcia lub zakończenia robót budowlanych, przekazania w utrzymanie innej jednostce lub innemu podmiotowi, niż zamawiający”,

- „Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i krotności oczyszczania poszczególnych terenów”,

- „podane w SWZ i załącznikach do SWZ ilości i krotności poszczególnych prac są orientacyjne (szacunkowe), wyliczone na podstawie dotychczasowych doświadczeń zamawiającego i mają służyć jedynie do kalkulacji ceny ofertowej. Faktyczne ilości i krotności wykonywanych prac mogą różnić się od ilości zakładanych (szacowanych) w zależności od panujących warunków pogodowych w okresie wykonywania zamówienia”.

W § 4 wzoru umowy zaś, zamawiający wskazał, że:

- „Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg. Powyższe zmiany następować będą na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody

drugiej strony”,

- „Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włącznie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac). Powyższe zmiany następować będą na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony”. Dodatkowo, zamawiający wskazał wymagania związane z realizacją zamówienia w ten sposób, że:

- „sprzęt wykazany w ofercie wykonawcy - Wymagany sprzęt - wykaz w wymaganej jakości i ilości, nie może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych zamawiających lub dla usług świadczonych na innych kontraktach w momencie w którym powinien być wykorzystywany u zamawiającego. W przypadku kiedy sprzęt ten nie musi „pracować” u zamawiającego może być wykorzystywany do usług świadczonych u innych zamawiających lub na innych kontraktach”,

- „wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie za faktycznie wykonany zakres prac. Wynagrodzenie wykonawcy będzie stanowiło iloczyn zaoferowanych cen jednostkowych i ilości (obmiaru) oraz krotności wykonanych prac”,

- „Wykonawca jest zobowiązany do utrzymania w gotowości technicznej odpowiedniej ilości sprzętu niezbędnego do terminowego, zgodnego ze standardem i zakresem wykonywanych prac”.

Z powyższego wynika, że zamawiający wymaga od wykonawcy ciągłej gotowości do realizacji zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy (tj. zapewnienia gotowości sprzętu, który nie może zostać skierowany do realizacji innego zamówienia czy zatrudnienia personelu w odpowiedniej ilości), a jednocześnie nie gwarantuje wykonawcy żadnego zakresu prac, który realnie wykonawca wykona w ramach niniejszego zamówienia. Zamawiający wprost wskazuje, że ma prawo samodzielnie i jednostronnie (wyłącznie informując wykonawcę i nie potrzebując jego zgody) zmniejszyć zakres pracy. Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia, tak aby wszyscy wykonawcy byli w stanie zidentyfikować zakres świadczenia i jego wyceny, powyższe zapisy specyfikacji prowadzą do sytuacji, w której wykonawca nie jest w stanie rzetelnie określić ryzyka związanych z wykonaniem zamówienia i ocenić czy w ogóle chce ubiegać się o udzielenie zamówienia, skoro opłacalność realizacji umowy i jej zakres zależą wyłącznie od decyzji zamawiającego - podejmowanych już po udzieleniu zamówienia, tj. na etapie realizacji umowy.

Zakres niniejszego postępowania został opisany przez zamawiającego bardzo szczegółowo

- zamawiający wymaga konkretnego czasu reakcji, zapewnienia gotowości sprzętu, płynnej realizacji zamówienia - a jednocześnie wykonawca nie wie czy realnie dojdzie czy nie dojdzie do świadczenia prac na poziomie wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia i czy zapewnienie tego standardu usługi przyniesie jakiegokolwiek zysk dla wykonawcy.

Szczególnie, że zgodnie z §7 ust. 3 umowy „Wykonawcy nie przysługuje względem zamawiającego żadne roszczenie w przypadku, gdy łączna wartość wynagrodzenia wynikająca z

realizacji przedmiotu umowy będzie niższa niż określono w ust. 1”, zaś z ust. 4 wynika, że „Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w przypadku niewykonania szacowanego zakresu prac określonego ofercie”.

Co prawda, wykonawca zgodnie z treścią SWZ powinien skalkulować wszelkie koszty (w tym ryzyka) w oferowanych cenach - jednakże wypłata cen obliczonych na podstawie cen jednostkowych zależy od wykonanych prac - które na żadnym, nawet minimalnym poziomie nie są dla wykonawcy pewne, ponieważ zależą od swobodnej decyzji zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca w praktyce nie wie w jaki sposób ma skalkulować dane ceny jednostkowe, ponieważ nie wie na jakie rodzaje prac i jaką liczbę jednostek powinien rozłożyć stałe koszty wynikające chociażby z konieczności zapewnienia gotowości do realizacji prac.

Tym samym, wykonawca w niniejszej sprawie nie posiada żadnej gwarancji, że otrzyma w toku realizacji niniejszej umowy jakiegokolwiek wynagrodzenie - a jeśli tak to w jakiej wysokości - mimo że ponosić będzie stałe koszty związane z utrzymaniem bieżącej gotowości do realizacji zamówienia na warunkach opisanych w SWZ.

Podsumowując powyższe - zamawiający winien w treści specyfikacji określić chociażby minimalny, gwarantowany zakres usług, który zostanie zlecony wykonawcy. Brak powyższego uregulowania godzi bezpośrednio w uregulowanie art. 433 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W niniejszej sprawie zamawiający takie niedozwolone uregulowania za-

wał wprost zarówno w treści specyfikacji, jak i w treści wzoru umowy (fragmenty przywołane wyżej w uzasadnieniu niniejszego odwołania).

Odwolujący podniósł, że w treści umowy zamawiający wskazuje, że również zwiększenie zakresu prac (włączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac) następować będzie na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony. W świetle ustawy zwiększenie zakresu przedmiotu zamówienia możliwe jest przez instytucję prawa opcji (art. 441 ustawy) lub za zgodą obu stron (art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy). Obie instytucje dla skuteczności takich postanowień wymagają, aby określono co najmniej rodzaj i maksymalną wielkość opcji czy rodzaj i zakres zmiany umowy. Postanowienia umowy nie opowiadają jednakże tym wymaganiom - co powoduje, że zamawiający nie tylko nie gwarantuje minimalnego zakresu realizacji umowy, ale i może dowolnie zwiększać zakres prac w drodze jego jednostronnej decyzji.

Jeśli zamawiający przewiduje możliwość jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia winien określić minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron umowy. W ten sposób zamawiający zapewnia realizację zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto, takie działanie stanowi wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy i umożliwia wykonawcom prawidłowe sporządzenie ofert.

„Niedopuszczalną praktyką jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia” (KIO/UZP 22/07). Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”.

Ze względu na powyższe, modyfikacja SWZ w tym zakresie jest konieczna i uzasadniona. Odwołujący wniósł o określenie przez zamawiającego minimalnej wartości zamówienia, która na pewno zostanie zlecona wykonawcy, tj. za którą przy spełnieniu wszelkich warunków wynikających z zawartej umowy, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w ramach realizacji niniejszego zamówienia.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że zamawiający nie wskazał w jaki sposób ma być obliczona cena oferty. Jeżeli mówimy o „gotowości” to konieczne byłoby ustalenie ilości osób, które mają pozostać w gotowości, bo z tym związane są ich wynagrodzenia, rodzaju gotowości (bierna, czynna, w domu, czy na stanowisku pracy - Kodeks pracy rozróżnia te gotowości), a także rodzaju sprzętu, który ma pozostać w gotowości, czyli w dyspozycji zamawiającego. W jakim zakresie, czasie ten sprzęt ma być dostępny, jaki to ma być sprzęt, ile godzin, dni, a także rodzaj pracy, którą ci ludzie muszą wykonać w trakcie tej gotowości. W SIWZ przewidziano m.in. wiele pozycji materialnych, które mają stanowić tzw. „gotowość”. Przykładowo zamawiający w ramach gotowości zobowiązał wykonawcę do prowadzenia dyżurów i dokumentacji, posiadania i obserwacji środków komunikacji typu telefon, email, sms. zamawiający jednak nie przedstawił obiektywnych, mierzalnych danych opisu warunków, które mogłyby w sposób prawidłowy umożliwić wycenę tej gotowości w odniesieniu do poszczególnych pozycji, gdzie jest ona wymagana.

Z tego względu, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu by dookreślił przedmiot zamówienia (gotowość) w zakresie ilości, zakresu i rodzaju, odpowiednio do obowiązków, do których wykonania zobowiązał wykonawcę i określił że ma to zostać wliczone w cenę w odniesieniu do poszczególnych, konkretnych pozycji, gdzie ta gotowość jest wymagana.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2.4. lit. c SWZ - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że dysponuje lub będzie dysponował odpowiednimi (szczegółowo wskazanymi) narzędziami i urządzeniami technicznymi dostępnymi wykonawcy w celu wykonania zamówienia

publicznego.

Wśród wymaganego sprzętu znajduje się:

- samochód polewaczka o dopuszczalnej masie całkowitej do 2,5ton i pojemności zbiornika wody do 2 m3, wyposażony w pompy, polewaki, listwę zraszającą oraz przyłącza do hydrantu Zamawiający oczekuje, że polewane ulice będą na całej szerokości jezdni

Jednakże, faktem jest, że sprzęt taki nie może z technicznego punktu widzenia być dopuszczony do ruchu po drogach publicznych. Zakładając, że 2 m3 wody waży 2000 kg, to po odjęciu masy wody w zbiorniku od zakładanej dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu wyno-

szącej 2500 kg, masa konstrukcji pojazdu i pustego zbiornika na wodę musiałaby wynosić 500 kg, co jest technicznie niewykonalne, biorąc pod uwagę, że będzie to samochód (wraz z normalnym wyposażeniem, olejami, smarami, paliwem, a także urządzenia tj. zbiornik polewaczki, pompy, zraszacze, węże, zawory i inne), jak również masa własna kierowcy. Współczynnik tarry, a więc stosunek masy martwej do masy użytecznej przedmiotowego pojazdu stanowi, z technicznego punktu widzenia, fikcję. Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że pojazd, o którym mowa po prostu nie istnieje.

Odwołujący wskazał, że zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie konieczności dysponowania narzędziem polewaczki w sposób wadliwy, który z prawnego i technicznego punktu widzenia nie może być w ogóle wykonany przez któregokolwiek z wykonawców. Z uwagi na odwołujący wnosi o wprowadzenie dopuszczalnej masy całkowitej polewaczki na 4500 kg i określenie pojemności zbiornika na 2 m³.

W dalszej kolejności wskazać należy, że zamawiający wymaga:

- zmiatarka uliczna ssąca z możliwością zwilżania zmiatanych powierzchni z opcją uniemożliwiającą wtórne zapylenie środowiska - szerokość zmiatania min. 2 300 mm o wydajności nie mniej niż 15.000 m²/h

Wymaganie takie istotnie ogranicza dostęp do zamówienia, gdyż na rynku istnieją również zmiatarki elewatorowe, które spełniają uzasadnione potrzeby zamawiającego i dzięki nim również osiągnięte są cele niniejszego postępowania. Rezygnacja z zmiatarek elewatorowych jest całkowicie niezrozumiała, nie znajduje uzasadnienia w potrzebach zamawiającego wynikających z SOPZ, ani w wymogach prawnych, ani technicznych, ani ekologicznych przez co ogranicza istotnie konkurencję. W praktyce nie ma prawnych ograniczeń stosowania zmiatarek elewatorowych - jest to jedna z technologii maszyn.

W Dziale II, pkt. 2 SOPZ zamawiający wymagał by zanieczyszczenia były usuwane, a nie zasysane. Zmiatarki dostępne na rynku różnią się rozwiązaniami technicznymi. Jednym ze sposobów podziału jest podział na zmiatarki ssące i zmiatarki elewatorowe. Elementem wyróżniającym jest zastosowany system podnoszenia odpadów z oczyszczanej nawierzchni. W przypadku zmiatarek ssących odpady są podnoszone z nawierzchni przez zassanie, ciąg powietrza - działanie takie jak w popularnych odkurzaczach. W przypadku zmiatarek elewatorowych odpady (zmiotki) są zmiotane na szuflę, z której trafiają bezpośrednio lub pośrednio przez podajnik, taśmociąg do zbiornika na odpady. Nazwa elewatorowa bierze się od tego podajnika nazywanego elewatorem tzn. windą. W obu rodzajach zmiatarek usługa jest „wykonywana” za pomocą szczotek w zestawach jednoszczotkowych, dwuszczotkowych, trzyszczotkowych. Po zebraniu zanieczyszczeń, zmieceniu są one podnoszone z nawierzchni tymi różnymi systemami. Są one zasysane lub zbierane szuflą.

Na rynku są również dostępne zmiatarki, które pracują w systemach mieszanych: elewatorowo-ssących, czy też używających nadmuchu (nie zasysają a dmuchają). Każdy z tych systemów jest normalizowany w odpowiedniej normie PN-EN 15429-3:2015-05E. Norma ta ustala warunki dopuszczające do pracy zmiatarki bez względu na rozwiązania techniczne. Oceniany jest za to poziom hałasu, poziom pylenia, możliwość eliminacji wtórnego zapylenia pyłami PM10, PM2,5, PM1, czy też zanieczyszczeniami zgrubnymi. Zamawiający w poprzednich latach wymagał wręcz, by do tej usługi była wykorzystywana zmiatarka elewatorowa.

Zdaniem odwołującego zmiatarki elewatorowe są lepsze w wielu parametrach od zmiatarek ssących, ponieważ:

- Szerokość zmiatania zmiatarki elewatorowej w zależności od typu mieści się w granicy od 2,5 do 3 m.
- Pracują one w szerszym zakresie niż zmiatarki ssące, które w przypadku wyposażenia jedynie w 2 szczotki tj. bez szczotki lewostronnej, osiągają zasięgi pracy nie przekraczające 2 metrów.
- Zmiatarki elewatorowe są głównie wykorzystywane do oczyszczania ciągów ulicznych, do jezdni dwupasmowych, które mają szerokość od 14 do 16 metrów. Takie ciągi dróg ciężko posprzątać zmiatarką ssącą o zasięgu pracy do 2,3 m. W przypadku zmiatarki ssącej ilość jej przejazdów w celu oczyszczenia całkowitej powierzchni jest wielokrotnie większa niż zmiatarki elewatorowej, co powoduje, że jest ona mniej efektywna i bardziej zakłóca, utrudnia ruch uliczny swoją pracą.
- Zmiatarki elewatorowe są wyposażone również w drapaki - grabie mechaniczne, które w trakcie zmiatania są w stanie zedrzeć zanieczyszczenia z nawierzchni. Takie rozwiązania nie są stosowane w zmiatarkach ssących, a istotnie poprawiają efektywność oczyszczania

nawierzchni mocno zabrudzonych, czy usłanych liśćmi w okresie jesiennym. Grabie ułatwiają usunięcie zanieczyszczeń twardych z nawierzchni.

- Część zamiatarek elewatorowych wykorzystuje wyłącznie silnik jednostki pojazdu, z którym współpracuje, co oznacza, że sama zamiatarka nie posiada silnika, jest zero emisyjna. Są to więc zamiatarki ekologiczne, odpowiadające obecnym potrzebom i trendom.

- Zamiatarki te pracują cicho, ponieważ mechaniczny system podnoszenia odpadów nie powoduje hałasu. Odpady zbierane za pomocą elewatora są wrzucane na skrzynię ładunkową lub do zbiornika, a nie wdmuchiwane. Wdmuchiwanie odpadów do zbiornika powoduje, że uderzają one w ściany zbiornika co potęguje hałas pracującej zamiatarki. Wysoki poziom hałasu jest istotną wadą zamiatarek ssących.

- Są to pojazdy bardzo sprawne i efektywne. W przypadku współdziałania z pojazdem holującym zamiatarka ta może „łamać się” pod dużym kątem, co umożliwia jej szerokie pole pracy - ma większą manewrowość niż zamontowana bezpośrednio na pojeździe.

- W przypadku części zamiatarek zbiornikiem ładunkowym jest skrzynia pojazdu, co bez konieczności przeładunku pozwala na odwóz odpadów na składowisko. Powoduje to oszczędność czasu i kosztów zbędnego przeładunku. Skrzynia samochodu ma pojemność jednostki holującej. W przypadku długich ciągów dróg, szlaków komunikacyjnych pozwala to wydłużyć pracę zamiatarki, co automatycznie skraca jej czas pracy na drogach publicznych. Zamiatarka nie przeszkadza innym uczestnikom ruchu.

- Zamiatarki te potrafią zbierać kilkanaście ton odpadów na godzinę pracy. Jest to bardzo ważne, gdy są wykorzystywane w oczyszczaniu poziomym lub oczyszczaniu nawierzchni zanieczyszczanych przemysłowo np. ul. Konstytucji w Bytomiu, gdzie samochody wyjeżdżające z kopalni nanoszą na nawierzchnię drogi błoto, żwir, kamienie. Uprzątnięcie takich zanieczyszczeń zamiatarką ssącą zajmuje wielokrotnie więcej czasu lub jest niemożliwe.

- Zamiatarki elewatorowe zbierają każdy rodzaj odpadów nawet cegły, gruz, węgiel, zgubione ładunki, ponieważ podnośnik - elewator potrafi je przenieść mechanicznie, czego nie można zrobić za pomocą systemu zasysania, ponieważ jego siła ciągu jest zbyt słaba (i to niezależnie od producenta - jest to ograniczenie technologiczne).

- Zamiatarki te nie niszczą nawierzchni wykonanych z bruku, kostki granitowej, cegły klinkierowej, ponieważ szuflowy system zbierania odpadów nie usuwa „fugi” (piasku czy klinka), którą kostka jest spoinowana. Zamiatarki ssące zasysają spoiwa niszcząc nawierzchnię, w nawierzchniach tworzą się szczeliny pomiędzy kostkami bruku z braku spoiwa np. piasku, bo ten jest zasysany przez ssawę. Użycie zamiatarki ssącej na klasycznym bruku prowadzi do dewastacji nawierzchni.

- Zamiatarki te zbierają odpady mokre np. liście w okresie jesiennym, które nie są zbierane w 100% przez zamiatarki ssące. Zmoczonych, przyklejonych liści zamiatarka ssąca nie zasysa.

- Zamiatarki te są powszechnie używane. W Polsce zamiatarki elewatorowe są popularne m.in. z uwagi na fakt, że w naszym kraju znajdują się ich producenci np. Broddson, Schmit

Polska.

Firmy oczyszczające wykorzystują różne typy zamiatarek. Różnią się one wielkością, zasięgiem pracy szczotek, dodatkowym wyposażeniem - ich zastosowanie uzależnione jest od konkretnych warunków miejscowych (rodzaju sprzątej nawierzchni, stopień i rodzaj zabrudzeń etc.). Nie jest wiadomym dlaczego zamawiający uznał, że zamiatarki elewatorowe nie mogą być wykorzystywane. Podobna praktyka zastosowana przez innego zamawiającego (Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach) została negatywnie oceniona przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie oznaczonej sygnaturą akt - KIO 898/18.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dopuszczenie zamiatarek elewatorowych.

Jednocześnie zamawiający nie określił dopuszczalnego tonażu, dopuszczalnej masy całkowitej dla innych pojazdów wymaganych w tym postępowaniu, pomimo tego że obszar świadczenia usługi posiada szereg ulic na których prawnie ogranicza się możliwość wjazdu ciężkiego sprzętu, co jest uwiarygodnione ustawionymi w tym rejonie odpowiednimi znakami zakazu. Zamawiający zatem jest zobowiązany do jednoocznego opisanie wymagań dla wymaganej sprzętu z uwzględnieniem zakazów wynikających z możliwości poruszania się po obszarze świadczonej usługi dla pojazdów wymaganych w tym postępowaniu. Brak doprecyzowania w tym zakresie naraża wykonawcę co najmniej na płaćenie wysokich kar i mandatów lub konieczność zmiany taboru w trakcie realizacji usługi lub też może dojść do sytuacji, gdy nawierzchnie dróg w wyniku niewłaściwego sprzętu zostaną zdewastowane. Brak określenia dopuszczalnej masy całkowitej lub tonażu pojazdów uniemożliwia wyspecyfikowanie właści-

wego sprzętu do realizacji usługi.

Zamawiający w załączniku nr 8 do SWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) postawił wymóg, aby lokalizacja baz sprzętowo-materiałowych znajdowała się w granicach miasta Bytomia lub w odległości do 18 km licząc od granicy miasta Bytomia zapewniając dojazd do miejsca rozpoczęcia pracy w rejonie w czasie zadeklarowanym przez wykonawcę. Na stronie 13, Dział IV w pkt 7 ustalił, że materiały chemiczne stosowane w ramach Akcji Zima muszą być składowane w odpowiednich ekologicznych magazynach, niepowodujących uciążliwości dla środowiska. Wymagania te zostały określone w sposób bardzo ogólny, co może powodować daleko idące możliwości interpretacyjne i nie spełniać wymogów zamawiającego. Ponadto, co ważne przedmiotem zamówienia są usługi sprząające. W umowie, w zakresie obowiązków w §4 ust. 2 zapisano, że wykonawca jest wytwórcą i posiadaczem odpadów i jest zobowiązany do ich unieszkodliwiania lub zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Prace zaplanowane do wykonania będą się odbywały w okresie całorocznym w tym również w weekendy, święta, całodobowo. Odpady na składowiska odpadów mogą być przekazywane jedynie w okresie ich działania, co powoduje, że w czasie, gdy takie instalacje są nieczynne istnieje konieczność ich zbierania, rozumiana jako gromadzenie odpadów przed transportem do miejsca ich przetworzenia lub składowania. Czynności te wymagają by baza sprzętowo-materiałowa spełniała wymogi w zakresie gospodarki odpadami, co oznacza, że wykonawca powinien posiadać decyzję przynajmniej na zbieranie, których nie jest możliwe przekazanie bezpośrednio na składowisko odpadów. Baza ta w związku z tym powinna spełniać wymogi analogicznie jak ustalone w Rozporządzeniu Ministra środowiska z 11.01.2013r.

w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W tych wyżej przedstawionych okolicznościach wykonawca powinien posiadać decyzję, zezwolenie co najmniej na zbieranie odpadów. Wymóg taki winien znaleźć się w SIWZ. Aktualna treść SIWZ zawiera zbyt ogólne postanowienia odnoszące się do bazy sprzętowo-materiałowej. Jedynym obiektywnym opisem jest odległość lokalizacji - 18 km. Pozostałe zaś wymagania są zbyt lakoniczne by mogły mieć charakter wymagań czy oceny spełnienia tego wymogu. Biorąc pod uwagę, że na terenie bazy sprzętowo-materiałowej mają być miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, a także będą okresowo zbierane i/lub magazynowane odpady teren powinien być zabezpieczony przed emisją zanieczyszczeń do gruntu. Podobnie przed taką emisją chloru, kwasu solnego powinien być zabezpieczony teren na którym są składowane materiały chemiczne typu sól drogowa (NaCl , CaCl_2 , MgCl_2 lub ich związki). Na terenie bazy co również jest istotne powinna być zlokalizowana wytwornica solanki, bo zgodnie ze wskazanym rozporządzeniem - ustawa z dn. 16.04.2004r. o ochronie przyrody (Dz.U. z 2020r. poz. 1378), a także z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27.10.2005r. wykonawcy usług są zobowiązani do stosowania roztworów wodnych solanki, która musi być wytworzona przed użyciem. Z tego względu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ obiektywnych, wymiernych definicji w zakresie wymagań co do bazy ze wskazaniem elementów odnoszących się do wymogów bazy sprzętowo-materiałowej, a także przez ustalenie jakie mają być zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu. Jednocześnie, o nakazanie zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ wymogu posiadania decyzji na zbieranie odpadów w bazie sprzętowo-materiałowej, co w sposób ustawowy narzucałoby wymagane w zakresie takich baz wymogi. Brak takich żądanych powoduje, że zamówienie uzyskują wykonawcy, którzy swoje zaplecze zabezpieczają niezgodnie z obowiązującymi przepisami o gospodarce odpadami na parkingach osiedlowych, pod blokami. Dyskryminacji będą poddani wszyscy wykonawcy, którzy zainwestowali w należyte przygotowanie bazy do przepisów sanitarnych, pracowniczych, środowiskowych.

Zgodnie z §15 ust. 1 wzoru umowy dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia

nowego postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia brutto w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Jednakże § 21 wzoru umowy uszczegóławiając niniejsze uregulowanie, wskazuje, że:

a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania

zmiany wynagrodzenia musi wynieść co najmniej 7% w danym roku;

b) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień 1 lutego za rok poprzedni;

c) podstawą ustalenia poziomu zmiany ceny lub kosztów jest wskaźnik ogłoszony w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;

d) z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia z tytułu wystąpienia okoliczności wskazanych w § 15 ust. 1 pkt 4 można wystąpić nie częściej niż raz na 12 miesięcy;

e) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia wynosi

20%.

Zamawiający w powyższych uregulowaniach przewidział dwa - co do zasady wykluczające się wskaźniki. Z jednej strony zamawiający wskazuje, że podstawą ustalenia poziomu zmiany ceny lub kosztów jest wskaźnik ogłoszony w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, z drugiej zaś stawia ograniczenie, że wskaźnik ten musi wynieść co najmniej 7% w danym roku - w praktyce więc jest to wyłącznie pozorne dopuszczenie waloryzacji wynagrodzenia, gdyż wskaźnik na poziomie powyżej 7% ostatnio notowany był w roku 2000 - tj. 21 lat temu.

Aktualnie, przykładowo ceny towarów i usług konsumpcyjnych w maju 2021 roku w porównaniu z analogicznym miesiącem ubiegłego roku wzrosły o 4,7 % (co wynika z komunikatu Głównego Urzędu Statystycznego). Jest to jeden z dwóch najwyższych odczytów inflacji (4,7%) po 2011 roku. W lipcu zaś inflacja w Polsce dobiła do 5 procent rocznie - po raz ostatni inflacja na podobnym poziomie notowana była 10 i 20 lat temu. Już aktualnie wskazuje się więc, że inflacja jest rekordowa. Dopuszczenie jako warunku waloryzacji wynagrodzenia dopiero na poziomie inflacji 7% powoduje, że jest to w praktyce wyłącznie pozorna waloryzacja - gdyż inflacja na takim poziomie występuje bardzo rzadko i związana musiała być z bardzo wysokim, wręcz kuriozalnym wzrostem cen.

Zgodnie z art. 439 ustawy umowa, której przedmiotem są usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Niniejsze postępowanie przewiduje zawarcie umowy aż do 30.04.2025 roku, tj. na okres 4 lat. Zapisy umowy, które zastosował zamawiający powodują, że w okresie tym prawdopodobnie wykonawcy nie będzie przysługiwała waloryzacja wynagrodzenia, ponieważ już obecna inflacja na poziomie ok. 5% uważana jest za rekordowo wysoką i konieczną do obniżenia - z tego względu z wysoką dozą prawdopodobieństwa nie dojdzie do wzrostu wskaźnika aż do 7%.

Oczywiście „ustawa pozwala konstruować takie klauzule, które doprowadzą do zmiany wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy zmiana cen przekroczy określoną wielkość, przy czym wielkość tej różnicy została pozostawiona decyzji samego zamawiającego. Pozwala to na wprowadzenie mechanizmów eliminujących konieczność korekty wynagrodzenia, gdy wahania cen są tak nieistotne, że w istocie nie mają realnego wpływu na koszty realizacji zamówienia. Jednocześnie wprowadzenie do klauzuli z art. 439 ustawy postanowień uzależniających zmianę wynagrodzenia od wystąpienia znacząco dużej zmiany cen całkowicie wypacza sens i cel tego przepisu” (J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 439).

Z taką właśnie sytuacją mamy jednakże do czynienia w niniejszej sprawie, tj. zamawiający stawiając tak rygorystyczne warunki do zastosowania możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, realnie w ogóle uniemożliwił wykonawcy skorzystania z tej instytucji, co godzi w

uregulowanie art. 439 ustawy .

Odwolujący podkreślił również, że zamawiający w ramach powyższych uregulowań powinien uregulować wskaźniki, które odnosiłyby się do elementów kosztotwórczych związanych z realizacją umowy, a więc w szczególności: wzrostu wynagrodzeń, wzrostu cen utylizacji opadów, wzrostu ceny pali czy wzrostu ceny soi drogowej, nie zaś do abstrakcyjnego - w zasadzie konsumpcyjnego - wskaźnika cen i towarów.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o zmianę postanowień SWZ w tym zakresie. Zgodnie z rozdziałem III pkt. 4 SWZ „Zamawiający przewiduje możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z rozdziałem XIX SWZ”.

Jednocześnie w rozdziale XIX zamawiający zawarł następujące uregulowania:

- „Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną w celu uzyskania nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny oferty”,
- „aukcja elektroniczna będzie dotyczyć tylko kryterium - cena”,
- „minimalna wysokość postąpienia zostanie określona w zaproszeniu do aukcji elektronicz-

nej”.

Z powyższego wynika, że zamawiający dopuścił możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej w sposób wadliwy, przez co aukcja w ogóle nie może się odbyć - jako sprzeczna z treścią ustawy.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że „zastosowanie aukcji, choć możliwe także przy cenie kosztorysowej, wymaga szczególnej precyzji w ustaleniu zasad oceny postępowań. Cena kosztorysowa dla jej obniżenia wymaga bowiem wprowadzania zmian w kosztorysie. Zamawiający musi więc określić wzajemne relacje pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysowymi, które wskazują, o ile zostanie obniżona wartość danej pozycji wskutek obniżenia w trakcie aukcji ceny całkowitej. Wydaje się, że w przypadku kosztorysów zawierających znaczącą liczbę pozycji najwłaściwszym rozwiązaniem będzie wskazanie, że obniżenie wartości we wszystkich pozycjach będzie następować w tej samej proporcji co obniżenie ceny całkowitej” (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art.

227).

W niniejszej sprawie zamawiający nie tylko nie określił żadnych zasad oceny postępowań, ale i wprost wskazał, że prowadzi aukcję w celu uzyskania nowych, obniżonych cen w zakresie niektórych elementów ofert, podczas gdy „za działanie niemożliwe do zaakceptowania należy uznać przeprowadzenie aukcji na podstawie jednej wskazanej przez zamawiającego pozycji kosztorysowej przy pozostawieniu na niezmiennym poziomie pozostałych” (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 227).

Zamawiający takim działaniem wprost naruszył regułę z art. 229 ustawy, która wymagająca, aby kryteria w toku aukcji zostały dobrane spośród kryteriów stosowanych do pierwotnej oceny ofert - a takim samoistnym kryterium nigdy nie jest cena danej pozycji kosztorysu, lecz jest nim cena oferty rozumiana jako cena uwzględniająca wszystkie pozycje kosztorysowe.

Dodatkowo odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 230 pkt 5 ustawy w przypadku przeprowadzania aukcji elektronicznej w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia określa się co najmniej warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postępowań, które wymagane będą podczas licytacji. Zamawiający tymczasem od obowiązku takiego odstąpił wskazując, że minimalną wysokość postępowania określili dopiero w zaproszeniu do aukcji elektronicznej. Jest to działanie sprzeczne z treścią ustawy.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o całkowite wyeliminowanie regulacji dotyczących aukcji elektronicznej z treści SWZ, gdyż opisana w dotychczasowy sposób instytucja jest wprost sprzeczna z przepisami ustawy - zaś nawet po zmodyfikowaniu przez zamawiającego będzie niezwykle utrudniona, gdyż w niniejszym postępowaniu wykonawcy oferują w ramach kryterium cena kwoty jednostkowe w 37 pozycjach (!) - a aukcja musiałaby odnosić się do każdej z tych pozycji, aby działanie to było zgodne z przepisami ustawy.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że usługi są ze sobą powiązane, ich wykonanie pociąga za sobą następne czynności, które muszą być wykonane by usługa została uznana za zrealizowaną. Z takimi usługami mamy do czynienia w przypadku oczyszczania czystości, gdzie wykonawca został zobowiązany do pozostawania w gotowości, dyżurowaniu, monitorowania rejonu, analizowania warunków pogodowych, a następnie po uzyskaniu zlecenia dokonania oczyszczania zlecanych nawierzchni w wyznaczonym czasie. W skład usługi wchodzi zatem czynność oczyszczania, zbierania odpadów, segregacji odpadów, załadunku, czasowego magazynowania - odpady mają być zbierane do 24 godzin, transportu, utylizacji lub przekazania ich do instalacji.

Przyjęte zasady i formuła rozliczenia powoduje, że są to usługi kompleksowe, które powinny być obciążone 23% stawką podatku VAT. Zamawiający w treści specyfikacji narzucił jednak stawkę 8% - wpisując ją do formularza ofertowego, co powoduje, że nie ma możliwości zastosowania stawki właściwej - innej niż 8%.

Zamawiający ustalając wadliwie stawkę VAT zaniżył wartość podatku należnego. Zamawiający narzucając stawkę podatku VAT naraża wykonawców i siebie na sankcje karno-skarbowe. Z tego względu, wniósł o nakazanie wprowadzenie prawidłowej stawki podatku VAT, która w ocenie odwołującego wynosi 23% dla wszystkich pozycji objętych zamówieniem z uwagi na ich kompleksowy charakter.

W dniu 4 października 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł

o: 1) oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów nieuwzględnionych przez zamawia-

jącego oraz umorzenie postępowania w części dotyczącej zarzutów uwzględnionych

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji zamawiającego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie. Zamawiający uwzględnił zarzuty w następujący sposób:

Ad 3. Zarzut naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy przez uregulowanie, że zamawiającemu przysługuje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia.

W rozdziale IV pkt 2 SWZ wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje usługi letniego oczyszczania i utrzymania w czystości (m.in. nawierzchni pasów drogowych, obiektów drogowych, ciągów pieszych, rowerowych, placów, parkingów, chodników, przystanków, pobo- czy), oraz usługi zimowego utrzymania i oczyszczania (w tym: pasów drogowych, obiektów drogowych, oraz odśnieżania ciągów pieszych, rowerowych, placów, chodników, przystan- ków) oraz utrzymanie i konserwacja terenów zieleni w pasie drogowym.

Usługa letniego oczyszczania jest w przybliżeniu możliwa do określenia - i tak w Szczegóło- wym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ — załącznik nr 8 do SWZ) w Dziale II w Pkt 1.1. wskazano zakres i częstotliwość realizowania poszczególnych czynności oczyszczania jezd- ni, placów i parkingów, w pkt IV.I. - dla czynności oczyszczania ciągów pieszych/rowerowych i przystanków, a w pkt IX standard oczyszczania ścisłego centrum miasta.

Zamawiający uznał, że minimalny zakres świadczenia został określony.

Natomiast szczegółowy zakres zimowego oczyszczania, a w szczególności odśnieżania, jest trudny, jeżeli w ogóle możliwy do określenia — stąd w pkt II zamawiający określił standardy odśnieżania i zwalczania śliskości zimowej jezdni, ulic, placów i parkingów, w pkt V - stan- dardy odśnieżania ciągów pieszych i przystanków, a w pkt VI - odśnieżania miejsc postoj- wych strefy płatnego parkowania.

W podobnym stanie faktycznym, dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia pu- blicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy, Urząd Zamówień Publicznych odpowiedział na pytanie dotyczące sposobu dopełnie- nia obowiązku określonego w art. 433 ust. 4 nowego PZP (autor odpowiedzi: Nowakowski Wojciech, odpowiedź z dnia 3 września 2021 r.). W pytaniu do UZP wskazano, że ze wzglę- du na specyfikę przedmiotu zamówienia, zamawiający nie jest w stanie przewidzieć rzeczy- wistej ilości poszczególnych rodzajów odpadów, które wykonawca odbierze i zagospodaruje w ramach realizacji zawartej umowy, a zatem podstawą kalkulacji wynagrodzenia są ceny jednostkowe za 1 Mg odebranych/zagospodarowanych odpadów komunalnych zaoferowane przez wykonawcę w ofercie (z odziałem na poszczególne rodzaje). W odpowiedzi UZP wskazano, że zamawiający ma obowiązek z należytą starannością szczegółowo opisać przedmiot zamówienia na realnym i przewidywalnym poziomie, należy go wycenić i osta- tecznie, bazując na doświadczeniu z poprzednich okresów lub prognozach na kolejny okres, wskazać taki poziom minimalnej realizacji zamówienia, aby wykonawcy byli w stanie uwzględnić go w kalkulacji ceny ofert i jednocześnie nie stworzyć sytuacji gdzie będzie zmu- szony do zrealizowania i opłacenia usług w ilości przekraczającej jego potrzeby, także te potencjalnie zmniejszone. W praktyce sprowadza się to zazwyczaj do wskazania minimalne- go poziomu wynagrodzenia lub minimalnej ilości lub zakresu dostaw, usług lub robót, które zostaną wykonane pomimo zmian zmniejszających poziom realizacji zamówienia. Celem dostosowania SWZ i projektu umowy do art. 433 pkt 4 ustawy projekt umowy został zmodyfikowany w sposób następujący:

1) par. 4 ust 4 otrzymuje brzmienie: Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmo- nogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg — zmiana taka na- stąpi przez pisemne powiadomienie Wykonawcy z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem; w przypadkach pilnych zmiana może nastąpić z 3-dniowym wyprzedzeniem.

2) par. 4 ust 5 otrzymuje brzmienie: Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac) - zmiana taka nastąpi przez pisemne powia- domienie Wykonawcy z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem; w przypadkach pilnych zmiana może nastąpić z 3-dniowym wyprzedzeniem.

3) par. 7 ust 3 otrzymuje brzmienie: Łączna wartość wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji umowy nie będzie niższa niż 80 % kwoty określonej w ust 1.

Ad. 7. Zarzut naruszenia art. 229 i art. 230 ustawy przez opisanie regulacji dotyczących au- kcji elektronicznej w sposób sprzeczny z przepisami PZP, w zakresie w którym zamawiający nie tylko nie określił żadnych zasad oceny postąpień, ale i wprost wskazał, że prowadzi au- kcję w celu uzyskania nowych, obniżonych cen w zakresie niektórych elementów oferty, nie

zaś w zakresie wszystkich pozycji kosztorysowych, jak również w zakresie, w którym zamawiający nie określił minimalnych wartości postępowań, które wymagane będą podczas licytacji. Zgodnie z art. 230 PZP w przypadku przeprowadzania aukcji elektronicznej w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia określa się co najmniej:

- 1) elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej;
- 2) wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia;
- 3) informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia;
- 4) informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej;
- 5) warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postępowań, które będą podczas licytacji;
- 6) informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń.

Zamawiający dokonał następującej modyfikacji SWZ: w rozdziale XIX wykreśla się pkt 2.

- rozdział XIX pkt 6 otrzymuje brzmienie: „Aukcja elektroniczna będzie dotyczyć wyłącznie kryterium „CENA”, o którym mowa w Rozdziale XVIII pkt 2 lit A SWZ”.
- rozdział XIX pkt 9 zdanie drugie otrzymuje brzmienie: „Minimalna wysokość postępowania wynosi 0,5 % ceny oferty z najniższą ceną, z zaokrągleniem do pełnych groszy. Minimalne wartości postępowań składanych w toku aukcji elektronicznej są następujące: 0.01 PLN.”

Ad. 6. Zarzut naruszenia art. 439 ust 1 i ust 2 ustawy przez wprowadzenie do klauzuli z art. 439 PZP postanowień uzależniających zmianę wynagrodzenia od wystąpienia znacząco dużej zmiany cen, co całkowicie wypaczyło sens i cel tego przepisu, doprowadzając do sytuacji, w której wykonawca realnie pozbawiony zostanie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji nawet znacznego wzrostu cen materiałów.

Zgodnie z art. 439 PZP:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. W umowie określa się:
 - 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
 - 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
 - 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
 - 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.
4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

Dostrzeżenia wymaga, że cytowany przepis PZP w ust. 2 określa jedynie obligatoryjne elementy, z jakich ma się składać postanowienie waloryzacyjne. W ramach zakreślonych w nim

zasad Zamawiający może swobodnie kształtować postanowienia waloryzacyjne. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy PZP, wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawić swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84).

W świetle art. 439 ust. 2 PZP postanowienia umowne powinny określać sposób ustalania zmiany wynagrodzenia. Może on być określony z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS. W tym przypadku zmiana wynagrodzenia następuje nie więcej niż o ogłaszany w komunikacie GUS wskaźnik zmiany ceny materiałów lub kosztów.

Zamawiający zauważył, iż zgodnie z art. 439 ust. 4 PZP przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost lub obniżenie cen lub kosztów, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. Ustawa nie wymaga jednak, aby podstawą zmiany wynagrodzenia było obniżenie wszystkich cen lub kosztów przyjętych przez wykonawców w celu ustalenia wynagrodzenia - nie można nawet zakładać, że możliwe jest określenie wszystkich cen i kosztów, jakie wykonawcy przyjmują dla kalkulacji ceny. Tym bardziej, że każdy z wykonawców może przyjmować inne ceny bądź koszty, w

zależności od swojej indywidualnej sytuacji i warunków prowadzenia działalności (np. inne koszty będzie ponosił wykonawca wynajmujący pomieszczenia i używający sprzętu leasingowanego, a inne koszty wykonawca posiadający własne nieruchomości i będący właścicielem używanego sprzętu). Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie i obiektywnie określić ani jakie ceny i koszty wykonawca uwzględnił w cenie oferty, ani nie jest w stanie określić jaka zmiana tych cen bądź kosztów ma rzeczywiste przełożenie na cenę świadczonej usługi. O ile jeszcze można taką kalkulację przeprowadzić dla cen kosztorysowych, o tyle przy cenie ryczałtowej jest to niewykonalne.

W niniejszej sprawie zamawiający posłużył się powszechnie stosowanym wskaźnikiem określania wzrostu cen, przez odesłanie do wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS - precyzując postanowienia umowy Zamawiający wskazuje, że zmienił treść par. 21 ust. 2 lit. C projektu umowy przez nadanie mu brzmienia: podstawa ustalenia poziomu zmiany

ceny lub kosztów jest wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;

Ponadto wskazać należy, iż w par. 15 ust. 1 pkt 3 projektu umowy zamawiający wskazał, że zmiana wysokości wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy może nastąpić w przypadku zmiany:

- a) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej,
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne,
- d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (szczegółowe zasady zmian określono w par. 16, 17, 18 i 19 projektu umowy).

Zamawiający zauważył, iż przepisy PZP nie wyłączają możliwości zastosowania przepisu art. 357(1) par. 1 k.c. zgodnie z którym jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy (klauzula rebus sic stantibus).

Zamawiający uznał, że treść umowy po zmianie (doprecyzowaniu wskaźnika GUS) jest właściwa i zapewnia równowagę stron - wprowadzenie ogólnego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych pozwala na waloryzację wynagrodzenia w przypadku powszechnego, ogólnego

nego wzrostu cen; odniesienie się do elementów kosztotwórczych, które jedynie przykładowo wskazuje odwołujący, nie jest możliwe, bowiem zamawiający nie może z góry przesądzić, czy wszyscy wykonawcy kalkulują ceny w oparciu o identyczne koszty; nadto wskaźnik ogólny GUS zawsze rośnie w przypadku wzrostu podstawowych surowców (np. cen paliwa), bowiem są to koszty, które przedsiębiorcy przenoszą na konsumentów.

W pozostałym zakresie Zamawiający podtrzymał postanowienia SWZ, a to z następujących przyczyn:

Ad. 4. Zarzut naruszenia art. 99 ust 1 i ust 4 ustawy przez wadliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie konieczności dysponowania narzędziem polewaczki w sposób, który z prawnego i technicznego punktu widzenia nie może być w ogóle wykonany przez któregośkolwiek z wykonawców, gdyż opisany przez zamawiającego sprzęt nie istnieje na rynku, jak również przez nieuzasadnione ograniczenie wymagań co do zmiataarki przez dopuszczenie wyłącznie zmiatarek ssących, podczas gdy na rynku istnieją również dobre i spełniające cel postępowania zmiatarki elewatorowe, a także zaniechanie doprecyzowania wymagań co do ciężkości dla innych wymaganych pojazdów.

[Polewaczka]

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego prawnych i technicznych aspektów wymagań w zakresie polewaczki zamawiający wyjaśnił, że konstrukcja płyty Rynku w Bytomiu uniemożliwia poruszanie się po niej pojazdami cięższymi niż 2,5 tony. Zamawiający wskazał, że ciężkie pojazdy mogą uszkodzić nawierzchnię płyty, co w konsekwencji będzie skutkowało nie tylko jej wyłączeniem z ruchu pieszego, lecz przede wszystkim koniecznością ponoszenia znacznych kosztów naprawy. Nadto zamawiający wskazał, że polewaczka jest używana sporadycznie, tylko w przypadku znacznych i wielodniowych upałów, a w celu wykonania polewania pojazd nie musi zostać w całości zapełniony wodą, co pozwoli zredukować jego masę całkowitą. Zamawiający nie może zatem dopuścić wykonywania usługi polewaczką o masie 4,5 tony, bowiem pojazd o takiej masie nie będzie mógł pracować na płycie Rynku.

[Zmiataarki]

W prowadzonym uprzednio przez zamawiającego postępowaniu pn. „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w podziela na 4 zadania (nr DNP.260.52.2020.PN.U.) Odwołujący zgłosił identyczny zarzut, dotyczący konieczności wykonywania usług z użyciem wyłącznie zmiatarek ssących, wnioskując o dopuszczenie przez zamawiającego wykonywania usług z użyciem zmiatarek elewatorowych.

W wyroku z dnia 25 marca 2021r. (sygn. akt. KIO 569/21) Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny, a zamawiający przedstawił racjonalne uzasadnienie wymogu używania wyłącznie zmiatarek ssących - Izba uznała, że Zamawiający wykazał uzasadnione potrzeby użycia zmiatarek ssących, jako że są to pojazdy zasysające brud, przy użyciu których nie pojawia się efekt pylenia, są cichsze i lepiej manewrujące. KIO wskazała, że zamawiający jako gospodarz postępowania może wymagać użycia przy realizacji zamówienia określonego rodzaju sprzętu, o ile jest to uzasadnione jego potrzebami. Ponadto zarzut naruszenia uczciwej konkurencji musi być udowodniony przez odwołującego.

Odnosząc się do przywołanego przez odwołującego wyroku wydanego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt. KIO 898/18 należy zauważyć, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2018r., dotyczący odwołania wniesionego w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2018-2020” dotyczył kwestii ustalenia przez tego zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, w postaci wymogu dysponowania przez wykonawcę odpowiednim rodzajem zmiataarki — a zatem Izba orzekła w przedmiocie ustalania warunków udziału w postępowaniu (z uzasadnienia: warunek został opisany z naruszeniem art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Treść przywołanego przez odwołującego orzeczenia KIO 898/18 nie może być stosowana w niniejszej sprawie, bowiem odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 112 ustawy PZP, a jedynie naruszenie art. 99 ust 1 i 4 PZP — nadto identyczne zapisy specyfikacji zostały uznane za zgodne z przepisami PZP w postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem KIO z dnia 25 marca 2021r. (KIO 569/21).

[Tonaż]

Zarzut dotyczy braku podania tonażu pojazdów, mimo że w rejonie świadczenia usług funkcjonują prawne ograniczenia w poruszaniu się ciężkich pojazdów. Odwołujący w uzasadnieniu podaje, że brak doprecyzowania tonażu naraża wykonawcę na płaćenie kar/mandatów lub konieczność zmiany taboru w trakcie realizacji usługi, oraz uniemożliwia wyspecyfikowa-

nie sprzętu właściwego do realizacji usługi. We wnioskach odwołujący nie podał zakresu żądanej zmiany SWZ.

Zamawiający potwierdził, że w SWZ określił jedynie ograniczenia masy pojazdów w stosunku do prac wykonywanych w ścisłym centrum i płycie Rynku. Pozostałe ograniczenia wynikają jednak ze znanych wykonawcom przepisów ruchu drogowego i oznakowania poszczególnych dróg i zezwoleń. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż odwołujący wykonuje prace w zakresie oczyszczania i odśnieżania Miasta Bytom od wielu lat, a zatem zarówno jako mieszkaniec miasta, jak i przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą na terenie Bytomia, doskonale orientuje się w organizacji ruchu drogowego w mieście, w tym również w zakresie stałych, bądź czasowo wprowadzanych ograniczeń.

Ponadto ograniczenia w zakresie dopuszczalnej masy pojazdów poruszających się po drogach publicznych to informacje powszechnie znane i publicznie dostępne, a dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia służy do wyspecyfikowania wymagań zamawiającego w zakresie sposobu realizacji zamówienia, a nie powtarzaniu treści bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Regulacje prawne, w tym również prawa o ruchu drogowym, powinny być znane wykonawcom, tym bardziej, że są to podmioty specjalistyczne, profesjonalnie świadczące usługi w danym obszarze, oraz legitymujące się stosownym doświadczeniem. Należy także uwzględnić fakt, iż ograniczenia dotyczące tonażu pojazdów mogą ulegać zmianie - a umowa będzie realizowana od dnia jej podpisania do 30 kwietnia 2025r., a zatem specyfikowanie wszystkich ograniczeń i wymogów prawnych jest zbędne — zarzut odwołującego w tym zakresie należy zatem uznać za niezasadny.

Ad. 5. Zarzut naruszenia art. 99 ust 1 i ust 4 ustawy przez wadliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie bazy sprzętowo-materiałowej poprzez brak wprowadzenia do SIWZ obiektywnych, wymiernych definicji w zakresie wymagań co do bazy ze wskazaniem elementów odnoszących się do wymogów bazy sprzętowo-materiałowej, a także przez brak ustalenia jakie mają być zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu.

Zamawiający nie określa w SWZ wymagań dotyczących posiadanej przez wykonawców bazy sprzętowo-materiałowej - jedynym wymogiem SWZ jest posiadanie bazy sprzętowej w granicach miasta Bytomia lub w odległości do 18 km liczonej od granicy miasta Bytomia, zapewniając dojazd do miejsca rozpoczęcia pracy w rejonie w czasie zadeklarowanym przez wykonawcę (dział IV pkt 9 SOPZ). Zamawiający wskazał także, że materiały i sprzęt używany przez wykonawcę musi być bezpieczny dla ludzi i środowiska oraz zgodny z przepisami i normami (Dział I pkt III, IV.1., IV.4., Dział IV pkt 7 sopz).

Zamawiający nie narzuca wykonawcom wymogów dotyczących organizacji bazy sprzętowo-materiałowej, wychodząc z założenia, że wykonawcy są podmiotami profesjonalnymi, prowadzącymi działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia w zgodzie z właściwymi przepisami prawa. W tym zakresie niezasadne są zarzuty odwołującego, dotyczące braku szczegółowego określenia zasad prowadzenia bazy, bowiem zamawiający nie ma podstaw do ustalania, czy wykonawcy prowadzą działalność zgodnie z przepisami prawa - Zamawiający ma zgodnie z ustawą PZP podstawy do określania szczegółowych warunków dotyczących świadczenia usług, o ile jest to uzasadnione jego uzasadnionymi potrzebami, jednak wymóg posiadania odpowiednich zezwoleń lub decyzji, bądź ogólnie — wymóg prowadzenia działalności zgodnie z prawem, jest generalną zasadą prowadzenia działalności. Nadto zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do sprawdzania, czy sposób prowadzenia działalności przez wykonawcę jest zgodny z obowiązującymi przepisami — zamawiający może jedynie weryfikować szczególne, uregulowane w SWZ, zasady realizowania usług.

Jedynym uzasadnionym rzeczywistymi potrzebami zamawiającego wymogiem jest zlokalizowanie bazy w bliskiej odległości od miasta Bytom, a to z uwagi na konieczność zapewnienia odpowiednio szybkiej reakcji na warunki na drogach, szczególnie w okresie zimowych opadów.

Zwrócił także uwagę, iż ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach określa szczegółowo zasady gospodarki odpadami, obowiązki posiadacza odpadów, organy właściwe w sprawach dotyczących gospodarowania odpadami, a w Dziale X ustawy wskazano, że podmioty naruszające prawo w zakresie prowadzenia gospodarki odpadami ponoszą odpowiedzialność karną lub właściwy organ może wymierzyć im administracyjną karę pieniężną. Zamawiający nie ma zatem żadnych podstaw do określania zasad gospodarowania odpadami, bowiem zasady te szczegółowo określone są w przepisach bezwzględnie obowiązujących.

Zarzut odwołującego uznać należy za bezpodstawny.

Ad 2. Zarzut naruszenia art. 99 ust 1 ust 4 przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w tym nieuwzględnienie wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów przez wykonawcę,

w sytuacji w której Wykonawca nie ma pewności czy w ogóle w ramach realizacji niniejszej umowy wykona jakiegokolwiek zakres prac, który pokryje chociażby koszty stałe Wykonawcy związane z koniecznością utrzymania stałej gotowości do realizacji zlecenia, z uwagi na to, że zamawiający przyznał sobie jednostronną możliwość do zwiększania lub zmniejszania zakresu prac, bez zagwarantowania chociażby minimalnego zakresu prac, które wykona wykonawca, jak również bez dookreślenia w jaki sposób wykonawca ma skalkulować ofertę w zakresie „gotowości” do podjęcia zlecenia, jak również przez niewłaściwe wskazanie stawki podatku VAT w treści dokumentacji postępowania.

Zarzut w części pokrywa się z treścią zarzutu nr 3 — jak wyżej wskazano, zamawiający zmienił SWZ, wprowadzając do projektu umowy zapisy dotyczące minimalnego zakresu prac.

[tzw. gotowość]

Odnosnie kalkulacji oferty w zakresie „gotowości” do podjęcia zlecenia zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 44 ust 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 26 sierpnia 2020 r. (sygn. akt I SA/Bk 136/20) wskazał: Pod pojęciem celowości dokonywania wydatków należy rozumieć zapewnienie zgodności działań jednostki w zakresie dokonywania wydatków z jej celami statutowymi, optymalizację zastosowanych metod i środków, ich adekwatności dla osiągnięcia założonych celów oraz przyjętych kryteriów oceny realizacji celów i zadań. Jest to wybór przez dysponenta środków publicznych takiego sposobu finansowania zadań, który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicznymi.

Regionalna Izba Obrachunkowa w Krakowie w uchwale z dnia 6 listopada 2013 r. (KI-412/249/13) wyjaśniła: Do rangi zasad obowiązujących w toku wykonywania budżetu podniesiono zasadę efektywności wykorzystania środków publicznych. Efektywny oznacza tyle, co skuteczny, wydajny, dający pozytywne wyniki.

Prawdą jest, że w poprzednio obowiązujących u zamawiającego umowach funkcjonował system opłaty za utrzymanie w gotowości zasobów wykonawcy — jednak oferowane przez Wykonawców w postępowaniu ceny wynosiły od 0,0001 za m² na dobę, do 0,02 zł za m² na dobę - przy tym samym zakresie prac i tym samym terenie cena za gotowość wynosiła od kilkudziesięciu złotych do kilkunastu tysięcy złotych. Zamawiający uznał zatem, że wcześniej funkcjonujący system „opłat za gotowość” jest nieracjonalny, a z punktu widzenia przepisów określających zasady gospodarowania finansami publicznymi - nieefektywny. Stąd rezygnacja z wymogu podawania odrębnej stawki za „gotowość” - tak też zamawiający przyjął w postępowaniu pn. „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w podziale na 4 zadania” (nr DNP.260.52.2020.PN.U.), w którym odwołujący złożył oferty w ramach dwóch zadań i w jednym z zadań został wybrany (umowa została podpisana 1 października 2021 r.). Co najmniej wątpliwe są zatem zarzuty odwołującego, który z jednej strony podnosi, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co uniemożliwia oszacowanie kosztów przez wykonawcę oraz sporządzenie oferty — a jednocześnie ten sam wykonawca, na podstawie identycznych w zasadzie zapisów SWZ w poprzednim postępowaniu, składa ofertę na 2 zadania.

W ocenie zamawiającego, w cenie oferty, poza kosztami rzeczywistego wykonywania określonych w SWZ zadań wykonawca może skalkulować koszty stałego utrzymania sprzętu i pracowników w gotowości do świadczenia zamawianych usług. Konieczność pozostawiania w gotowości do świadczenia usług nie jest niczym wyjątkowym na rynku — w warunkach rynkowych przedsiębiorcy nie mają zapewnionego zbytu na oferowane usługi i towary. W niniejszym postępowaniu zamawiający gwarantuje zapłatę za wszystkie wykonane rzeczywiście usługi, nadto gwarantuje, że wysokość wynagrodzenia wykonawcy nie będzie niższa niż 80 % ceny ofertowej.

Brak odrębnej opłaty za gotowość do świadczenia usług nie stanowi naruszenia żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, a jest konieczna z uwagi na interes finansów publicznych, przede wszystkim gospodarowanie nimi w sposób celowy i oszczędny.

[podatek VAT]

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 6 listopada 2018r. (sygnatura: 0115-KDIT1-1.4012.628.2018.2.JP) wyjaśnił:

W okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. dla celów podatku od towarów i usług wykorzystywana

jest Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług wprowadzona rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr207, poz. 1293, z późn. zm.).

W poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy wymienione zostały usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu - sklasyfikowane pod symbolem PKWiU 81.29.12.0.

Jak wskazał Wnioskodawca, świadczone usługi związane z zimowym utrzymaniem dróg krajowych mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.29.12 - usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu.

W tym miejscu należy zauważyć, że przepisy ustaw o podatku od towarów i usług oraz regulacje Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347 z 11.12.2006, str. 1, z późn. zm.), nie regulują kwestii czynności złożonych. Należy mieć na uwadze, że co do zasady na gruncie ustawy każde świadczenie jest traktowane jako odrębne i niezależne. Jednakże, zgodnie z zasadą powszechności opodatkowania podatkiem VAT oraz na podstawie polskiego i europejskiego orzecznictwa można stwierdzić, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia jedną czynność nie powinno być sztucznie dzielone. W przypadku, gdy wykonywana czynność stanowi dla klienta całość, nie należy jej rozбивać na poszczególne elementy składowe, lecz traktować jako jedno świadczenie, zgodnie z elementem, który nadaje całemu świadczeniu charakter dominujący. Jeśli więc wykonywanych jest więcej czynności, a są one ze sobą ściśle powiązane oraz stanowią całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym, to wówczas dla potrzeb VAT należy potraktować je jako jedną czynność opodatkowaną.

Skutkiem powyższego, świadczenie pomocnicze, co do zasady dzieli los prawny świadczenia głównego, w szczególności w zakresie momentu powstania obowiązku podatkowego, miejsca świadczenia oraz stawki podatku od towarów i usług.

Na gruncie orzecznictwa podatkowego wielokrotnie podkreślano, że nie należy sztucznie dzielić czynności złożonych. Niemniej orzecznictwo to, w tym przede wszystkim orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, za zasadę przewodnią przyjmuje, że każde świadczenie powinno być uznawane za odrębne i niezależne, zgodnie z Dyrektywą 2006/112/WE, a wcześniej Szóstą Dyrektywą Rady z 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji przepisów państw członkowskich dotyczących podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (Dz. U. UE L 145, z późn. zm.). Podstawową zasadę odrębności i niezależności świadczeń Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wводить z art. 2 Dyrektywy 2006/112/WE. W tym kontekście - zdaniem TSUE — tylko w pewnych okolicznościach odrębne świadczenia można uznać za jednolitą czynność. Przykładowo w wyroku z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 Ministero dell'Economia e delle Finanze vs. Part Service Srl TSUE stwierdził: gdy czynność obejmuje kilka świadczeń, powstaje pytanie, co należy ją uważać za jednolitą czynność, czy też kilka odrębnych i niezależnych świadczeń, które należy oceniać oddzielnie. Kwestia ta ma szczególne znaczenie z punktu widzenia podatku VAT, w szczególności dla zastosowania stawek opodatkowania lub przepisów dotyczących zwolnień przewidzianych przez szóstą dyrektywę (zob. wyroki: z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 CPP oraz z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen i OV Bank). W tym zakresie z jej art. 2 wynika, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne (zob. ww. wyroki w sprawach CPP, pkt 29, oraz Levob Verzekeringen i OV Bank, pkt20)".

Z ww. wyroku w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV wynika, że jeżeli czynności dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej. Jest tak właśnie w przypadku transakcji, w ramach której podatnik dostarcza konsumentowi standardowe oprogramowanie wcześniej opracowane i oferowane do sprzedaży zarejestrowane na nośniku, jak również zapewnia następnie przystosowanie tego oprogramowania do specyficznych potrzeb tego nabywcy, nawet jeśli następuje to za zapłatą dwóch odrębnych cen. Powyższe spostrzeżenia pozostają przy tym aktualne także wówczas, gdy wynagrodzenie za poszczególne czynności składające się na jedną usługę jest kalkulowane odrębnie. W 0'm zakresie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE m.in. w ww. sprawie C-41/04 czy C111/05. Z orzeczeń tych wynika jednoznacznie, że odrębna kalkulacja wynagrodzenia za poszczególne czynności składające się na kompleksową usługę, nie uzasadnia podziału takiej usługi na potrzeby opodatkowania.

Kryterium odrębności często stosowanym w kontekście świadczeń złożonych opiera się na weryfikacji, czy poszczególne świadczenia mogą wstępować w obrocie gospodarczym niezależnie i czy mogą być wykonane przez dowolny inny podmiot W przypadku odpowiedzi twierdzącej, nie następuje świadczenie złożone, lecz kilka odrębnych świadczeń, które po-

winny być dla celów opodatkowania VAT traktowane niezależnie od siebie. Takie stanowisko wywieść można również z orzeczenia TSUE z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie RLRE Tellmer Property sro, C-572/07, w którym TSUE stanął na stanowisku, że w przypadku usług najmu oraz usług sprzątnia części wspólnych budynków następują dwa odrębne świadczenia dla celów VAT. Swoje stanowisko TSUE oparł na tym, że usługi sprzątnia części wspólnych budynku mogą być świadczone na różnych zasadach, to znam na przykład przez osoby trzecie wystawiające faktury obejmujące koszt tych usług bezpośrednio lokatorom lub przez wynajmującego zatrudniającego w tym celu własnych pracowników lub posługującego się przedsiębiorstwem zajmującym się sprzątniem.

Tak więc orzecznictwo TSUE, które oparte jest na przepisach prawa UE, daje podstawę do skonstruowania zasadniczej tezy, że każde świadczenie należy traktować odrębnie. Dopiero w kolejnych punktach ww. wyroku TSUE podkreślił, że w sytuacji, gdy kilka świadczeń wykonywanych przez podatnika jest ze sobą ściśle powiązanych w ten sposób, że tworzą obiektywnie, z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia, jedno świadczenie, nie należy dokonywać sztucznego podziału tego świadczenia dla celów podatkowych. Zatem TSUE przedstawia jedynie wskazówki, jak należy interpretować przepisy Dyrektywy, nie wypowiadając się co do tego, która z powyższych wykluczających się zasad powinna mieć zastosowanie w sprawie.

Zgodnie z podejściem zaprezentowanym przez Trybunał m.in. w wyroku z dnia 27 września 2012 r. w sprawie C-392/11 Field Fisher Waterhouse, za pomocniczą należy uznać czynność, która nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej, a jej cel jest zdeterminowany przez czynność główną.

Analiza treści powołanych regulacji prawnych oraz orzecznictwa TSUE prowadzi do stwierdzenia, że tzw. świadczenie złożone bardzo wyraźnie wskazuje na pewną kompleksowość i współzależność wielu czynności, które wykonywane w sposób skoordynowany i efektywny mają doprowadzić do osiągnięcia zamierzonego celu. Na świadczenie takiego rodzaju składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. Natomiast za pomocniczą należy uznać taką czynność, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania świadczenia zasadniczego. Pojedyncza czynność lub świadczenie traktowana jest zatem jak element świadczenia kompleksowego wówczas, jeżeli cel świadczenia pomocniczego jest zdeterminowany przez świadczenie główne, które nie może zostać wykonane lub wykorzystane bez świadczenia pomocniczego.

Zatem w przypadku usług o charakterze złożonym, o wysokości stawki podatku decyduje to, czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jedną usługą złożoną, co też z szeregiem jednostkowych usług. Ocena tej okoliczności winna odbywać się więc w oparciu o to, co dokonywane czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ściśle powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałyby sztuczny charakter. Odnosząc się do kompleksowości należy mieć na względzie przede wszystkim orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Reasumując, z treści powyższych orzeczeń wynikają następujące wnioski:

Za zasadę przewodnią należy przyjąć, że każde świadczenie powinno być uznane za odrębne i niezależne i tylko w pewnych okolicznościach odrębne świadczenia można uznać za jednolitą czynność.

W przypadku, gdy wykonywana czynność stanowi dla klienta całość, nie należy jej rozbijać na poszczególne elementy składowe, lecz traktować jako jedno świadczenie, zgodnie z elementem, który nadaje świadczeniu charakter dominujący. Jeżeli więc wykonywanych jest więcej czynności, a są one ze sobą ściśle powiązane oraz stanowią całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym, to dla potrzeb VAT należy potraktować je jako jedną czynność opodatkowaną.

W przypadku, gdy wykonana usługa stanowi jedno świadczenie w aspekcie gospodarczym, w ramach którego jeden z elementów stanowi świadczenie główne/zasadnicze a inny pomocnicze/uboczne, to usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.

Odrębna kalkulacja wynagrodzenia za poszczególne czynności składające się na kompleksową usługę, nie uzasadnia podziału takiej usługi na potrzeby opodatkowania. Podobnie sposób fakturowania nie ma wpływu na reżim opodatkowania usług kompleksowych.

Kryterium odrębności często stosowane w kontekście świadczeń złożonych opiera się na weryfikacji, co poszczególne świadczenia mogą występować w obrocie gospodarczym niezależnie i co mogą być wykonane przez dowolny inny podmiot

W niniejszej sprawie zamawiający zauważył, że z otrzymanej przez wnioskodawcę opinii Urzędu Statystycznego w Łodzi wynika, że usługi wykonywane na zlecenie administratora G przez wnioskodawcę obejmujące m.in.: wynajem (wraz z obsługą) samochodów ciężarowych przystosowanych do montażu pługów oraz ciężkiego sprzętu służącego do utrzymania dróg i odśnieżania; pełnienie dyżurów związanych z zimowym utrzymaniem dróg (np. nadzór nad prawidłowym przebiegiem prac, sterowanie wykonaniem odpowiednich czynności, patrołowanie i monitorowanie stanu nawierzchni dróg, monitorowanie warunków pogodowych) mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”. W konsekwencji uznać należy, iż w opisanym we wniosku zdarzeniu przyszłym mamy do czynienia z kompleksową usługą zimowego utrzymania dróg na obszarze działania G oddziału w natomiast wszystkie czynności podejmowane przez wnioskodawcę w ramach jej wykonywania - wymienione przez Wnioskodawcę we wniosku - są podejmowane w ramach przedmiotowej usługi i mają charakter elementów składowych tej usługi.

Mając na uwadze przedstawiony stan faktyczny oraz powołane przepisy należy stwierdzić, że w sytuacji gdy usługi, które świadczy wnioskodawca, w ramach zimowego utrzymania dróg krajowych, są wykonywane na podstawie Jednej umowy regulującej kompleksowe świadczenie i mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.29.12.0, to podlegają one opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 8% na podstawie art 41 ust 2 ustawy w związku z art 146a pkt 2 i w związku z poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę całe wynagrodzenie za wykonanie kompleksowej usługi powinno być opodatkowane stawką 8% VAT na podstawie art 41 ust 2 ustawy o VAT w związku z art 146a pkt 2 i w związku z poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy o VAT, bowiem wszystkie usługi, objęte przedmiotem zamówienia, w ramach umowy dotyczącej letniego i zimowego

utrzymania pasa drogowego mieszczą się w grupowaniu 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu” PKWiU 2008.

Zamawiający prawidłowo wskazał zatem w SWZ stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Nadto odwołujący, wykonując dla zamawiającego usługi w zakresie oczyszczania i odśnieżania również wystawia faktury z podatkiem VAT liczonym według stawki 8%.

W dniu 12 października 2021 r. odwołujący podtrzymał w całości zarzuty zawarte w treści odwołania,

Zgodnie z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu w dniu 6 października 2021 roku podtrzymał swoje stanowisko o pozorności uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i wniosł o nieuwzględnienie wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie rzutów dotyczących:

- 1) naruszenia art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp - w związku z tym, że zmiana brzmienia §7 ust. 3 umowy dokonana przez Zamawiającego nie gwarantuje faktycznego uzyskania przez Wykonawcę minimalnej kwoty wynagrodzenia deklarowanego przez Zamawiającego tj. 80% kwoty określonej w §7 ust. 1 umowy - tzw. zakres pracy,
- 2) naruszenia art. 230 ustawy Pzp - w związku z brakiem prawidłowego określenia lub nieokreślenia zasad aukcji elektronicznej - tzw. aukcja elektroniczna,
- 3) naruszenia art. 439 ustawy Pzp - w związku z brakiem prawidłowych regulacji dotyczących klauzul waloryzacyjnych - tzw. waloryzacja wynagrodzenia.

Ad. 1. Zakres pracy

Przywołane w treści odwołania pierwotne postanowienia SWZ wskazywały na brak zagwarantowania minimalnego zakresu umowy. Podnosząc ten zarzut odwołujący wskazywał w złożonym odwołaniu na postanowienia rozdziału IV pkt. 7-9, postanowienia §4 wzoru umowy oraz wymagania dotyczące konieczności zagwarantowania przez cały okres realizacji umowy sprzętu i ludzi. Tym samym, odwołujący nie godząc się na ponoszenie kosztów bez wynagrodzenia zarzucił, że zamawiający zobowiązany jest do zagwarantowania minimalnego zakresu wykonania umowy, bowiem jest to konieczne do zagwarantowania wykonawcy względnego bezpieczeństwa kontraktowego. Przy tak dużym zaangażowaniu środków, a co za tym idzie kosztów gotowości nie jest możliwe, aby zamawiający mógł mieć prawo do jednostronnej i nieograniczonej zmiany zakresu stanowiącego przedmiot zamówienia.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie i zmienia postanowienia brzmienia §7 ust. 3, który otrzymuje brzmienie: „łączna wartość wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji umowy nie będzie niższa niż 80% kwoty określonej w ust. 1”. Dodatkowo zamawiający uwzględnił kwestię związaną z określeniem dłuższych terminów pozwalających na zmianę harmonogramu wykonywania prac, kategorii i zakresów

ustalając minimalny termin 7 dni. Zmiana wprowadzenia minimalnego terminu zmian co do

realizacji umowy jest zmianą satysfakcjonującą wykonawcę - w związku z czym w tym wąskim zakresie Odwołujący uznaje, że zamawiający dokonał uwzględnienia odwołania i zmienił postanowienia SWZ zgodnie z jego żądaniem.

Jednakże Wykonawca w treści odwołania wnosił o: „(...) określenie przez zamawiającego minimalnej wartości zamówienia, która na pewno zostanie zlecona wykonawcy, tj. za którą przy spełnieniu wszelkich warunków wynikających z zawartej umowy, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w ramach realizacji niniejszego zamówienia”.

Zamawiający uwzględniając ten zarzut dokonał zmiany postanowienia §7 ust. 3 wzoru umowy - jednakże wprowadzenie tego postanowienia przy istnieniu innych postanowień umownych - w tym m.in. §7 ust. 2, ust. 4, ust. 5 i ust. 6 - oraz przy braku wprowadzenia jakiegokolwiek mechanizmu pozwalającego wykonawcy dochodzić wynagrodzenia do deklarowanej wysokości jest działaniem pozornym.

Po pierwsze nie zgodził się ze stanowiskiem, że wykonawcy przysługuje roszczenie o zapłatę na drodze postępowania sądowego. Wykonawca składający odwołanie na postanowienia SWZ i wzoru umowy, ponosząc w tym zakresie koszty nie ma interesu w tym, aby w przyszłości dochodzić swoich należności na drodze sądowej.

Nie jest zasadnym również twierdzenie zamawiającego, że jakiegokolwiek regulacje narażają zamawiającego na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Dalej - deklaracje, że w przyszłości wynagrodzenie do deklarowanej wysokości zostanie zapłacone również nie mogą zostać przejęte jako mechanizmy chroniące interes wykonawcy. Po pierwsze oświadczenia składane na rozprawie nie muszą być respektowane przez osoby, które ewentualnie w przyszłości będą podejmowały decyzje dot. realizacji tej umowy, a po drugie to wypłacenie wynagrodzenia na podstawie postanowień §7 ust. 3 przy pozostawieniu pozostałych postanowień §7 (tj. §7 ust. 2, ust. 4, ust. 5 i ust. 6) stanowiłoby zdaniem wykonawcy naruszenie dyscypliny finansów publicznych wobec sprzeczności tych postanowień. Jeśli wykonawca miałby uznać, że zamawiający uwzględnił odwołanie w tym zakresie to w treści wzoru umowy musi znaleźć się mechanizm wypłaty należności do deklarowanej przez zamawiającego wysokości. Takie postanowienia nie są niczym nowym i z powodzeniem funkcjonują u innych zamawiających - i tak dla przykładu MZDiI z siedzibą w Zabrzu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „zimowe utrzymanie dróg i placów na terenie miasta Zabrze z podziałem na części” (postępowanie toczące się niemalże równoległe z przedmiotowym) posiada takie postanowienia, które sprowadzają się do tego, że jeśli wykonawca nie otrzyma minimalnego, gwarantowanego wynagrodzenia to zamawiający w terminie 30 dni po podpisaniu ostatniego protokołu odbioru i zsumowaniu należnego wykonawcy wynagrodzenia za przedmiot umowy sporządzi protokół wyrównania. Do wyliczonej w ten sposób kwoty wykonawca wystawiając fakturę doliczy podatek od towarów i usług według obowiązującej stawki.

Dowód nr 1: wyciąg z postępowania prowadzonego przez MZDiI

Odwołujący wniósł o uwzględnienie we wzorze umowy następującego postanowienia:

„W przypadku, gdy w terminie wykonania umowy o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy, zamawiający nie zleci wykonawcy robót na łączną minimalną wartość wynoszącą 80% wynagrodzenia określonego w §7 ust. 1 umowy, strony w terminie 7 dni sporządzą protokół wyrównawczy stanowiący różnicę pomiędzy wartością wynikającą z §7 ust. 1 umowy, a wartością wynikającą z §7 ust. 3 umowy. Wykonawca na kwotę wskazaną w protokole wyrównawczym wystawi fakturę VAT, przy zastrzeżeniu, że do kwoty wskazanej w protokole doliczony zostanie podatek VAT według obowiązującej stawki tj. 23%”.

Zdaniem odwołującego nawet taka zmiana jedynie w minimalnym stopniu ochrania wykonawcę, bowiem czym innym jest zakres wartościowy a czym innym zakres rzeczowy i oba te pojęcia nie są równoważne - zakres rzeczowy w wysokości 80% nie pokryje się z zakresem wartościowym w wysokości 80%. Tym samym tak czy inaczej wykonawca ponosi ryzyko tzw. gotowości bez wynagrodzenia. Mając jednak na uwadze wniesione odwołanie wprowadzenie postanowień jak powyżej zostanie przez wykonawcę uznane jako uwzględnienie odwołania. Takie regulacje są konieczne, bowiem jak zostało wykazane na posiedzeniu, brak takich regulacji powoduje, że zamawiający w sposób dowolny kształtuje wynagrodzenie wykonawcy, o czym świadczy dowód nr 1 w postaci protokołu z negocjacji i korespondencji dot. zamówienia z wolnej ręki w zadaniu nr 1, jak również dowód nr 2 o zmianie wynagrodzenia po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

(obydwa dowody złożone na posiedzeniu)

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w kontekście przedstawionych dowodów informujemy, że oświadczenie o braku zapłaty wynagrodzenia za zamówienia w trybie z wolnej

ręki - wbrew temu co twierdzi zamawiający - nie wynikało z przyczyn zmiany terminów przez wykonawcę, bowiem wyłącznie w dniu 17 września 2021 roku został złożony wniosek o możliwość przesunięcia o 1 dzień terminu koszenia z uwagi na opady deszczu. Takie warunki atmosferyczne uniemożliwiały koszenie ze względów bezpieczeństwa pracowników i technologię wykonania. Złożony wniosek o przesunięcie terminu z uwagi na warunki atmosferyczne nie został przez zamawiającego uwzględniony. Zlecenie wykonano terminie wynikającym z ustaleń umownych. Wnioski dotyczące uwag, które zostały ujęte w protokole z negocjacji, odnoszą się do nierealności zlecenia ilość koszonej powierzchni z uwagi na zbyt krótki czas w stosunku do obszaru (70 ha w ciągu 30 dni, przy jednoczesnym założeniu, że koszenie odbywa się po 2 h w ciągu dnia - co powoduje, że zamawiający od samego początku opisuje zakres przedmiotu zamówienia w sposób zawyżony, bowiem $70/2 = 35$ dni). Jednocześnie wiadomym jest, że koszenie nie może odbywać się w dni, w których kompostownia nie odbiera trawy, bowiem zgodnie z przepisami prawa skoszona trawa musi tego samego dnia być przewieziona do kompostowni. Tak więc niewykonanie planowanego (zawyżonego) zakresu nie wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy a wadliwego oszacowania tego zakresu.

Z uwagi na te wszystkie okoliczności interesem wykonawcy jest doprowadzenie do takiego brzemienia SWZ, która choć w minimalnym stopniu będzie pozwalala na przewidywalność usługi jaka ma zostać wyceniona w tym postępowaniu.

Ad. 2. Aukcja elektroniczna

Odwolujący również nie uznał, że zamawiający uwzględnił odwołanie i doprecyzował postanowienia dotyczące akcji elektronicznej. Wprowadzenie modyfikacją z dnia 4 października 2021 roku postanowień rodzaju XIX pkt. 6 przez dookreślenie, że aukcja dotyczy kryterium „cena” oraz wprowadzenie zupełnie niezrozumiałych postawień w rozdziale XIX pkt. 9 zdaniem odwołującego nie stanowi uwzględnienia odwołania.

Odwolujący zgodnie ze złożonym odwołaniem wskazał, że w niniejszym postępowaniu z uwagi na sposób ukształtowania ceny ofertowej, a także z uwagi na sposób jej kalkulacji (cena ofertowa jest składową cen jednostkowych i ilości usług określonych przez zamawiającego) nie jest możliwe przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Również po dokonanej modyfikacji jest to niemożliwe. Skoro bowiem aukcja elektroniczna zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego ma dotyczyć ceny to powstaje pytanie w jaki sposób po przeprowadzaniu aukcji całościowa cena, o której mowa w kryterium (która jest wynikiem przeprowadzonych działań matematycznych - cena jednostkowa razy szacunkowy przedmiar prac) będzie następnie „podzielona”, odniesiona na ceny jednostkowe za poszczególne usługi.

Odwolujący wskazał, że zamawiający wskazał, że minimalna wysokość postąpienia wynosi 0,5% ceny oferty z najniższą ceną z zaokrągleniem do pełnych groszy. Minimalne wartości postąpień składanych w toku aukcji to 0,01 PLN.

Te dwie informacje choć mają sprawić wrażenie doprecyzowania wzajemnie się wykluczają. Z treści SWZ - również tej po modyfikacji - wynika, że aukcja odnosi się do ceny, w której w chwili obecnej mamy dwa minimalne postąpienia 0,5% i 0,01 zł.

Jeśli ta druga wartość ma odnosić się do cen poszczególnych usług to nie wiadomo do których - brak wskazania. Odwołujący wskazał, że bez wątpienia w tym postępowaniu mamy do czynienia z formułą kosztorysu, co oznacza, że konieczna jest informacja w stosunku do których pozycji będzie przeprowadzona aukcja - a jeśli do wszystkich to wskazanie drugiego minimalnego postąpienia świadczy o niewiedzy zamawiającego, bowiem wartość ta przy zastosowaniu do niektórych pozycji powodowałaby, obniżenie ceny poniżej 0 zł. Ceny jednostkowe za poszczególne usługi opiewają na wartości np. 0,01300 zł, 0,0200 zł, 0,0230 zł - tak niskie wartości w ofertach wynikają z charakteru przedmiotu zamówienia, gdzie ceny dotyczą np. 1 m² oczyszczania drogi, przystanku i tym podobne. Ta szacowana ilość, skala usługi, jej wielokrotność „robi” kwotę - a nie cena jednostkowa.

Tym bardziej nie jest możliwe przeprowadzenie aukcji w stosunku do ceny całościowej, co do której zamawiający stwierdził, że minimalne postąpienie to 0,5% od najniższej ceny. Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, że przy tak ukształtowanym postępowaniu i sposobie kalkulacji ceny aukcja elektroniczna nie jest możliwa.

Ponadto pomimo oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w dokumentacji postępowania w dalszym ciągu brak jest informacji o elementach, których wartości będą przedmiotem aukcji, ilości postąpień, czasie trwania aukcji, czasie zamknięcia aukcji, informacji jakie zostaną przekazane wykonawcom podczas aukcji, terminu ich przekazania, warunków na jakich wykonawcy będą mogli licytować.

Odwolujący wniósł o całkowite wyeliminowanie regulacji dotyczących aukcji elektronicznej z treści SWZ, gdyż opisana instytucja nie pozwala na przeprowadzenie aukcji.

Ad. 3. Waloryzacja wynagrodzenia

Również w odniesieniu do waloryzacji wynagrodzenia zdaniem odwołującego nie można uznać, że wprowadzenie do § 21 ust. 2 lit. c) wzoru umowy informacji, że wskaźnikiem do waloryzacji jest wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS jest wystarczający.

Zamawiający bowiem w §15 ust. 4 wzoru umowy zastrzegł, że przewiduje zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W §21 ust. 2 lit. a określił, że możliwość waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nastąpi na wniosek, a poziom „zmiany ceny materiałów i kosztów” (czyli innymi słowy straty) ustalił na 7%. Dopiero przy takiej stracie wykonawca może zwrócić się z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia, a zamawiający po dokonaniu oceny złożonych dokumentów podejmie decyzję o zwaloryzowaniu wynagrodzenia. Waloryzacja ta odbędzie się - zgodnie z modyfikacją z dnia 4 października 2021 roku - o wskaźnik wynikający ze zwiększenia kosztów dot. cen towarów i usług konsumpcyjnych. Jednakże wskaźnik ten odnosi się do tzw. „gospodarstw domowych” - a nie materiałów i kosztów związanych z prowadzeniem działalności związanej z realizacją przedmiotu zamówienia, a więc usług oczyszczania miasta. W konsekwencji podany przez zamawiającego wskaźnik w żaden sposób nie odnosi się do przedmiotu zamówienia.

Ponadto już na etapie składania wniosku - wykonawca ponosi stratę na poziomie 7% a ewentualną rekompensatę otrzyma na poziomie wynikającym z wskaźnika, tj. np. w roku 2020 - 3,4%, w roku 2019 - 2,3 %, w roku 2018 - 1,6% itd.

Dowód nr 2: wysokość wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS

To oznacza, że pomimo uznania przez zamawiającego, że realny wzrost kosztów cen materiałów i kosztów związanych z przedmiotem zamówienia wyniósł minimum 7% to i tak wykonawca otrzyma znacząco niższe „wyrównanie jego strat”, bowiem w oparciu o wskaźnik

GUS.

Takie działanie jest całkowicie nie do przyjęcia i dlatego odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko i twierdzi, że odwołanie nie zostało uwzględnione.

Po pierwsze waloryzacja jest obowiązkiem zamawiającego, bowiem ma kompensować straty jakie ponosi przedsiębiorca w związku z realizacją zamówienia publicznego. Po drugie - wskaźnik waloryzacji ma dotyczyć obszaru kosztów i materiałów związanych z przedmiotem zamówienia a nie będącym w całkowitym oderwaniu do tych kosztów.

Wreszcie nie jest prawdą, że czynniki kosztotwórcze są odmienne dla każdego z wykonawców - bez wątpienia nie różnią się one w zasadniczym obszarze jaki jest konieczny do wykonywania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, np. w zakresie kosztów paliwa, soli drogowej, piasku, czy ceny odpadów.

Zatem to właśnie w odniesieniu do tych elementów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający powinien odwoływać się w przypadku waloryzacji.

Ponadto waloryzacja ma być realna co oznacza, że ma faktycznie pokrywać poniesione straty związane z zakupem materiałów - nie może być bowiem tak, że zamawiający ustala sobie próg, od którego możliwe jest podjęcie decyzji o waloryzowaniu wynagrodzenia. Mechanizm waloryzacji znany chociażby z waloryzacji wynagrodzeń jest jednoznaczny i prosty - w przypadku ustawowego wzrostu wynagrodzenia należna jest wartość wynikająca z waloryzacji i nikt nigdy nie formułuje postanowień, w których stawia dodatkowe warunki. Tak też musi być w przypadku wzrostu kosztów cen materiałów, bowiem jeśli koszty te wzrosną w stosunku do czasu w jakich jest formułowana treść oferty i to bez względu na przyczyny tego wzrostu (zalamanie rynku, brak dostaw, okoliczności pandemii itp.) to zamawiający ma obowiązek zwaloryzować wynagrodzenie o realny wzrost cen.

Wyznacznikiem zatem i podstawą do waloryzacji wynagrodzenia winien być wskaźnik różnicy w okresie rocznym wypadkowych kluczowych kosztów ustalonych w oparciu o ceny w dniu otwarcia ofert, a następnie po kolejnym roku. Wartość kosztów powinna zostać ustalona u Państwowych dostawców materiałów tj. PKN Orlen, KGHM Miedź Polska, czy ceny odpadów uśrednionej w regionie: - paliwa, - soli drogowej, - odpadów.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów i stanowiska zamawiającego odwołujący je podtrzymał i stwierdził co następuje:

I. Sprzęt - polewaczka

Odwolujący podtrzymał swój zarzut dot. wadliwego opisu wymagań co do parametrów technicznych polewaczki, stwierdzając, że argumentacja zamawiającego, że „w celu wykonania polewania pojazd nie musi zostać w całości zapełniony wodą co pozwoli zredukować masę całkowitą” świadczy o niezrozumieniu zarzutu przez zamawiającego.

Odwolujący wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że nie ma pojazdu - polewaczki o DMC do 2,5 tony z jednoczesnym spełnieniem wymagania posiadania zbiornika o pojemności 2 m³. Nie jest bowiem technicznie możliwe, aby jakkolwiek pojazd, który waży niespełna 500 kg poniósł obciążenie 2000 kg. Jak już zostało wskazane sprzęt taki nie może z technicznego punktu widzenia być dopuszczony do ruchu po drogach publicznych.

Zakładając, że 2 m³ wody waży 2000 kg, to po odjęciu masy wody w zbiorniku od zakładanej dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu wynoszącej 2500 kg, masa konstrukcji pojazdu i pustego zbiornika na wodę musiałaby wynosić 500 kg, co jest technicznie niewykonalne, biorąc pod uwagę, że będzie to samochód wraz z normalnym wyposażeniem, olejami, smarami, paliwem, a także urządzeniami takimi jak zbiornik polewaczki, pompy, zraszacze, węże, zawory i inne, jak również z masą własną kierowcy.

Zwykły samochód osobowy posiada DMC 1200-1500 kg - nie może zatem samochód ciężarowy, tj. przeznaczony do przewozu towaru - zbiornika z wodą 2000 kg - ważyć 500 kg. Absurd tego wymagania należy również zauważyć w innym aspekcie. Skoro zamawiający wymaga takiego pojazdu - w tym pojazdu posiadającego zbiornik 2000 m³ - to musi ofertę z takim zbiornikiem zbadać i sprawdzić czy wykonawca rzeczywiście ofertuje pojazd spełniający łącznie te dwa parametry. Jak więc zamierza to zweryfikować - mówiąc jednocześnie, że w zbiorniku może być mniej wody? Po co zatem zamawiający w ogóle postawił takie wymaganie?

Brak logiki utrzymywania tego wymagania nie jest podyktowane troską o koszt na rynku. W ocenie odwołującego jest to bezrefleksyjne kopiowanie postanowień „starej SWZ” i to bez jakiegokolwiek uzasadnienia podtrzymywanie stanowiska wobec zmian tego uregulowania w stylu „nie - bo nie”.

Nie jest argumentem dla błędnego opisanie wymagania stwierdzenie, że sprawa ta była poruszana w wyroku KIO 569/21, bowiem w postępowaniu orzeczonym ww. wyrokiem Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący polewaczki jest zarzutem spóźnionym i nie został rozpoznany w sposób merytoryczny (wyrok str. 29 akapit 6).

Nie jest też prawdziwe twierdzenie zamawiającego, że wnioskowane - prawdziwe i realne dopuszczenie pojazdu o DMC 4,5 t - jest troską o jakość nawierzchni rynku. Podkreślić bowiem należy, że ograniczanie tonażowe w zakresie taboru znajduje się tylko dla polewaczki, zaś w zakresie innych sprzętów takiego ograniczenia brak. Po drugie polewanie płyty rynku odbywać się będzie tylko w najbardziej upalne dni, a dopuszczenie pojazdu o DMC do 4,5 t bez wątpienia nie naruszy nawierzchni rynku, bowiem pojazdy o dużo większej masie na nawierzchni rynku już się znajdowały i nawierzchni tej nie naruszyły.

Dowód nr 3: zdjęcia z rynku, gdzie demonstrowane były pojazdy wojskowe, których DMC przekracza 22 tony czy też wykorzystywany był sprzęt zamawiającego o ciężarze około 12

ton

Dla żadnego innego pojazdu w SWZ nie postawiono wymagań co do tonażu - co świadczy

co najmniej o braku konsekwencji w zakresie postawionego warunku - i to jak zostało już wskazane - warunku niemożliwego do spełnienia, w związku z czym odwołujący wniósł o wykreślenie ograniczenia tonażowego - DMC dla polewaczki lub skorygowanie wymagania poprzez dopuszczenie pojazdu o DMC do 4,5 t.

Dowód nr 4: opinia rzeczoznawcy z dnia 5 lipca 2021 roku

II. Sprzęt - zmiatarka ssąca a nie elewatorowa

Zarzut dotyczący sformułowania wymagania przez dopuszczenie do realizacji przedmiotu

zamówienia jedynie zmiatarki ssącej jest w ocenie Odwołującego w pełni zasadny. Rezygnacja z zmiatarek elewatorowych jest całkowicie niezrozumiała, nie znajduje uzasadnienia w potrzebach zamawiającego wynikających z SOPZ, w wymogach prawnych, technicznych ani ekologicznych - przez co ogranicza istotnie konkurencję. W praktyce nie ma prawnych ograniczeń stosowania zmiatarek elewatorowych - jest to jedna z technologii maszyny. Zmiatarki dostępne na rynku różnią się rozwiązaniami technicznymi „zbierania odpadów”. Jak już zostało wskazane w odwołaniu elementem wyróżniającym jest zastosowany system podnoszenia odpadów z oczyszczanej nawierzchni. W przypadku zmiatarek ssących odpady są podnoszone z nawierzchni poprzez zassanie, ciąg powietrza - działanie takie jak w

popularnych odkurzaczach. W przypadku zamiatarek elewatorowych odpady (zmiotki) są zmiatane na szuflę, z której trafiają bezpośrednio lub pośrednio poprzez podajnik, taśmociąg do zbiornika na odpady. Nazwa elewatorowa bierze się od tego podajnika nazywanego elewATOREM tzn. windą. W obu rodzajach zamiatarek usługa jest „wykonywana” za pomocą szczotek w zestawach jednoszczotkowych, dwuszczotkowych, trzyszczotkowych. Po zebra- niu zanieczyszczeń, zmieceniu są one podnoszone z nawierzchni tymi różnymi systemami. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołuje się na wyrok KIO 569/21 - wskazując, że w tamtym postępowaniu Izba nie zakwestionowała żądania zamiatarek ssących. Uzasadnio- ne potrzeby Zamawiającego muszą jednak dotyczyć tego postępowania - a nie innego - a w tym postępowaniu (w tym w szczególności w odpowiedzi na odwołanie) nie pojawiły się żad- ne argumenty wskazujące na uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Jeśli zaś uznać, że jakimkolwiek argumentem jest argument pylenia - to należy wskazać, że jest on całkowicie nieuzasadniony, bowiem każdy rodzaj zamiatarek jest normalizowany w normie PN-EN 154293:2015-05E. Norma ta ustala warunki dopuszczające do pracy zamia- tarki bez względu na rozwiązania techniczne. Oceniany jest za to poziom hałasu, poziom pylenia, możliwość eliminacji wtórnego zapylenia pyłami PM10, PM2,5, PM1, czy też zanie- czyszczeniami zgrubnymi.

Tym samym nie ma żadnych obiektywnych okoliczności wskazujących na „lepszosc” zamia- tarki ssącej od elewatorowej. Zdaniem Odwołującego jest to podobnie jak w przypadku po- lewaczki bezrefleksyjne powielanie postanowień starej SIWZ.

Jakość przemawia na korzyść zamiatarek elewatorowych. W tym miejscu odwołujący powtó- rzył 12 z 13 punktowej argumentacji o lepszych parametrach zamiatarki elewatorowej poda- ną w odwołaniu.

Podkreślił, że nie jest wiadomym, dlaczego zamawiający uznał, że zamiatarki elewatorowe nie mogą być wykorzystywane w tym postępowaniu.

Wniósł o dopuszczenie zamiatarek elewatorowych.

III. Baza

Odwołujący podtrzymał zarzut dot. braku doprecyzowania wymagań dot. dysponowania ba- zą. Zamawiający wymaga jedynie bazy w granicach miasta Bytomia lub w odległości do 18 km liczonej od granicy miasta. Odwołujący dopomina się doprecyzowania wymagań z uwagi na konieczności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a także okoliczność, że zamawiający zobowiązany jest ukształtować wymagania w sposób równy dla wszystkich Wykonawców. Brak doprecyzowania wymagań nie realizuje obowiązku równego traktowania wykonawców - nie może być bowiem tak, że profesjonalni wykonawcy posiadając bazę spełniającą wszystkie wymagania dla składowania materiałów chemicznych stosowanych w ramach Akcji Zima konkurują z innymi, którzy na potrzeby spełniania warun- ku wynajmą na przykład zwykły parking. W tym miejscu odwołujący ponowił argumentację zawartą w odwołaniu. Wniósł o nakazanie zamawiającemu wprowadzenie do SWZ obiek- tywnych, wymiernych definicji w zakresie wymagań co do bazy ze wskazaniem elementów odnoszących się do wymogów bazy sprzętowo-materiałowej, a także poprzez ustalenie jakie mają być zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu.

Jednocześnie o nakazanie zamawiającemu wprowadzenie do SWZ wymogu posiadania de- cyzji na zbieranie odpadów w bazie sprzętowo-materiałowej, co w sposób ustawowy narzu- całoby wymagane w zakresie takich baz wymogi.

Brak takich żądanych powoduje, że zamówienie uzyskują wykonawcy, którzy swoje zaplecze zabezpieczają niezgodnie z obowiązującymi przepisami o gospodarce odpadami na parkin- gach osiedlowych, pod blokami. Dyskryminacji będą poddani wszyscy wykonawcy, którzy zainwestowali w należyte przygotowanie bazy do przepisów sanitarnych, pracowniczych, środowiskowych.

Wymagania dot. bazy w postępowaniach tego rodzaju i definiowanie tego pojęcia przez pry- zmat obowiązujących przepisów nie jest niczym nadzwyczajnym, jest to wręcz powszechna praktyka, że wymagając bazy należy ją rozumieć przez pryzmat m.in. wspomnianych powy- żej przepisów. Żądania prowadzą się zatem do tego, że jeśli zamawiający stawia warunek to winien dla przejrzystości i jasności wymagań swz doprecyzować pojęcia, tylko taka prak- tyka daje bowiem pewność, że złożone oferty będą porównywalne. (m.in. o tym jak definio- wane jest pojęcie bazy i jak jest to istotne dla uniknięcia późniejszych odwołań po złożeniu ofert świadczą wyroki KIO 1433/13, KIO 1323/16, KIO 161/18.

IV. Tonaż

Podobnie jak w przypadku braku dookreślenia opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ba- zy, zamawiający nie dokonał żadnego opisu przedmiotu zamówienia w przypadku wymagań

dotyczących pojazdów. Ograniczenia obciążenia na ulicach, na których ma być świadczona usługa jest faktem i to zamawiający ma obowiązek na etapie postępowania poinformować wykonawców jakie są warunki realizacji przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta bez wątpienia wpływa na to jak niniejsze zamówienie będzie wykonywane (jakimi pojazdami) lub też innymi słowy jakie są ograniczenia wykonywania usługi. Nie może być tak, że zamawiający odsyła wykonawców do zapoznania się z warunkami zamówienia z innych, bliżej niesprecyzowanych źródeł lub odwołuje się do praktyki świadczonych usług.

Ograniczenia tonażowe w połączeniu z warunkami dotyczącymi pojazdów ściśle się ze sobą łączą, bowiem żądając określonych pojazdów zamawiający musi mieć wiedzę, a wykonawca pewność, że możliwe jest wykonanie usługi za pomocą tych pojazdów. W tym postępowaniu takiej pewności nie ma.

Usługa w 90% świadczona jest w obrębie ścisłego centrum, gdzie praktycznie na każdej z ulic jest ograniczenia czy to dotyczące DMC, czy nacisku osi czy ograniczeń dla wjazdu samochodów ciężarowych o wskazanym na znakach ciężarze rzeczywistym. Brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w tym aspekcie może doprowadzić do sytuacji, w której nawet po wyborze oferty wykonawca nie będzie mógł świadczyć usługi. To obowiązkiem zamawiającego jest takie sporządzenie SWZ, które wyeliminuje ten element niewiedzy. Zgodnie z ustawą z dnia 18 grudnia 2020 roku o drogach publicznych (w której ustawodawca wdrożył postanowienia orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21.03.2019 r. w sprawie C127/17 Komisja Europejska przeciwko Polsce) ustalono, że na drogach publicznych możliwy jest ruch pojazdów o dopuszczonym nacisku pojedynczej osi napędowej do 11,5 tony. Wyjątkiem od tej zasady są drogi gruntowe, gdzie dopuszczono ruch pojazdów z naciskiem na osi do 8 ton. Warunki te są zmieniane jedynie poprzez decyzję zarządcy drogi działającego w imieniu organu samorządowego. Z taką sytuacją mamy również do czynienia w mieście Bytomiu, gdzie jedynie część dróg zbiorczych, dróg krajowych i wojewódzkich nie ma ograniczeń tonażowych. Natomiast wszędzie tam, gdzie parametry drogi uniemożliwiają poruszanie się pojazdów ciężkich, o dużych gabarytach lub przebiegają przez osiedla, obszary chronione przyrodniczo, przy przedszkolach, obszarach szkół górniczych wprowadzono ograniczenia tonażowe. Uczyniono to poprzez ustawienie pionowych znaków zakazu wjazdu pojazdów o określonej rzeczywistej masie całkowitej - B-18, dopuszczalnej masie całkowitej samochodów ciężarowych - B-5 czy też znaków zakazu wjazdu pojazdów o określonym nacisku osi - B-19.

Ograniczenia te wprowadzono w interesie mieszkańców, którzy nie życzą sobie przysłówiowych „tirów” na osiedlach czy przy przedszkolach. W obszarach o ograniczonym tonażu nie jest możliwe wykorzystanie ciężkich pojazdów ciężarowych, które nie są technicznie dostosowane do poruszania się po takich wyłączonych odcinkach.

W związku z powyższym w opisie przedmiotu zamówienia konieczne jest ujawnienie takich informacji i ustalenie tonażu samochodów, które będą wymagane przez zamawiającego i podlegały ocenie warunków w zakresie zdolności technicznej. Brak takich ustaleń prowadzi do sytuacji, że mogą zostać w ofertach wykazane pojazdy przy pomocy których nie jest możliwe wykonanie usługi na drogach o ograniczonym tonażu tak jak miało to miejsce w przypadku Zadania nr 4 i Zadania 3.

Dowód nr 5: Oferta firmy ZUDiK DROMAR Marian Kaliściak wraz ze wskazaniem ciągnika samochodowego do przewożenia maszyn budowlanych zamiast pługosolarki

V. Gotowość

Całkowicie nie zgodził się odwołujący ze stanowiskiem zamawiającego zaprezentowanym w odpowiedzi na odwołanie, że wydzielenie jako odrębnej pozycji za gotowość było nieracjonalne z uwagi na duże rozbieżności pomiędzy cenami wykonawców. Taka okoliczność nie stanowi uzasadnienia dla prawa do obciążenia wykonawców utrzymaniem w gotowości ludzi i sprzętu bez względu na to czy otrzymuje on wynagrodzenie za świadczone usługi, np. ze względu na brak wystarczających warunków pogodowych.

Pozycja gotowości obejmuje usługę dyżurowania, monitorowania pogody, wyczekiwanie na zmianę warunków atmosferycznych i to zarówno dyspozytora jak i części załogi, od której wymagane jest natychmiastowe podjęcie działań.

Zamawiający w jednym z kryteriów ustalił „Czas przystąpienia” do czynności zimowego utrzymania polegających na przejeździe jednorazowym, alarmowym, czy utrzymaniu dobowym, a także czas przystąpienia do prac zimowego utrzymania całym zadeklarowanym sprzętem. Postawienie wymagania działań w czasie od 20 do 60 minut wprowadza standard reakcji odpowiadający działaniom służb ratowniczych. Aby takie czynności podjąć wymagana jest „gotowość”, oczekiwanie na konieczne działania. Czas oczekiwania to realne, rzeczywiste koszty ponoszone na zabezpieczenie niezbędnego zespołu i sprzętu by ten w wymaganym czasie zareagował.

Zamawiający uznał, że za tak istotny element nie jest należne wynagrodzenie, z czym nie możemy się zgodzić. Utrzymanie jest istotnym elementem wynagrodzenia i kosztów jakie musi ponieść wykonawca świadczący usługę. Tym bardziej, że usługa świadczona ma być do 04.2025 r. trudno przewidzieć warunki atmosferyczne na tak długiej przestrzeni czasu, a w obecnej konstrukcji zamówienia jedynie warunki „zimowe” dają szansę na pokrycie choć w minimalnym stopniu kosztów utrzymania gotowości. Tym samym wniósł o wydzielenie jako odrębnej pozycji kosztorysowej ceny za gotowość.

VI. Podatek VAT

Odwołujący podtrzymał stanowisko dot. wadliwie wskazanej stawki podatku VAT. Zamawiający posługuje się interpretacjami nieaktualnymi. Obecnie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy jest stanowisko Ministra Finansów i Polityki Regionalnej z dnia 26 stycznia 2021 roku.

Dowód nr 6: objaśnienia podatkowe z dnia 26 stycznia 2021 roku

Obniżona stawka podatku VAT została wskazana wadliwie, bowiem zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa obniżona 8% stawka podatku VAT może dotyczyć tylko usługi określonej w poz. 50 załącznika nr 3 do ustawy o podatku VAT pod pozycją PKWU 81.29.12.0 - usługa zamykania i usuwania śniegu dla pozycji „Akcja zima - przejazd jednorazowy” oraz

„Przejazd alarmowy”.

W ocenie odwołującego stawka taka mogłaby się również odnosić do pozycji związanej z

mechanicznym i/lub ręcznym oczyszczaniem nawierzchni ulic w okresie letnim czy też opróżniania koszy. Pozycje te mają charakter wywołaniowy (zlecenia), gdzie po wydaniu polecenia lub według zleconego cyklu działania wykonawca wykonuje wymienioną i odpowiadającą obniżce podatkowej usługę. Usługi, których charakter jest złożony, które nie dotyczą podejmowania wyodrębnionej czynności, a cykle prac lub działań to usługi objęte stawką 23% - usługi utrzymaniowe. W omawianym postępowaniu przetargowym za takie prace należy uznać „Akcja zima dobową”. Jak zapisano w SOPZ na stronie 5, w ramach dobowego utrzymania

Wykonawca będzie wykonywał czynności przez 24 godziny, a jej wynikiem jest utrzymanie

właściwego standardu drogi. Jest to robota utrzymaniowa. Podobnie za taką robotę należy uznać oczyszczanie trawników pasów przyjezdniowych na wskazanie. W przypadku tej usługi połączono prace związane z oczyszczaniem zanieczyszczeń trawników z ich wygrabianiem z opadłych liści, usuwaniem powalonych drzew i innych odpadów wywołanych czynnikami komunikacyjnymi. W tym wypadku z uwagi na połączenie prac ogrodniczych ze sprzętającymi wykluczona jest możliwość uznania, że wykonywana jest jedna czynność, co umożliwiłoby klasyfikację przy 8% stawce podatku VAT.

Ponadto jak już zostało wykazane (czemu nie zaprzecza zamawiający) usługi oczyszczania połączone zostały również z „gotowością” w okresie letnim i zimowym - tzn. że nie mamy do czynienia z usługą wskazaną w PKWU 81.29.12.0, bowiem mamy do czynienia z usługą

tam wskazaną + gotowość. W związku z czym nie mamy do czynienia z usługą, co do której przepisy prawa pozwalają na zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT. A zatem bez wyodrębnienia „gotowości” usługi takie podlegają opodatkowaniu 23% stawką podatku VAT zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt. 1 ustawy.

Już tylko w tym aspekcie konieczna jest zmiana postanowień SWZ.

Wykonawca, który jest odpowiedzialny za prawidłową stawkę podatku VAT nie może godzić

się na składanie oferty ze stawką wadliwą bowiem to prowadzi do odpowiedzialności prawno-skarbowej tego wykonawcy.

Ponadto w tym postępowaniu mamy do czynienia z wymieszaniem zarządzaniem częścią usług tzw. usługą wywołaniową, bowiem większość czynności odbywa się przez wywołanie - w tym zakresie należy przytoczyć szereg postanowień SPOZ gdzie przy opisie wykonywanych usług zamawiający wskazuje, że „(...) przewiduje mechaniczne i/lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jedni ulic na wskazanie na podstawie zlecenia” (str. 4 zdanie 1). Podobnie - str. 6 „Uwagi” pkt. 1; str. 8 akapit 4; str. 8 pkt. V ppkt. 1, ppkt. 2; str. 9 pkt. V ppkt. 3 lit. d) oraz str. 9 Uwagi; str. 10 pkt. VII ppkt. 1 lit. b) i ppkt. 3; str. 11 pkt. 8 ppkt. 4; str. 11 pkt. 9 ostatnia linijka przed „Uwaga”; str. 12 dział III pkt. I ppkt. 1 pkt. II ppkt. 1; str. 13 dział IV pkt. 1, str. 14 dział IV pkt. 10, a także z usługą utrzymaniową o czym bezspornie świadczy Formularz ofertowy gdzie wskazano dział „Utrzymanie zimowe”. Zapisy SWZ potwierdzają wprost, że jest to usługa która polega na utrzymaniu standardu, wykonaniu dzieła.

Wszędzie tam znajduje się stwierdzenia „na zlecenie” lub „na wezwanie”. W takim przypadku każda z usług opodatkowana jest z zastosowaniem stawki podatku VAT właściwej dla danej usługi. Natomiast jeśli ustalono, że mamy do czynienia z usługą tzw. standardu (czyli tzw. kontraktów drogowych) to tym bardziej zgodnie z przywołaną opinią powinna zostać zastosowana stawka w wysokości 23%. Zamawiający jednak w sposób wadliwy, niezgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi w Formularzu ofertowym w rubryce „cena jednostkowa” i „wartość czynności ogółem” narzucił błędną obniżoną dla wszystkich pozycji stawkę podatkową. Nosi to znamiona nieuzasadnionego obniżenia podatku VAT.

Odwolujący podkreślił, że obniżone stawki podatku VAT mogą być stosowane jedynie do usług ściśle wymienionych w przepisach - jest to bowiem wyjątek od zasady i w żadnej mierze nie można go traktować w sposób rozszerzający. W ramach usług wymienionych w tym postępowaniu, poza usługami wskazanymi w załączniku nr 3, znajdują się także usługi ogrodnicze czy wspomniana gotowość - i już tylko to pokazuje, że zamawiający określając stawkę podatku VAT na poziomie 8% naruszył przepisy, które powinny być stosowane w sposób ścisły, nie zaś rozszerzający.

Wniósł o nakazanie wprowadzenie prawidłowej stawki podatku VAT, która w ocenie odwołującego wynosi 23% dla wszystkich pozycji objętych zamówieniem - ewentualnie wyodrębnienie do odrębnej pozycji gotowości, która wbrew twierdzeniom zamawiającego nie jest wartością bagatelną i stanowi wartość, która powinna być rozliczana w sposób odrębny.

W dniu 18 października 2021 r. zamawiający po zarządzonej wymianie pism procesowych przedstawił następujące stanowisko:

Zamawiający na wstępie zwrócił uwagę na treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2016 r. (KIO 1142/16, KIO 1150/16):

Izba wskazuje, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych w odwołaniu żądań co do jego nowej treści. 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. Podniesione żądania muszą być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności - nakazać zamawiającemu dokonanie konkretnej, a nie blankietowej zmiany zakwestionowanych postanowień SIWZ.

(...)

Odnosząc się następnie do kontroli postanowień wzoru umowy w postępowaniu odwoławczym Izba wskazuje, że stosunki obligacyjne na gruncie zamówień publicznych ukształtowane są na zasadzie nierówności stron. W klasycznych stosunkach cywilnoprawnych możliwość ukształtowania umowy na zasadzie nierówności stron wynika już z samego przepisu art. 3531 k.c., choć wymaga oczywiście zgodnej woli kontrahentów na taki rozkład praw i obowiązków, który w uprzywilejowanej sytuacji stawiać będzie jedną ze stron umowy.

Na gruncie zamówień publicznych powyższa zasada podlega dalszym modyfikacjom, ponieważ uprzywilejowana pozycja zamawiającego nie wymaga akceptacji wykonawcy. Zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konstruującemu wzór umowy, bądź jej istotne postanowienia, przysługuje pozycja dominująca, wyrażająca się w istocie narzucaniem wykonawcy określonego kształtu przyszłego stosunku obligacyjnego.

Takie uprzywilejowanie zamawiającego znajduje uzasadnienie m.in. w okoliczności, że wydatkuje on środki publiczne, a udzielane przez niego zamówienia niejednokrotnie mają na celu nie tyle zaspokajanie potrzeb związanych stricte z jego funkcjonowaniem, ale potrzeb o charakterze publicznym. Źródła dominującej pozycji zamawiającego w stosunkach umownych zawieranych na gruncie zamówień publicznych należy upatrywać również w braku po stronie zamawiającego możliwości swobodnego wyboru kontrahenta - zamówienie udzielane jest podmiotowi, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i którego oferta jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Ponadto zamawiającemu nie przysługuje zasadniczo możliwość negocjowania ceny, za jaką wykonawca ubiegający się o udzie-

lenie zamówienia oferuje jego realizację. Określenie tego elementu oferty, będącego niejako odpowiedzią na wymagania zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia, jest wyłącznym uprawnieniem wykonawcy. Stąd utożsamianie nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku obligacyjnego (jakkolwiek na gruncie zamówień publicznych jest ona specyficznie pojmowana) nie wydaje się uprawnione. Niezależnie bowiem od tego w jak dużym stopniu ryzyka kontraktowe obciążać będą wykonawcę, jest on w stanie przewidzieć koszty z nimi związane i uwzględnić je w cenie oferty. Z uwagi na powyższe nie sposób również twierdzić o istnieniu w umowie w sprawie zamówienia publicznego uniwersalnego wzorca rozkładu ryzyk.

Ponadto, wykonawca - poza wspomnianym uprawnieniem - dysponuje instrumentami umożliwiającymi mu oddziaływanie na postanowienia projektu umowy, chociażby w postaci możliwości składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, czy wniesienia odwołania wobec jej postanowień. Należy jednak pamiętać, że wykonawca podający w wątpliwość postanowienia wzoru umowy nie może pod pretekstem stwierdzonych naruszeń przepisów zmierzać do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny, czyli niejako negocjować w postępowaniu odwoławczym kształt przyszłego zobowiązania. Jego rolą jest wykazanie takiego naruszenia przepisów, które uniemożliwia, bądź utrudnia mu dostęp do zamówienia.

(...)

W uzupełnieniu argumentacji zawartej w pkt II.1 uzasadnienia Izba wskazuje, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego daleko idące ograniczenia zasady swobody umów powodują, że o tym, którą ze stron obciąża określone ryzyko kontraktowe decyduje w przeważającej mierze treść umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyby chciał poszukiwać typowego, charakterystycznego dla stosunków obligacyjnych nawiązywanych na gruncie zamówień publicznych rozkładu ryzyk należałoby powiedzieć, że spoczywają one w przeważającej mierze na wykonawcy, a nie - jak próbował to przedstawić Odwołujący - na Zamawiającym.

Skład orzekający podkreśla również, że kontrola postanowień wzoru umowy dokonywana jest zarówno przez pryzmat przepisów k.c., jak i Pzp. Trzeba mieć przy tym jednak na względzie, że jakkolwiek przepis art. 3531 k.c. może stanowić wzorzec kontroli postanowień umowy, to jednak - z uwagi na daleko idące ograniczenia zasady swobody kontraktowania na gruncie zamówień publicznych - nie może być uznane za wystarczające odwołanie się wyłącznie do tej regulacji. Podobnie należy ocenić odwoływanie się li tylko do przepisów art. 5 k.c., który należy postrzegać jako środek służący do obrony przed roszczeniem, nie zaś mający na celu jego dochodzenie oraz art. 7 Pzp, który konstytuuje generalną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i z uwagi na swój ogólny charakter nie może stanowić, w ocenie składu orzekającego, samodzielnej podstawy zarzutu.

Wskazując na powyższe zamawiający przypomniał, że już na rozprawie w dniu 6 października 2021r. stwierdził, że odwołanie powinno zostać oddalone, choćby z tej przyczyny, że nie wskazano w nim konkretnych i szczegółowych postulatów dotyczących wnioskowanych przez odwołującego zmian w SWZ bądź w umowie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 554 ust 1 pkt 2 PZP Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego

postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy - jednakże przepis

ten należy interpretować łącznie z art. 554 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

W orzecznictwie Izby odnoszącym się do przepisów nowej ustawy PZP (które to orzecznictwo z uwagi na niedługi czas obowiązywania ustawy PZP jest jeszcze niewielkie), w kwestii korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do postanowień SWZ lub umowy wskazano, że konkretyzacja zarzutów dotyczących modyfikacji umowy nie jest dopuszczalna na etapie prowadzonego już postępowania odwoławczego, bowiem stosownie do art. 555 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt. KIO 142/21,143/21). W orzeczeniu tym Izba stwierdziła, że nie może przypisać sobie kognicji do orzeczenia nakazu wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści, co dotyczy zarówno istotnych postanowień umowy (wzory umowy), jak i tych z części specyfikacji lub opis przedmiotu zamówienia, które stanowią integralną część umowy.

W związku z powyższym zamawiający uważa, że jego wniosek o oddalenie odwołania uznać należy za uzasadniony.

[zmiana SWZ]

Poza przepisami proceduralnymi zamawiający jednak wykazał wolę respektowania słuszych interesów wykonawców - stąd też po analizie merytorycznych wniosków odwołującego,

zawartych w piśmie z dnia 12 października 2021r. zamawiający postanowił o następujących zmianach w SWZ i projekcie umowy: I. Modyfikacja SWZ:

1) wykreśla się cały rozdział XIX;

II. Modyfikacja projektu umowy:

1) § 7 ust 3 otrzymuje brzmienie: Łączna wartość wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji umowy nie będzie niższa niż 80 % kwoty określonej w ust 1. Strony w terminie 30 dni od dnia zakończenia umowy sporządzą protokół określający różnicę pomiędzy wartością wynikającą z ust. 1, a wartością wskazaną w zdaniu pierwszym. Wartość tak obliczonego wynagrodzenia będzie płatna na podstawie odrębnej faktury VAT, w terminie określonym w ust 8.

1) § 7 ust 4 otrzymuje brzmienie: Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w przypadku niewykonania szacowanego zakresu prac określonego ofercie, z zastrzeżeniem ust 3.

[Waloryzacja]

Treść zawartych już w umowie klauzul waloryzacyjnych zamawiający uznał za wypełniające normę art. 439 PZP, a odwołujący wobec treści umowy podnosi zarzuty natury ogólnej, wskazując że nie akceptuje treści umowy, jednak bez konkretyzacji zarzutu naruszenia

ustawy.

Nadto odwołujący nie wskazał w sposób jednoznaczny postulowanej zmiany umowy w zakresie określenia sposobu określenia poziomu wzrostu cen lub kosztów - w jednym miejscu pisma wskazuje na powiązanie waloryzacji z kosztami „paliwa, soli drogowej, piasku, czy ceny odpadów”, a następnie „wyznacznikiem zatem i podstawą do waloryzacji wynagrodzenia winien być wskaźnik różnicy w okresie rocznym wypadkowych kluczowych kosztów ustalonych w oparciu o ceny w dniu otwarcia ofert” i dalej „Wartość kosztów powinna zostać ustalona u Państwowych dostawców materiałów tj. PKN Orlen, KGHM Miedź Polska, czy ceny odpadów uśrednionej w regionie:

- paliwa,
- soli drogowej,
- odpadów.”

Sam odwołujący zatem nie potrafi jednoznacznie wskazać jakie ceny bądź koszty mają być uwzględnione przez zamawiającego - w ocenie zamawiającego przyjęty w umowie wskaźnik GUS jest zatem wystarczający dla przyjęcia, że zapisy umowy są zgodne z ustawą. Taki też wskaźnik został zastosowany w postępowaniach prowadzonych w roku 2021 przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad - tytułem przykładu wskazać można:

- projekt umowy w postępowaniu: Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025 z podziałem na części: Część 1 - Rejon w Inowrocławiu Obwód w Strzelnie, Część 2 - Rejon w Nakle Obwód w Koronowie (nr postępowania: GDDKiA.O.BY.D-3.2413.15.2021.41),
- projekt umowy w postępowaniu: Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2021-2024 z podziałem na zadania: Zadanie 1 Roboty na nawierzchniach bitumicznych Zadanie 2 Roboty na chodnikach, ciągach pieszorowerowych o powierzchniach zabrukowanych Zadanie 3 Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego Zadanie 4 Prace utrzymaniowe Zadanie 5 Roboty elektro-energetyczne:

§ 5.

Waloryzacja Wynagrodzenia

1. Wynagrodzenie płatne Wykonawcy będzie korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej, z zastrzeżeniem ust. 6 i 6a.

2. Ceny jednostkowe wskazane w Kosztorysie Ofertowym, o którym mowa w § 4 ust. 2 będą podlegać corocznie waloryzacji, wyliczonej na podstawie zwaloryzowanych, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, cen jednostkowych wskazanych w Kosztorysie Ofertowym, w wysokości wynikającej z średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług kon-

sumpcyjnych ogółem za poprzedni rok kalendarzowy ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 291, ze zm.).

3. Waloryzacja będzie dokonywana raz w roku w następujący sposób:

- 1) pierwsza waloryzacja następuje po upływie 12 miesięcy od zawarcia Umowy, począwszy od miesiąca następującego po miesiącu, w którym zawarto Umowę;
- 2) kolejne waloryzacje następują w kolejnym roku kalendarzowym, począwszy od stycznia; 3) waloryzacja określona w ust. 3 pkt 1 zostanie wypłacona nie wcześniej niż w miesiącu następującym po miesiącu, w którym ukazała się publikacja wskaźnika, o którym mowa w ust. 1, przez Główny Urząd Statystyczny;
- 4) w przypadku gdyby wskaźnik, o którym mowa w ust. 2, przestał być dostępny, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;
- 5) waloryzacja zostanie uwzględniona przez Wykonawcę przy kalkulacji wynagrodzenia, wypłacanego na podstawie faktury VAT, począwszy od miesiąca, w którym opublikowany zostanie wskaźnik, o którym mowa w ust. 2.;
- 6) waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 2, wymaga sporządzenia aneksu do Umowy. 4. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia z tytułu niniejszej Umowy w przypadku zmiany:

1) stawki podatku od towarów i usług lub:

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów Ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207, ze zm.) lub:

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne, lub zdrowotne, lub:

4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, zwanych dalej „PPK”, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342, ze zm.),

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

5. W przypadku zmian określonych w ust. 4 - Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o zmianę wynagrodzenia pozostałego do wypłaty, przedkładając odpowiednie dokumenty potwierdzające zasadność złożenia takiego wniosku. Wykonawca winien wykazać ponad wszelką wątpliwość, że zaistniała zmiana ma bezpośredni wpływ na koszty wykonania zamówienia oraz określić stopień, w jakim wpłynie ona na wysokość wynagrodzenia. W tym przypadku Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć do wniosku dokumenty, z których będzie wynikać, w jakim zakresie zmiany te mają rzeczywisty wpływ na koszty wykonania Umowy, w szczególności:

- pisemne zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników Wykonawcy świadczących usługi, wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi - w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 4 pkt 2) powyżej;

- pisemne zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników Wykonawcy świadczących usługi, wraz z kwotami składek uiszczanych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych/Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w części finansowanej przez Wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi - w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 4 pkt 3) lub pkt 4) powyżej;

- pisemne zestawienie wysokości wpłat dokonanych do PPK (zarówno przed jak i po zmianie) w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 4 pkt 4) powyżej.

6. Wynagrodzenie Wykonawcy wynikające z waloryzacji określonej w ust. 2 i 3 nie przekroczy łącznej wartości korekt maksymalnej wartości umowy, o której mowa w § 4 ust. 14 niniejszej Umowy. 6a. Przez łączną wartość korekt, o której mowa w ust. 6 należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia netto należnego Wykonawcy, wynikającą z walo-

ryzacji. Waloryzacji podlegają ceny jednostkowe wskazane w Kosztorysie Ofertowym na zasadach określonych w Umowie. Suma wartości wynagrodzenia brutto po jego zwaloryzowaniu nie może przekroczyć kwoty określonej w § 4 ust. 14 niniejszej Umowy.

7. W przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług o której mowa w ust. 4 pkt 1), zmiana dotyczyć będzie części przedmiotu umowy realizowanej po dniu wejścia w życie przepisów zmieniających stawkę podatku od towarów i usług i w związku z tym zmianie ulegnie kwota podatku od towarów i usług i kwota brutto wynagrodzenia. Przedmiotowa zmiana zostanie wprowadzona aneksem do Umowy.

8. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 4 pkt 2) i pkt 4), wynagrodzenie pozostałe do zapłaty ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie, do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń

publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia oraz minimalnego wymaganego przez przepisy prawa poziomu wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

Przedmiotowa zmiana zostanie wprowadzona aneksem do Umowy.

9. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 4 pkt 3) wynagrodzenie pozostałe do zapłaty ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego. Przedmiotowa zmiana zostanie wprowadzona aneksem do Umowy.

10. W przypadku, gdy Umowa jest realizowana przez podmioty działające w Konsorcjum, jego członkowie upoważnią w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, jednego z członków konsorcjum, do wystawiania przez niego faktur VAT oraz do przyjęcia przez niego należności przypadających wszystkim członkom konsorcjum z tytułu świadczenia usługi, na wskazany w § 6 ust. 10 Umowy rachunek bankowy. Lider konsorcjum obowiązany jest przekazać na wezwanie Zamawiającego umowę konsorcjum oraz porozumienia wykonawcze.

11. Postanowienia określone w niniejszym paragrafie będą miały odpowiednie zastosowanie do umów z Podwykonawcami lub dalszymi Podwykonawcami zawartymi na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W sytuacji, w której Umowa z Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą zostanie podpisana w okresie, kiedy wynagrodzenie Wykonawcy jest już waloryzowane zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, to wynagrodzenie takiego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy będzie waloryzowane od miesiąca następnego po miesiącu, w którym zawarto umowę z Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą.

(Na marginesie - w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA minimalna wartość przedmiotu Umowy została określona na poziomie 20% wartości netto należnego Wykonawcy wynagrodzenia).

Zgodnie z przepisem art. 353(1) kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał, że treść wzoru umowy narusza właściwość (naturę) stosunku, ustawę czy zasady współżycia społecznego. Zwrócił uwagę, że przepis art. 513 pkt 1 ustawy stanowi, że odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy.

W ocenie zamawiającego oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 439 ust 1 i ust 2 ustawy PZP jest konieczne, bowiem odwołujący nie wykazał naruszenia ustawy, ani też nie przedstawił jednoznacznego wniosku w zakresie modyfikacji treści umowy

W pozostałym zakresie pismo odwołującego z dnia 12 października 2021r. jest w zasadzie powtórzeniem treści odwołania, bądź polemiką z odpowiedzią na odwołanie - zamawiający odniesie się do stanowiska odwołującego podczas rozprawy.

Odwołujący cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy - przez nieuzasadnione ograniczenie wymagań co do zamiatarki przez dopuszczenie wyłączanie zamiatarek ssących, podczas gdy na rynku istnieją równie dobre i spełniające cel niniejszego postępowania zamiatarki elewatorowe,

Podtrzymał w tym zakresie zarzut zaniechania doprecyzowania wymagań co do ciężkości dla innych wymaganych pojazdów, i oświadczył, że w zakresie tego zarzutu w części doty-

czącej wadliwego dokonania opisu przedmiotu zamówienia przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie konieczności dysponowania narzędziem polewaczki w sposób, który z prawnego i technicznego punktu widzenia nie może być w ogóle wykonany przez któregośkolwiek z wykonawców, gdyż opisany przez zamawiającego sprzęt nie istnieje na rynku modyfikacja SWZ dokonana w dniu 19 października 2021 r. wyczerpuje jego żądania. Cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy - przez wadliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie bazy sprzętowo-materiałowej przez brak wprowadzenia do SIWZ obiektywnych, wymiernych definicji w zakresie wymagań co do bazy ze wskazaniem elementów odnoszących się do wymogów bazy sprzętowo-materiałowej, a także przez brak ustalenia jakie mają być zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu

Sygn. akt KIO 2374/21

W dniu 9 sierpnia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2021 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 sierpnia 2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji naruszających ustawę przez:

- 1) wprowadzenie w treści Wzoru umowy nieograniczonej możliwości jednostronnego wprowadzania przez zamawiającego zmian zakresu zamówienia bez ustalenia granic tych zmian i ustalenia czytelnego systemu opcji na zwiększenie zakresu zamówienia;
- 2) zaniechania umieszczenia w treści SWZ oraz wzoru umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do realizacji świadczenia;
- 3) wprowadzenia w treści Wzoru umowy nierealnych zapisów odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia przy jednoczesnym zaniechaniu wskazania mechanizmów waloryzacji;
- 4) wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód przez ustalenie kar na rażąco wysokim poziomie co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, a także nieustalenie terminu, do upływu którego mogą być naliczane kary umowne. Powyższe okoliczności powodują, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 i 4, art. 433 pkt 4 ustawy oraz art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc a także art. 441 ustawy na skutek umieszczenia w treści Wzoru umowy nieograniczonej możliwości jednostronnego wprowadzania przez zamawiającego zmian zakresu zamówienia bez ustalenia granic tych zmian i ustalenia czytelnego systemu opcji na zwiększenie zakresu zamówienia;

2) Art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc na skutek zaniechania umieszczenia w treści SWZ oraz wzoru umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do realizacji świadczenia;

3) Art. 16 ust. 1, art. 439 ust. 2 pkt 2 lit a, pkt 3 i 4 oraz art. 353¹ kc w związku z art. 5 kc na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy nierealnych zapisów odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia przy jednoczesnym zaniechaniu wskazania mechanizmów waloryzacji;

4) Art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353(1) kc oraz w zw. z art. 5 kc na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez ustalenie kar na rażąco wysokim poziomie co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, a także nieustalenie terminu, do upływu którego mogą być naliczane kary umowne. Powyższe okoliczności powodują, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Wniósł o uwzględnienie odwołania a także nakazanie zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności sporządzenia SWZ w tym Wzoru umowy;

2. Ustalenie granicy zmian zakresu zamówienia oraz czytelnego systemu opcji na zwiększenie zakresu zamówienia;
3. Umieszczenie w treści SWZ oraz wzoru umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do realizacji świadczenia;
4. Umieszczenie w treści Wzoru umowy realnych zapisów odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia oraz wskazanie mechanizmów waloryzacji;
5. Miarkowanie kar umownych poprzez oraz ustalenie końcowego momentu do ich naliczania.

Odwołujący podniósł, że jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W obecnym stanie sprawy, czynność ta może być w znacznym stopniu utrudniona lub nawet niemożliwa. Odwołujący może w ten sposób ponieść szkodę wynikającą z braku możliwości uczciwego konkurencyjnego uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

1. Zarzut naruszenia art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 i 4, art. 433 pkt 4 oraz art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy a także art. 441 ustawy na skutek wpisania w treści Wzoru umowy nieograniczonej możliwości jednostronnego wprowadzania przez Zamawiającego zmian zakresu zamówienia bez ustalenia granic tych zmian i ustalenia czytelnego systemu opcji na zwiększenie zakresu zamówienia.

W § 4 ust. 4 i 5 umowy zamawiający zawarł następujące postanowienia:

4. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg. Powyższe zmiany następować będą na podstawie pisemnego poinformowania Wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony.
5. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac).

Powyższe zmiany następować będą na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony.

Analiza powyższych zapisów wskazuje, że pomimo faktu iż zamawiający, ustalił obmiarowy sposób wyliczenia wynagrodzenia, podając szczegółowe ilości prac do wykonania, usiłuje zabezpieczyć sobie możliwość dowolnego kształtowania umowy na szkodę wykonawcy, obciążając wykonawcę 100% ryzyk wynikających nie tylko z czynników obiektywnych ale również z własnych decyzji.

Postanowienia § 4 ust. 4 wskazują na dążenie do zabezpieczenia zamawiającemu możliwości zmiany przedmiotu umowy poprzez właściwie dowolne i niczym nie ograniczone remodelling faktycznego przedmiotu umowy i harmonogramu realizacji. Zamawiający odbiera przy tym możliwość dokonywania uzgodnień, które pozwoliłyby na choćby przybliżenie możliwości zachowania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia według nowego harmonogramu.

Odwołujący podniósł, że zakaz nieograniczonego zmniejszania zakresu zobowiązania wynika wprost z przepisu art. 433 pkt 4 ustawy:

Art. 433. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Brak określenia minimalnego gwarantowanego zakresu prac narusza przepis art. 433 pkt 4 ustawy.

W orzecznictwie wskazuje się, iż prawidłowy opis przedmiotu zamówienia wymaga, aby wykonawca mógł określić zakres swojego świadczenia. Przede wszystkim wykonawca musi posiadać możliwość prawidłowego wyliczenia ceny w sposób gwarantujący zachowanie ren-

towości realizacji zamówienia, co aktualizuje się poprzez określenie przez zamawiającego minimalnego gwarantowanego zakresu zamówienia lub takiego ukształtowania zasad wynagrodzenia, które zapewni pokrycie poniesionych przez wykonawcę nakładów.

KIO 24/14: „Wykonawca musi mieć pewność- wynikającą z oszacowania kosztów i zysków, opartych na założeniu świadczenia usługi przez przewidziany w umowie czas - rentowności tego kontraktu, przy zdefiniowanym przynajmniej minimalnym gwarantowanym zakresie tego zamówienia.

KIO 1265/17: „Zamawiający musi tak określić przedmiot zamówienia, w tym w zakresie warunków realizacji umowy, by wykonawca, już na etapie składania oferty, mógł prawidłowo

ustalić zakres swojego zobowiązania przez cały czas trwania umowy, swoje ryzyko biznesowe, oraz - przede wszystkim - nakłady i koszty, które będzie musiał ponieść na jego realizację, oraz potencjalny zysk, a tym samym prawidłowo ustalić ceny jednostkowe poszczególnych części usługi oraz cenę oferty."

Za całkowicie niedopuszczalną w świetle art. 99 ust. 1 i 4 ustawy (wcześniej art. 29 ust. 1 i 2) według odwołującego należy uznać próbę przeniesienia na wykonawcę całego ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego:

KIO 24/14: (...) Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co

do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane

na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. (...) Nieuprawnione zawężanie dostępu do zamówienia - poprzez działania zamawiającego bezpośrednie, lub o skutku równoważnym, jak stwarzanie nadmiernego ryzyka podjęcia się

danego zamówienia - muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 29 ust. 2 ustawy, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Mogą bowiem mieć wpływ na wynik postępowania."

Powołał również wyrok w sprawie sygn. akt KIO 1555/19.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w myśl art. 353¹ k.c., postanowienia umowne nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ramach pojęcia zasad współżycia społecznego mieszczą się zaś zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym (a w istocie obciążenie wykonawcy całością ryzyka kontraktowego) stoi w sprzeczności z wymienionymi zasadami i zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać

z ochrony prawnej.

Wskazał również, że umowy w sprawie zamówienia publicznego są umowami wzajemnymi, które mają charakter odpłatny i powinny zapewniać ekwiwalentność świadczeń obu stron. W sytuacji, gdy wykonawca ponosi nakłady, pozostając w gotowości do świadczenia usługi, udostępnia zamawiającemu niezbędne w okresie gotowości usługi (oprogramowanie i usługę dyspozytorską) nie otrzymując za to wynagrodzenia, dochodzi do naruszenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i braku ekwiwalentności świadczeń.

Postanowienia § 4 ust. 5 wzmagają nadużycie zamawiającego. Ponownie usuwając możliwość jakichkolwiek uzgodnień, twierdząc że nie zmienia umowy, zamawiający wprowadził niczym nie ograniczoną możliwość dokonywania zmian.

Zapisu § 4 ust. 5, daje zamawiającemu możliwość rozszerzenia zakresu świadczenia bez podania przedmiotu rozszerzenia ani liczby jednostek miar, o który dany przedmiot może być „rozszerzony” Odwołujący podniósł, że ustawa stwarza możliwość przewidzenia w umowie wykonania świadczeń, których realizacja w momencie składania oferty ani nawet w momencie zawierania umowy, nie jest pewna. Tym narzędziem są opcje.

Przepis art. 441 ustawy stanowi, że:

1. Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;

3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

2. Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.

Zatem uznawszy zapis § 4 ust. 5 mówiący o możliwości zwiększenia zakresu zwiększenia prac (włączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac) za wprowadzenie opcji, z czym trudno się nie zgodzić, wskazać należy, że konieczne jest dostosowanie opisu przedmiotu zamówienia i zapisów umowy o zapisy wskazujące precyzyjnie

1) rodzaj i maksymalną wartość opcji;

2) okoliczności skorzystania z opcji.

W przeciwnym wypadku, z mocy art. 441 ust. 2 ustawy, zapisy § 4 ust. 5 w części odnoszącej się do zwiększenia zakresu zamówienia, podlegają unieważnieniu..

Podsumowując odwołujący podkreślił, że przedmiotowe postanowienia SWZ naruszają art. 99 ust.1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy poprzez ustalenie zasad realizacji zamówienia w sposób uniemożliwiający ustalenie ryzyka związanego w wykonaniu zamówienia przekładającego się na jego realny zakres, a tym samym rzetelnego skalkulowania ceny oferty w sposób gwarantujący ekwiwalentność świadczeń obu stron umowy. Postanowienia te w zakresie, w jakim nie określają gwarantowanego minimalnego świadczenia wykonawcy pozostają również sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy, a w zakresie, w którym dopuszczają możliwość jednostronnej zmiany zakresu świadczenia bez określania tego zakresu zmiany i warunków jej dokonania także z przepisem art. 441 ustawy.

Działanie takie musi zostać uznane za naruszenie zasady równości stron umowy wyrażonej w art. 3531 k.c.

2. Naruszenie przepisów Art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 3531 kc w zw. z art. 5 kc na skutek zaniechania umieszczenia w treści SWZ oraz wzoru umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do realizacji świadczenia W załączniku nr 8 do SWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” (SOPZ) zamawiający zawarł szereg zapisów wskazujących na konieczność utrzymania gotowości technicznej sprzętu i zarezerwowania czasu pracy osób dla realizacji zadania niezależnie od tego czy i jakie konkretne zadania będą realizowane w ramach przedmiotowej umowy. Za przykład można wskazać:

IV. SPRZĘT

1. Wykonawca jest zobowiązany do użycia jedynie takiego sprzętu, który nie spowoduje niekorzystnego wpływu, na jakość wykonywanych prac. Sprzęt, którym dysponuje wykonawca, powinien być utrzymany w dobrym stanie technicznym i gotowości do pracy, musi być zgodny z normami ochrony środowiska i przepisami dotyczącymi jego użytkowania. Liczba i wydajność sprzętu ma gwarantować przeprowadzanie prac zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym opisie i wskazaniach zamawiającego w przewidzianym terminie.

IX. Oczyszczanie „ścisłego Centrum”.

Oczekiwany standardem jest oczyszczenie i utrzymanie nawierzchni w takim stanie, że nie wystąpią na niej żadne zanieczyszczenia.

1) w przypadku wystąpienia śliskości zimowej, wykonawca musi doprowadzić do jej likwidacji oraz likwidacji pokrywy śnieżnej na całej powierzchni przez zastosowanie środków chemicznych, w czasie do 1,5 godziny, licząc od chwili wystąpienia zjawiska,

2) w przypadku opadu śniegu, wykonawca musi przystąpić do systematycznego odśnieżania w czasie do 1,5 godziny, licząc od chwili wystąpienia zjawiska i sukcesywnie ponawiać odśnieżanie z jednoczesnym posypywaniem środkami chemicznymi lub piaskiem w dawce likwidującej śliskość; ww. czynności muszą być ponawiane aż do ustania opadu i ostatecznego odśnieżenia oraz wyeliminowania zagrożenia śliskości;

Na cenę oferty składają się wyłącznie kwoty wynikające z iloczynu jednostek miar i ilości wykonywanych prac. Nie przewidziano żadnego wynagrodzenia za utrzymanie sprzętu i osób w gotowości przez czas realizacji umowy.

Powyższe wskazuje w ocenie odwołującego, że obecnie funkcjonujący system wynagradzania, który sytuuje pełne ryzyko po stronie wykonawcy, stanowi rażące naruszenie równowagi

kontraktowej stron, której zachowanie wynika wprost z art. 3531 kc.

Uzasadnionym jest, aby zamawiający ustalił konieczność wskazania w formularzu cenowym ceny za utrzymanie zasobów w gotowości do działania również jako określona kwota ceny jednostkowej za gotowość, której cena stanowiłaby iloczyn tej ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar (m²) do utrzymania zimowego. Podobny system u zamawiającego funkcjonował w postępowaniu na Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia, numer referencyjny: DAZ.260.13.2019, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2019/S 136-335390.

3. Zarzut naruszenia art. 16 ust. 1, art. 439 ust. 2 pkt 2 lit a, pkt 3 i 4 oraz art. 3531 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy na skutek umieszczenia w treści umowy nierealnych zapisów odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia przy jednoczesnym braku wskazania mechanizmów waloryzacji.

W § 15 ust. 1 pkt 4 umowy zamawiający uregulował, że dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, to jest zmiana wysokości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Metody dokonania takiej waloryzacji wynagrodzenia zawarto w § 21 umowy:

1. Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w § 15 ust. 1 pkt 4 umowy następuje na pisemny wniosek każdej ze Stron umowy, z zachowaniem zasad, o których mowa poniżej
2. Wniosek, o którym mowa w ust.1 winien zawierać uzasadnienie obejmujące w szczególności obliczenia, wskazujące na obniżenie lub podwyższenie wynagrodzenia o konkretną kwotę, przy czym:
 - a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia musi wynieść co najmniej 7% w danym roku;
 - b) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień 1 lutego za rok poprzedni;
 - c) podstawą ustalenia poziomu zmiany ceny lub kosztów jest wskaźnik ogłoszony w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;
 - d) z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia z tytułu wystąpienia okoliczności wskazanych w § 15 ust. 1 pkt 4 można wystąpić nie częściej niż raz na 12 miesięcy;
 - e) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia wynosi 20%.

Dla zachowania równego traktowania wykonawców zamawiający powinien wskazać materiały i koszty referencyjne dla zmiany ceny umowy. W obecnym kształcie umowa pozostawia dowolność wyboru wykonawcom. W efekcie zamawiający będzie miał możliwość kwestionowania podstaw wnioskowania przez wykonawców o waloryzację wynagrodzenia. Podanie rodzaju materiałów i kosztów objętych mechanizmem waloryzacji doprowadzi do urealnienia, nierealnego w obecnym kształcie, odniesienia do wskaźnik ogłoszony w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Komunikat Prezesa GUS odnosi się do wielkiej liczby wskaźników. W obecnym kształcie zapisów umowy, czytelnik myśli o zastosowaniu wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych za dany rok. Tymczasem wskaźniki zmiany umowy powinny zostać podane przez zamawiającego w sposób enumeratywny. Dopiero takiego rodzaju mechanizm umowny może zostać uznany za spełniający przesłanki art. 239 ust. 2 ustawy. Do takich wskaźników zaliczać się mogą zmiany wynagrodzeń, cen utylizacji opadów, ceny paliw płynnych czy ceny soli drogowej.

Ustalona przez zamawiającego granica wzrostu cen, wynosząca 7 % musi zostać uznana za prowadzącą do faktycznego wyłączenia waloryzacji. Wskaźniki inflacji ogłaszane przez Prezesa GUS wynoszą poniżej 5%. Zatem przyjmując za zapisami umowy, że waloryzacja miałaby mieć miejsce corocznie, to uzasadnione jest stwierdzenie, że przy zachowaniu dotychczasowej granicy 7%, pomimo istotnego wzrostu cen i kosztów, waloryzacja mogłaby nigdy nie nastąpić. Ugruntowuje to zachwianie ekwiwalentności ekonomicznej świadczenia wzajemnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą na rzecz zamawiającego. To z kolei stoi w sprzeczności z funkcją, jaką ustawodawca nadał zapisom przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

Brak jest także uzasadnienia dla ograniczenia ogólnej kwoty waloryzacji do 20 % wynagrodzenia umownego. Przyjęcie takiego progu przy założeniu, że mogłaby nastąpić czterokrotna waloryzacja o 7% wynagrodzenia umownego (zgodne z obecnymi zapisami umowy) wyłącza faktyczną możliwość waloryzacji, której nawet proste zliczenie dawałoby 28 procent zmiany. Dlatego uzasadniony jest wniosek o dopuszczenie zmiany wysokości łącznego wynagrodzenia umownego o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy o 30 %, zaś dla poszczególnych pozycji kosztów i materiałów nawet do 50 % przy zachowaniu ogólnego progu 30 % dla całości. Zamawiający naruszył dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji zamawiającego jako silniejszej

strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym naruszając Art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353(1) kc oraz w zw. z art. 5 kc

4. Naruszenie Art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353(1) kc oraz w zw. z art. 5 kc, poprzez wprowadzenie w treści Wzoru umowy, nadmiernie sztywnego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód przez ustalenie kar na rażąco wysokim poziomie co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, a także nieustalenie terminu, do upływu którego mogą być naliczane kary umowne. Powyższe okoliczności powodują, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego.

Katalog kar umownych został zamieszczony przez zamawiającego w § 14 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ.

W ustępie 1 zamawiający uregulował, że podstawą naliczania kar umownych jest kwota ustalona w §7 ust.1 umowy to jest kwota kontraktowa za realizację całej umowy.

W punkcie 1 od litery b) do litery e) zamawiający ustalił następujące kary:

1) (z tytułu) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w zakresie zimowego utrzymania pasa drogowego, w tym nieosiągnięcie efektu lub standardu, określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w wysokości:

b) 20% wartości zlecenia za nie utrzymanie właściwego standardu zimowego na zakończenie dobowego utrzymania zimowego,

c) 10% wartości zlecenia, podczas dobowego utrzymania właściwego standardu zimowego, za nie wykonanie prac zgodnie z SOPZ,

d) 10% wartości zlecenia w przypadku nie przystąpienia do przejazdu jednorazowego i alarmowego podczas uruchomienia dobowego utrzymania Akcji Zima w czasie: ... min., licząc od momentu otrzymania zgłoszenia'

e) 10% wartości zlecenia w przypadku nie przystąpienia do prac w zakresie przejazdu jednorazowego i alarmowego podczas uruchomienia dobowego utrzymania Akcji Zima całym zadeklarowanym przez wykonawcę sprzętem w danym rejonie w czasie:... min., licząc od momentu otrzymania zgłoszenia.

Z powyższych zapisów wynika, że jednorazowe uchybienie dotrzymaniu subiektywnie ocenianego właściwego standardu utrzymania zimowego może pozbawić wykonawcę aż 20 %, zaś okoliczności opisane pod literami c, d, e, aż po 10 %. całego wynagrodzenia umownego wyliczonego za realizację umowy aż do 30 kwietnia 2025 roku.

W każdym przypadku kwota wyliczonej kary umownej przekroczy o rząd wielkości kwotę wynagrodzenia umownego za wykonania przedmiotowych prac.

W punkcie 2 pod literami c), e), f) Zamawiający ustalił następujące kary:

1) (z tytułu) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w zakresie całorocznego utrzymania pasa drogowego oraz utrzymania i konserwacji zieleni w pasie drogowym w tym nieosiągnięcie efektu lub standardu określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w wysokości:

c) 10 % wartości zlecenia brutto w sytuacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto,

e) 1 % wartości zlecenia brutto w sytuacji nieterminowej realizacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto, za każdy dzień od 2 dni,

f) 5 % wartości zlecenia brutto w sytuacji nieterminowej realizacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki liczącej powyżej 2 dni,

Podobnie jak w przypadku uchybień w utrzymaniu zimowym, kwoty kar znacznie przewyższają wynagrodzenie za czynności, których dotyczą.

W punkcie 3 zamawiający ustalił karę z tytułu nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom - w wysokości 0,2 % wartości, określonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki.

Kara ta została oderwana od wynagrodzenia wykonawcy i zważywszy jej naliczanie za każdy dzień zwłoki, może ona pozbawić wykonawcę znaczącej części wynagrodzenia umownego. Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zamówienia a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia. (por KIO 1519/15)

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącym przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. wskazał, iż "kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela".

Zamawiający nie ustalił terminu do którego będą naliczane kary umowne. Tego rodzaju brak, może prowadzić do nieograniczonego w czasie i wysokości zaspokajania pieniężnego zamawiającego ze szkodą dla wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne z naturą i funkcją kar umownych.

Zarzuty Odwołującego znajdują wsparcie w jednolitym poglądzie judykatury. Odwołujący powołał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14, Sąd Okręgowy w Poznaniu w Wyroku z dnia 13 listopada 2017 r., sygn. I C 87/16, Sąd Okręgowy w Łodzi w Wyroku z dnia 22 listopada 2018 roku, sygn. XIII Ga 642/18.

Ocena powyższych zarzutów sprawia, że dla odwołującego sprawą zupełnie jasną jest, że Z zamawiający dąży do zaspokojenia swoich potrzeb finansowych poprzez pozbawienie Wykonawcy należnego wynagrodzenia.

Działanie zamawiającego w sposób znaczący utrudniające odwołującemu obecnie możliwości skutecznego złożenia oferty jako zmierzające wprost do obejścia powszechnie obowiązujących norm współżycia społecznego nie może korzystać z ochrony. Tak bowiem stanowi przepis art. 5 kc, który poprzez art. 8 ust. 1 ustawy znajduje tu zastosowanie.

W piśmiennictwie i orzecznictwie wskazuje się, że funkcją art. 5 kc jest zapobieganie stosowaniu prawa w sposób, który ma na celu wywarcie skutków niemoralnych, albo rozmiągających się zasadniczo z celem, dla którego dane prawo było ustanowione.

Potrzebę istnienia w systemie prawa klauzul generalnych tłumaczy się tym, iż brak takich klauzul mógłby prowadzić do rozstrzygnięć formalnie zgodnych z prawem, ale w konkretnych sytuacjach niesłusznym, ponieważ nieuwzględniających w rozstrzyganych przypadkach uniwersalnych wartości składających się na pojęcie sprawiedliwości nie tylko formalnej lecz i materialnej.

Odwołujący zauważył, że w przedmiotowej sprawie, powoływanie się na prawo podmiotowe nie stanowi jego wykonywania, lecz jego nadużywanie, które nie jest społecznie aprobowane i w związku z tym nie korzysta z ochrony.

Wprowadzając do Wzoru umowy podniesione zapisy § 14 przy jednoczesnym braku ustalenia okresu naliczania kar umownych, zamawiający naruszył dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym naruszając Art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353(1) kc oraz w zw. z art. 5 kc

W dniu 4 października 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o

- 1) oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego oraz umorzenie postępowania w części dotyczącej zarzutów uwzględnionych,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji zamawiającego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie. Zamawiający uznał część zarzutów odwołania, w sposób następujący:

Ad 1. Zarzut naruszenia art. 16 ust 1, art. 99 ust 1 i 4, art. 433 pkt 4, art. 441 PZP oraz art. 353(1) w zw. z art. 5 kc na skutek umieszczenia w treści Wzoru umowy nieograniczonej możliwości jednostronnego wprowadzania przez zamawiającego zmian zakresu zamówienia

bez ustalenia granic tych zmian i ustalenia czytelnego systemu opcji na zwiększenie zakresu zamówienia.

W rozdziale IV pkt 2 SWZ wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje usługi letniego oczyszczania i utrzymania w czystości (m.in. nawierzchni pasów drogowych, obiektów drogowych, ciągów pieszych, rowerowych, placów, parkingów, chodników, przystanków, pobo- czy), oraz usługi zimowego utrzymania i oczyszczania (w tym: pasów drogowych, obiektów drogowych, oraz odśnieżania ciągów pieszych, rowerowych, placów, chodników, przystan- ków) oraz utrzymanie i konserwacja terenów zieleni w pasie drogowym.

Usługa letniego oczyszczania jest w przybliżeniu możliwa do określenia - i tak w Szczegóło- wym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ - załącznik nr 8 do SWZ) w Dziale II w Pkt 1.1. wskazano zakres i częstotliwość realizowania poszczególnych czynności oczyszczania jezd- ni, placów i parkingów, w pkt IV-I. - dla czynności oczyszczania ciągów pieszych/rowerowych i przystanków, a w pkt IX standard oczyszczania ścisłego centrum miasta.

Należy zatem uznać, że minimalny zakres świadczenia został określony.

Natomiast szczegółowy zakres zimowego oczyszczania, a w szczególności odśnieżania, jest trudny, jeżeli w ogóle możliwy do określenia — stąd w pkt II zamawiający określił standardy odśnieżania i zwalczania śliskości zimowej jezdni, ulic, placów i parkingów, w pkt V - stan- dardy odśnieżania ciągów pieszych i przystanków, a w pkt VI - odśnieżania miejsc postoj- wych strefy płatnego parkowania.

W podobnym stanie faktycznym, dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia pu- blicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy, Urząd Zamówień Publicznych odpowiedział na pytanie dotyczące sposobu dopełnie- nia obowiązku określonego w art 433 ust. 4 nowego PZP (autor odpowiedzi: Nowakowski Wojciech, odpowiedź z dnia 3 września 2021 r.). W pytaniu do UZP wskazano, że ze wzglę- du na specyfikę przedmiotu zamówienia, zamawiający nie jest w stanie przewidzieć rzeczy- wistej ilości poszczególnych rodzajów odpadów, które wykonawca odbierze i zagospodaruje w ramach realizacji zawartej umowy, a zatem podstawą kalkulacji wynagrodzenia są ceny jednostkowe za 1 Mg odebranych/zagospodarowanych odpadów komunalnych zaoferowane przez Wykonawcę w ofercie (z oddziałem na poszczególne rodzaje). W odpowiedzi UZP wskazano, że zamawiający ma obowiązek z należytą starannością szczegółowo opisać przedmiot zamówienia na realnym i przewidywalnym poziomie, należy go wycenić i osta- tecznie, bazując na doświadczeniu z poprzednich okresów lub prognozach na kolejny okres, wskazać taki poziom minimalnej realizacji zamówienia, aby wykonawcy byli w stanie uwzględnić go w kalkulacji ceny ofert i jednocześnie nie stworzyć sytuacji gdzie będzie zmu- szony do zrealizowania i opłacenia usług w ilości przekraczającej jego potrzeby, także te potencjalnie zmniejszone. W praktyce sprowadza się to zazwyczaj do wskazania minimalne- go poziomu wynagrodzenia lub minimalnej ilości lub zakresu dostaw, usług lub robót, które zostaną wykonane pomimo zmian zmniejszających poziom realizacji zamówienia.

Celem dostosowania SWZ i projektu umowy do art. 433 pkt 4 P7.p. projekt umowy został zmodyfikowany w sposób następujący:

- 1) par 4 ust 4 otrzymuje brzmienie: Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmo- nogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg — zmiana taka na- stąpi przez pisemne powiadomienie wykonawcy z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem; w przypadkach pilnych zmiana może nastąpić z 3-dniowym wyprzedzeniem.
- 2) par. 4 ust 5 otrzymuje brzmienie: Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac) — zmiana taka nastąpi przez pisemne po- wiadomienie Wykonawcy z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem; w przypadkach pilnych zmiana może nastąpić z 3-dniowym wyprzedzeniem.

3) par. 7 ust 3 otrzymuje brzmienie: Łączna wartość wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji umowy nie będzie niższa niż 80 % kwoty określonej w ust 1.

Nadto odwołujący wskazuje na uregulowania dotyczące opcji - w rozumieniu art. 441 ust 1: Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

W SWZ w rozdziale IV pkt 7-9 wskazano przesłanki zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac - co spełnia warunki uregulowania prawa opcji, w rozumieniu art. 441 ust 1 PZP (rodzaj opcji - włączenie terenów, zwiększenie obmiaru lub krotności, maksymalna wartość opcji — nie więcej niż wartość wynagrodzenia określonego w umowie). Możliwość skorzystania z opcji jest uzasadniona koniecznością wykonywania zadań publicznych zgodnie z art. 3 ust. 1 i ust 2 pkt 11 i 12 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Ad. 3. Zarzut naruszenia art. 16 ust 1, art. 439 ust 2 pkt 2 lit a, pkt 3 i 4 oraz art. 353 1 w zw.

z art. 5 kc na skutek wprowadzenia w treści wzoru umowy nierealnych zapisów odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia przy jednoczesnym zaniechaniu wskazania mechanizmów waloryzacji.

Zgodnie z art. 439 PZP:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysoko-

ści wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

Dostrzeżenia wymaga, że cytowany przepis PZP w ust. 2 określa jedynie obligatoryjne elementy, z jakich ma się składać postanowienie waloryzacyjne. W ramach określonych w nim zasad zamawiający może swobodnie kształtować postanowienia waloryzacyjne. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy PZP, wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw

ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84).

W świetle art. 439 ust. 2 PZP postanowienia umowne powinny określać sposób ustalania zmiany wynagrodzenia. Może on być określony z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS. W tym przypadku zmiana wynagrodzenia następuje nie więcej niż o ogłaszany w komunikacie GUS wskaźnik zmiany ceny materiałów lub kosztów.

Zamawiający zauważył, iż zgodnie z art. 439 ust 4 PZP przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost lub obniżenie cen lub kosztów, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. Ustawa nie wymaga

jednak, aby podstawą zmiany wynagrodzenia było obniżenie wszystkich cen lub kosztów

przyjętych przez wykonawców w celu ustalenia wynagrodzenia - nie można nawet zakładać, że możliwe jest określenie wszystkich cen i kosztów, jakie wykonawcy przyjmują dla kalkulacji ceny. Tym bardziej, że każdy z wykonawców może przyjmować inne ceny bądź koszty, w

zależności od swojej indywidualnej sytuacji i warunków prowadzenia działalności (np. inne koszty będzie ponosił wykonawca wynajmujący pomieszczenia i używający sprzętu leasowanego, a inne koszty wykonawca posiadający własne nieruchomości i będący właścicielem używanego sprzętu). Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie i obiektywnie określić ani jakie ceny i koszty wykonawca uwzględnił w cenie oferty, ani nie jest w stanie określić jaka zmiana tych cen bądź kosztów ma rzeczywiste przełożenie na cenę świadczonej usługi. O ile jeszcze można taką kalkulację przeprowadzić dla cen kosztorysowych, o tyle przy cenie ryczałtowej jest to niewykonalne.

W niniejszej sprawie zamawiający posłużył się powszechnie stosowanym wskaźnikiem określania wzrostu cen, przez odesłanie do wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS - precyzując postanowienia umowy zamawiający wskazał, że zmienił treść par 21 ust 2 lit c projektu umowy. przez nadanie mu brzmienia: podstawą ustalenia poziomu zmiany ceny lub kosztów jest wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Ponadto wskazał że w par 15 ust 1 pkt 3 projektu umowy zamawiający wskazał, że zmiana wysokości wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy może nastąpić w przypadku zmiany:

- a) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej,
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne,
- d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (szczegółowe zasady zmian określono w par. 16, 17, 18 i 19 projektu umowy).

Zamawiający uznaje, że treść umowy po zmianie (doprecyzowaniu wskaźnika GUS) jest właściwa i zapewnia równowagę stron - wprowadzenie ogólnego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych pozwala na waloryzację wynagrodzenia w przypadku powszechnego, ogólnego wzrostu cen; odniesienie się do elementów kosztotwórczych, które jedynie przykładowo wskazuje odwołujący, nie jest możliwe, bowiem zamawiający nie może z góry przesądzić, czy wszyscy wykonawcy kalkulują ceny w oparciu o identyczne koszty, nadto wskaźnik ogólny GUS zawsze rośnie w przypadku wzrostu podstawowych surowców (np. cen paliwa), bowiem są to koszty, które przedsiębiorcy przenoszą na konsumentów.

Nieuzasadniony jest wniosek o dopuszczeniu zmiany wysokości łącznego wynagrodzenia umownego o 30% - w ocenie zamawiającego zastrzeżenie maksymalnego wzrostu wynagrodzenia na podstawie treści umowy do 20% jest wystarczające dla zapewnienia odpowiedniego zabezpieczenia interesów wykonawcy. Nadto zamawiający zauważył, iż przepisy PZP nie wyłączają możliwości zastosowania przepisu art. 357(1) par. 1 k.c. zgodnie z którym jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone

z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy (klauzula rebus sic stantibus).

W pozostałym zakresie Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ, a to z następujących przyczyn:

Ad. 2. Zarzut naruszenia art. 16 ust 1, art. 99 ust 1 i 4 PZP oraz art. 3531 w zw. z art. 5 kc na

skutek zaniechania umieszczenia w SWZ oraz wzorze umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do realizacji świadczenia.

Odnośnie kalkulacji oferty w zakresie „gotowości” do podjęcia zlecenia Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 44 ust 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 26 sierpnia 2020 r. (sygn. akt. I SA/Bk 136/20) wskazał: Pod pojęciem celowości dokonywania wydatków należy rozumieć zapewnienie zgodności działań jednostki w zakresie dokonywania wydatków z jej celami statutowymi, optymalizację zastosowanych metod i środków, ich adekwatności dla osiągnięcia założonych celów oraz przyjętych kryteriów oceny realizacji celów i zadań. Jest to wybór przez dysponenta środków publicznych takiego sposobu finansowania zadań, który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicznymi.

Regionalna Izba Obrachunkowa w Krakowie w uchwale z dnia 6 listopada 2013 r. (KI-

412/249/13) wyjaśniła: Do rangi zasad obowiązujących w toku wykonywania budżetu podniesiono zasadę efektywności wykorzystania środków publicznych. Efektywny oznacza tyle, co skuteczny, wydajny, dający pozytywne wyniki.

Prawdą jest, że w poprzednio obowiązujących u Zamawiającego umowach funkcjonował system opłaty za utrzymanie w gotowości zasobów wykonawcy - jednak oferowane przez Wykonawców w postępowaniu ceny wynosiły od 0,0001 za m2 na dobę, do 0,02 zł za m2 na dobę - przy tym samym zakresie prac i na tym samym terenie cena za gotowość wynosiła od kilkudziesięciu złotych do kilkunastu tysięcy złotych. Zamawiający uznał zatem, że wcześniej funkcjonujący system „opłat za gotowość” jest nieracjonalny, a z punktu widzenia przepisów określających zasady gospodarowania finansami publicznymi - nieefektywny. Stąd rezygnacja z wymogu podawania odrębnej stawki za „gotowość” - tak też zamawiający przyjął w postępowaniu pn. „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w podziale na 4 zadania” (nr DNP.260.52.2020.PN.U.), w którym zamawiający otrzymał kilka ofert od kilku wykonawców. Co najmniej wątpliwe są zatem zarzuty odwołującego, który z jednej strony podnosi, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co uniemożliwia oszacowanie kosztów przez wykonawcę oraz sporządzenie oferty — a jednocześnie inne podmioty, na podstawie identycznych w zasadzie zapisów SIWZ w poprzednim postępowaniu, składają ważne oferty, co potwierdza, że możliwe jest oszacowanie kosztów realizacji zamówienia.

W ocenie zamawiającego, w cenie oferty, poza kosztami rzeczywistego wykonywania określonych w SWZ zadań wykonawca może skalkulować koszty stałego utrzymania sprzętu i pracowników w gotowości do świadczenia zamawianych usług. Konieczność pozostawania w gotowości do świadczenia usług nie jest niczym wyjątkowym na - w warunkach rynkowych przedsiębiorcy nie mają zapewnionego zbytu na oferowane usługi i towary. W niniejszym postępowaniu zamawiający gwarantuje zapłatę za wszystkie wykonane rzeczywiście usługi, nadto gwarantuje, że wysokość wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie niższa niż 80 % ceny ofertowej.

Brak odrębnej opłaty za gotowość do świadczenia usług nie stanowi naruszenia żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, a jest konieczna z uwagi na interes finansów publicznych, przede wszystkim gospodarowanie nimi w sposób celowy i oszczędny.

Ad. 4. Zarzut naruszenia art. 8 ust 1 PZP w zw. z art. 483 S 1 w zw. z art. 353(1) i 5 kc na

skutek wprowadzenia w treści wzoru umowy nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód przez ustalenie kar na rażąco wysokim poziomie, co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, a także nieustalenie terminu do upływu którego mogą być

naliczane kary umowne.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP oraz kodeksu cywilnego przy określaniu zasad naliczania kar umownych został sformułowany w oderwaniu od treści projektu umowy bowiem jednoznacznie z postanowień par. 14 wynika, że znaczna część kar umownych określona jest kwotowo, a tam gdzie określona jest w odpowiednim procencie — jest to procent od wartości zlecenia (par. 4 ust 8 i 9), a nie wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto wykonawcy za realizację całego przedmiotu umowy (par. 7 ust 1). Tylko w jednym przypadku, tj. par. 14 ust 1 pkt 9, kara umowna liczona jest jako procent od wartości wynagrodzenia określonego w par. 7 ust 1.

Ponadto niezasadny jest zarzut braku określenia terminu, do którego kary umowne mogą być naliczane - Odwołujący pomija bowiem fakt, iż zgodnie z art. 436 pkt 3 PZP zamawiający wskazał łączną maksymalną wysokość kar umownych (30 procent wynagrodzenia, o którym mowa w par. 7 ust 1 umowy).

W dniu 12 października 2021 r. odwołujący ALBA złożył pisemne stanowisko procesowe, w którym oświadczył, że

1. Zarzut nr 1 naruszenia art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 i 4, art. 433 pkt 4 oraz art. 3531 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy a także art. 441 ustawy na skutek wpisania w treści Wzoru umowy nieograniczonej możliwości jednostronnego wprowadzania przez Zamawiającego zmian zakresu zamówienia bez ustalenia granic tych zmian i ustalenia czytelnego systemu opcji na zwiększenie zakresu zamówienia.

uwzględnienie zarzutu nr 1 nie spełnia wymagań art. 522 ust 4 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2021 poz. 1129), zwanej w dalszej treści niniejszego pisma „ustawą PZP”

Zgodnie z brzmieniem ostatniego zdania tego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W zakresie zarzutu nr 1, Odwołujący żądał ustalenia granicy zmian zakresu zamówienia oraz czytelnego systemu opcji na zwiększenie zakresu zamówienia

Odwołujący podkreślił przy tym, że objęte odwołaniem postanowienia SWZ naruszają art. 99 ust.1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy poprzez ustalenie zasad realizacji zamówienia w sposób uniemożliwiający ustalenie ryzyka związanego w wykonaniem zamówienia przekładającego się na jego realny zakres, a tym samym rzetelnego skalkulowania ceny oferty w sposób gwarantujący ekwiwalentność świadczeń obu stron umowy. Postanowienia te w zakresie, w jakim nie określają gwarantowanego minimalnego świadczenia wykonawcy pozostają również sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy, a w zakresie, w którym dopuszczają możliwość jednostronnej zmiany zakresu świadczenia bez określania tego zakresu zmiany i warunków jej dokonania także z przepisem art. 441 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie procesowym oświadczył, że

„Celem dostosowania SWZ i projektu umowy do art 433 pkt 4 PZP. projekt umowy został zmodyfikowany w sposób następujący:

1) § 4 ust 4 otrzymuje brzmienie: Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg - zmiana taka nastąpi

przez pisemne powiadomienie Wykonawcy z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem; w przypadkach pilnych zmiana może nastąpić z 3-dniowym wyprzedzeniem.

2) § 4 ust 5 otrzymuje brzmienie: Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania, prac) - zmiana taka nastąpi przez pisemne powiadomienie Wykonawcy z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem; w przypadkach pilnych

zmiana może nastąpić 3-dniowym wyprzedzeniem.

3) § 7 ust 3 otrzymuje brzmienie: Łączna wartość wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji umowy nie będzie niższa niż 80 % kwoty określonej w ust 1.

Odwołujący wskazał, że w § 7 umowy pozostawiono zapisy, które czynią zmianę § 7 ust 3 zupełnie bezprzedmiotową.:

2. Za realizację przedmiotu niniejszej umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie wykonany zakres prac odebrany bez zastrzeżeń, które stanowi iloczyn cen jed-

nostkowych określonych w formularzu ofertowym Wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej umowy i faktycznej ilości (obmiaru) i krotności wykonanych prac.

4. Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w przypadku niewykonania szacowanego zakresu prac określonego ofercie.

6. Podstawą wystawienia faktury jest miesięczny protokół odbioru prac sporządzony i podpisany przez Wykonawcę uwzględniający odbiór prac na wskazanie (jeżeli takie były) wraz z rozliczeniem rzeczowo-finansowym, zawierającym wyszczególnienie wszystkich składników wynagrodzenia miesięcznego, zatwierdzony przez przedstawiciela(i) Zamawiającego.

7. Na fakturze winny być wyszczególnione osobno pozycje oraz kwoty dotyczące letniego/zimowego utrzymania i konserwacji zieleni.

Wprowadzenie zapewnienia obrotu w kwocie 80 % kwoty umownej wymaga dopisania systemu rozliczeń miesięcznych (jak w §7 ust.6) z tytułu nie wykonania 80 %, gdyby miało miejsce, albo dopisania takich rozliczeń w cyklu kwartalnym, półrocznym lub rocznym. W dłuższym okresie bowiem, łatwiej byłoby optymalizować przedmiotowe wynagrodzenie.

Zatem konieczne jest wprowadzenie możliwości wypłaty wynagrodzenia wyrównawczego z tytułu nie zleconych prac, co spowodowało że wynagrodzenie wyliczone zgodnie z §7 ust.2 jest mniejsze niż 80 % wynagrodzenia za dany okres rozliczeniowy przyjęty przez Zamawiającego. Za tym konieczne jest usunięcie §7 ust.4, gdyż wykonawcy będzie przysługiwało bez roszczenia wynagrodzenie z tytułu powstałych różnic.

Oczywiście wobec takiego mechanizmu, można spodziewać się, że w toku realizacji umowy zamawiający zabezpieczy obciążenie pracami o co najmniej 80% wartości. Jednak powstały mechanizm zabezpieczałby w pełni obydwie strony umowy.

W zakresie części zarzutu dotyczącego braku zakreślenia wielkości opcji, odwołujący wyrażnie zażądał:

„Zatem uznawszy zapis § 4 ust. 5 mówiący o możliwości zwiększenia zakresu zwiększenia prac (włączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac) za wprowadzenie opcji, z czym trudno się nie zgodzić, wskazać należy, że konieczne jest dostosowania opisu przedmiotu zamówienia i zapisów umowy o zapisy wskazujące precyzyjnie

- 1) rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) okoliczności skorzystania z opcji.”

Zamawiający na ten zarzut odpisał następująco:

„W SWZ w rozdziale IV pkt 7-9 wskazano przesłanki zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac - co spełnia warunki uregulowania prawa opcji, w rozumieniu art. 441 ust 1 PZP (rodzaj opcji - włączenie terenów, zwiększenie obmiaru lub krotności, maksymalna wartość opcji - nie więcej niż wartość wynagrodzenia określonego w umowie). Możliwość skorzystania z opcji jest uzasadniona koniecznością wykonywania zadań publicznych zgodnie z art. 3 ust.1 i ust 2 pkt 11 i12 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.”

Próżno szukać określenia rodzaju opcji, ich maksymalnej wartości oraz okoliczności skorzystania z nich. Nadal nie wiadomo jakie konkretnie prace ma na myśli zamawiający pisząc: „włączenie terenów, zwiększenie obmiaru lub krotności”

Na podstawie takiego zapisu można wskazać całkowicie dowolny rodzaj prac w całkowicie dowolnym wymiarze na dowolnym obszarze. Oznacza to, że wykonawca pozostaje zobowiązany do terminowej realizacji świadczenia o nieokreślonych granicach merytorycznych, przy czym świadczenie to jest przyszłe i niepewne. W rezultacie, zamawiający może z łatwością doprowadzić wykonawcę do stanu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, co skutkować może jej rozwiązaniem przed czasem. To z kolei niesie ze sobą poważne konsekwencje prawne.

Pisząc o wartości opcji: „maksymalna wartość opcji - nie więcej niż wartość wynagrodzenia określonego w umowie” zamawiający nie wskazał, czy opcja wynosi nawet 100 % więcej niż w umowie, czy do wysokości kwoty umowy, bez możliwości jej przekroczenia.

Nie wiadomo, czy po wprowadzeniu zapewnienia o zapłaceniu co najmniej 80% wynagrodzenia, opcja powinna się w tych 80 % mieścić łącznie z innymi pracami, czy w kolejnych 20 % wynagrodzenia do maksymalnej wysokości wynagrodzenia umownego, czy wreszcie może dodawać się aż do + 100 % wynagrodzenia umownego.

Zamawiający w dalszym ciągu nie zmierza do uzyskania transparentnego oraz zrównoważonego pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego, lecz raczej próbuje bazować na niepewności, prowadzącej do uzyskiwania bezprawnej przewagi Zamawiającego, jako jego niesłusznie supremowanej strony.

Odwołujący podnosi zatem, że konieczne jest ustalenie konkretnych czynności, liczby jednostek miar opcji oraz jej wyraźnej kwoty.

Nie sposób uznać że działania zamawiającego odpowiadają żądaniom odwołania.

Celem zarzutu było ustalenie transparentnego i nienaruszającego zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego, systemu rozliczeń kontraktowych

Odwołujący wskazuje, że wprowadzenie postulowanych zmian zapisów umownych nie tylko zaspokoi żądania Odwołującego odnośnie zarzutu nr 1, ale również odnośnie zarzutu nr 2. Zarzut nr 2 w całości bowiem odnosi się do zapewnienia określonego pewnego wynagrodzenia, nawet w przypadku nie wykonania żadnych prac.

2. Zarzut nr 2 naruszenie przepisów Art. 16 pkt 1, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 5 kc na skutek zaniechania umieszczenia w treści SWZ oraz wzoru umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do realizacji świadczenia

W obecnym stanie sprawy, odwołujący podtrzymał postawiony zarzut. Podane przez zamawiającego wyjaśnienia w żaden sposób nie nawiązują do realiów przedmiotowego postępowania. Zamawiający kieruje się wyłącznie własnym interesem, obarczając wykonawców pełnym ryzykiem kontraktowym. Pozbawiony podstaw faktycznych jest pogląd zamawiającego zaprezentowany w odpowiedzi na odwołanie, że wydzielenie jako odrębnej pozycji za gotowość było nieracjonalne z uwagi na duże rozbieżności pomiędzy cenami wykonawców. Okoliczność ta nie może stanowić uzasadnienia dla obciążania wykonawców utrzymaniem w gotowości sił i środków przy jednoczesnej możliwości nieotrzymania żadnego wynagrodzenia za świadczenie usług, których realizacja jest uzależniona od pogody czy też zachowań społeczności lokalnej.

W przypadku wprowadzenia postulowanych zmian zapisów § 7 umowy, odwołujący rozważy cofnięcie zarzutu.

3. Zarzut nr 3 naruszenia art. 16 pkt 1, art. 439 ust. 2 pkt 2 lit a, pkt 3 i 4 oraz art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy na skutek umieszczenia w treści umowy nierealnych zapisów

odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia przy jednoczesnym braku wskazania mechanizmów waloryzacji

Uwzględnienie zarzutu nr 3 nie spełnia wymagań art. 522 ust 4 ustawy PZP.

Zgodnie z brzmieniem ostatniego zdania tego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o

udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W zakresie zarzutu nr 3, odwołujący żądał umieszczenia w treści Wzoru umowy realnych zapisów odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia oraz wskazanie mechanizmów waloryzacji W uzasadnieniu zarzutu wywiódł, że dla zachowania równego traktowania wykonawców zamawiający powinien wskazać materiały i koszty referencyjne dla zmiany ceny umowy.

W obecnym kształcie umowa pozostawia dowolność wyboru wykonawcom. W efekcie zamawiający będzie miał możliwość kwestionowania podstaw wnioskowania przez wykonawców o waloryzację wynagrodzenia. Podanie rodzaju materiałów i kosztów objętych mechanizmem waloryzacji doprowadzi do urealnienia, nierealnego w obecnym kształcie, odniesienia do wskaźnika ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Wskaźniki zmiany umowy powinny zostać podane przez zamawiającego w sposób enumeratywny. Dopiero takiego rodzaju mechanizm umowny może zostać uznany za spełniający przesłanki art. 439 ust. 2 ustawy. Do takich wskaźników zaliczać się mogą zmiany wynagrodzeń, cen utylizacji opadów, ceny paliw płynnych, ceny piasku czy soli drogowej.

Wskazał, że ustalona przez zamawiającego granica wzrostu cen, wynosząca 7 % musi zostać uznana za prowadzącą do faktycznego wyłączenia waloryzacji. Wskaźniki inflacji ogłaszane przez Prezesa GUS wynoszą poniżej 5%. Zatem przyjmując za zapisami umowy, że waloryzacja miałaby mieć miejsce corocznie, to uzasadnione jest stwierdzenie, że przy za-

chowaniu dotychczasowej granicy 7%, pomimo istotnego wzrostu cen i kosztów, waloryzacja mogłaby nigdy nie nastąpić. Ugruntowuje to zachwianie ekwiwalentności ekonomicznej świadczenia wzajemnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą na rzecz zamawiającego. To z kolei stoi w sprzeczności z funkcją, jaką ustawodawca nadał zapisom przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

Brak jest także uzasadnienia dla ograniczenia ogólnej kwoty waloryzacji do 20 % wynagrodzenia umownego. Przyjęcie takiego progu przy założeniu, że mogłaby nastąpić czterokrotna waloryzacja o 7% wynagrodzenia umownego (zgodne z obecnymi zapisami umowy) wyłącza faktyczną możliwość waloryzacji, której nawet proste zliczenie dawałoby 28 procent zmiany. Dlatego uzasadniony jest wniosek o dopuszczenie zmiany wysokości łącznego wynagrodzenia umownego o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy o 30 %, zaś dla poszczególnych pozycji kosztów i materiałów nawet do 50 % przy zachowaniu ogólnego progu 30 % dla całości. Uwzględniając zarzut odwołania, Zamawiający powinien być:

- wskazać materiały i koszty referencyjne dla zmiany ceny umowy;
- podać w sposób enumeratywny rodzaje wskaźników zmian umowy;
- ustalić próg zmiany wskaźnika od którego rozpocznie się waloryzacja na poziomie poniżej 5 %;
- dopuścić zmiany wysokości łącznego wynagrodzenia umownego o którym mowa w § 7 ust.

1 umowy o 30 %, zaś dla poszczególnych pozycji kosztów i materiałów nawet do 50 % przy zachowaniu ogólnego progu 30 % dla całości.

Zamawiający w istocie rzeczy oddalił postawiony zarzut. Nie wykonał bowiem żadnego ze związanych z nim żądań.

W treści swojego pisma przyznał wszak, że

„wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych.

Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w

zakresie określenia, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniam), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy- Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84).”

Zatem zamawiający przyznał, że powinien mieć na względzie specyfikę przedmiotowego zamówienia w zakresie określenia, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniam.

Zamiast tego, zamawiający wyjaśnił, że „każdy z wykonawców może przyjmować inne ceny bądź koszty, w zależności od swojej indywidualnej sytuacji i warunków prowadzenia działalności (np. inne koszty będzie ponosił wykonawca wynajmujący pomieszczenia i używający sprzętu leasingowanego, a inne koszty wykonawca posiadający własne nieruchomości i będący właścicielem używanego sprzętu). Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie i obiektywnie określić ani jakie ceny i koszty wykonawca uwzględnił w cenie oferty, ani nie jest w stanie określić jaka zmiana tych cen bądź kosztów ma rzeczywiste przełożenie na cenę świadczonej usługi. O ile jeszcze można taką kalkulację przeprowadzić dla cen kosztorysowych, o tyle przy cenie ryczałtowej jest to niewykonalne.”

Rozumowanie zamawiającego jest z gruntu błędne. Jako gospodarz postępowania powinien on wskazać, które jego zdaniem zmiany cen są relewantne dla zachowania równowagi stron umowy. Wszyscy wykonawcy ubiegają się bowiem o to samo zamówienie. W przypadku przedmiotowego zamówienia, najistotniejsze są koszty piasku i soli drogowej. W związku z

tym, zmiany ceny tych właśnie elementów winny decydować o możliwości zmiany wynagrodzenia. Co nie mniej istotne, całkowicie błędne jest odniesienie do wynagrodzenia ryczałtowego, które w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania.

Dalej Zamawiający podał, że:

„W niniejszej sprawie (...) posłużył się powszechnie stosowanym wskaźnikiem określania

wzrostu cen, poprzez odesłanie do wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS - precyzując postanowienia umowy zamawiający wskazuje, że zmienił treść § 21 ust 2 lit c projektu umowy. przez nadanie mu brzmienia: podstawą ustalenia poziomu zmiany ceny lub kosztów jest wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego."

Odwolujący podkreślił, że samo odniesienie do wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, pozostaje bez związku merytorycznego z faktycznymi zmianami cen piasku i soli drogowej. Dlatego też wskazany byłoby powiązanie mechanizmu zmiany z realnymi cenami głównych materiałów.

Materiał poglądowy zawarto na stronie internetowej

]

Materiał pochodzi ze spotkania, którego celem było przedstawienie propozycji waloryzacji nowych kontraktów przygotowywanych pod nadzorem Ministerstwa Infrastruktury przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oraz PKP Polskie Linie Kolejowe SA we współpracy z Prokuratorią Generalną RP, Głównym Urzędem Statystycznym, Urzędem Zamówień Publicznych i Centrum Unijnych Projektów Transportowych. W spotkaniu uczestniczyli członkowie kierownictwa resortu, przedstawiciele Prokuratury Generalnej RP, Centrum Unijnych Projektów Transportowych i Głównego Urzędu Statystycznego oraz przedstawiciele środowiska wykonawców kontraktów drogowych i kolejowych.

Waloryzacja kwot będzie się odbywać w oparciu o wskaźniki GUS dla cen towarów i usług konsumpcyjnych (jako CPI) oraz minimum dwóch innych wskaźników wybranych z tabeli „Koszyk waloryzacyjny” tworzony z uwzględnieniem m.in. cen paliwa, kruszywa, średnie wynagrodzenia pracowników branży i inflacji. „Wagi”/współczynniki dla poszczególnych wskaźników będą ustalane bilateralnie przez strony umowy, a ich suma wyniesie 50%.

Podany przykład odnosi się co prawda do robót złożonych merytorycznie, z czym nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, jednak może być punktem wyjścia do ustalenia realnych zasad waloryzacji.

Niezasadne jest uznanie przez zamawiającego, że treść umowy po zmianie (doprecyzowaniu wskaźnika GUS) jest właściwa i zapewnia równowagę stron - wprowadzenie ogólnego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych pozwala na waloryzację wynagrodzenia w przypadku powszechnego, ogólnego wzrostu cen.

Możliwe i konieczne jest odniesienie się do elementów kosztotwórczych. Zamawiający posiada możliwość jednostronnego ustalenia kosztów podlegających waloryzacji.

Oddalenie wniosku odwołującego o dopuszczenie zmiany wysokości łącznego wynagrodzenia umownego o 30% przesądza o braku możliwości przyjęcia, że zarzut został uwzględniony.

Wskazanie na możliwość zastosowania przepisu art. 357(1) § 1 kc. zgodnie z którym jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania odwołujący traktuje jako nieporozumienie.

Celem kształtowania klauzul umownych w systemie zamówień publicznych jest doprowadzenie do harmonijnej realizacji zamówień, z ograniczeniem sporów sądowych do spraw, których przewidzieć się nie da. Przedmiotowe zmiany umowy jako przewidywalne, czego potwierdzeniem jest zawisły przez Izbą spór, nie kwalifikują się do kategorii nadzwyczajnej zmiany stosunków.

Wskazując na powyższe, wniósł jak w odwołaniu o ustalenie realnego, to znaczy powiązanego z zamówieniem, systemu waloryzacji w tym wskazanie materiałów referencyjnych dla zmiany wynagrodzenia, obniżenie progu od którego dopuszczone będzie wnioskowanie o zmianę wynagrodzenia do 5 % a także podniesienie ogólnego wolumenu zmiany do 30%

ogólnej kwoty wynagrodzenia umownego.

4. Zarzut nr 4 naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 3531 kc oraz w zw. z art. 5 kc, poprzez wprowadzenie w treści Wzoru umowy, nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez ustalenie kar na rażąco wysokim poziomie co jest okolicznością narażającą wyko-

nawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, a także nieustalenie terminu, do upływu które mogą być naliczane kary umowne. Powyższe okoliczności powodują, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Zamawiający odpowiedział następująco:

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP oraz kodeksu cywilnego przy określaniu zasad naliczania kar umownych został sformułowany w oderwaniu od treści projektu umowy - bowiem jednoznacznie z postanowień § 14 wynika, że znaczna część kar umownych określona jest kwotowo, a tam gdzie określona jest w odpowiednim procencie - jest to procent od wartości zlecenia (§ 4 ust 8 i 9), a nie wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto wykonawcy za realizację całego przedmiotu umowy (§ 7 ust 1). Tylko w jednym przypadku, tj. § 14 ust 1 pkt 9, kara umowna liczona jest jako procent od wartości wynagrodzenia określonego w § 7 ust 1.

Konstrukcja § 14 jest następująca:

1. Podstawą naliczania kar umownych jest kwota ustalona w §7 ust.1 Zamawiający przewiduje możliwość stosowania kar umownych z tytułu:

1) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w zakresie zimowego utrzymania pasa drogowego, w tym nieosiągnięcie efektu lub standardu, określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w wysokości:

a) 1 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek na „sieci komunikacyjnej” i „szlakach komunikacyjnych”,

b) 20% wartości zlecenia za nie utrzymanie właściwego standardu zimowego na zakończenie dobowego utrzymania zimowego,

c) 10% wartości zlecenia, podczas dobowego utrzymania właściwego standardu zimowego, za nie wykonanie prac zgodnie z SOPZ,

d) 10% wartości zlecenia w przypadku nie przystąpienia do przejazdu jednorazowego i alarmowego podczas uruchomienia dobowego utrzymania Akcji Zima w czasie: min., licząc od momentu otrzymania zgłoszenia.

e) 10% wartości zlecenia w przypadku nie przystąpienia do prac w zakresie przejazdu jednorazowego i alarmowego podczas uruchomienia dobowego utrzymania Akcji Zima całym zadeklarowanym przez Wykonawcę sprzętem w danym rejonie w czasie:..... min., licząc od momentu otrzymania zgłoszenia (...)

Słowa „wartości zlecenia” pod lit. b-e nie znajdują oparcia w zapisach § 14.

Wystarczy zatem wprowadzenie definicji „wartości zlecenia” w § 14 czego Zamawiający z siebie tylko znanych przyczyn nie uczynił.

Na chwilę obecną, nadal jednorazowe uchybienie dotrzymaniu subiektywnie ocenianego właściwego standardu utrzymania zimowego może pozbawić wykonawcę aż 20 %, zaś okoliczności opisane pod literami c, d, e, aż po 10 %. całego wynagrodzenia umownego wyliczonego za realizację umowy aż do 30 kwietnia 2025 roku.

W każdym przypadku kwota wyliczonej kary umownej przekroczy o rząd wielkości kwotę wynagrodzenia umownego za wykonania przedmiotowych prac.

Podobnie w punkcie 2 pod literami c), e), f) Zamawiający ustalił następujące kary:

1) (z tytułu) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w zakresie całorocznego utrzymania pasa drogowego oraz utrzymania i konserwacji zieleni w pasie drogowym w tym nieosiągnięcie efektu lub standardu określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w wysokości:

c) 10 % wartości zlecenia brutto w sytuacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto,
e) 1 % wartości zlecenia brutto w sytuacji nieterminowej realizacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto, za każdy dzień od 1 do 2 dni,

b) 5 % wartości zlecenia brutto w sytuacji nieterminowej realizacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki liczącej powyżej 2 dni,

Podobnie jak w przypadku uchybień w utrzymaniu zimowym, kwoty kar znacznie przewyższają wynagrodzenie za czynności, których dotyczą.

Nie znalazła odpowiedzi, podniesiona w odwołaniu okoliczność, że w punkcie 3 zamawiający ustalił karę z tytułu nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom - w wysokości 0,2 % wartości, określonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki. A także że kara ta została oderwana od wynagrodzenia wykonawcy i zważywszy jej naliczanie za każdy dzień zwłoki, może ona pozbawić wykonawcę znaczącej części wynagrodzenia umownego.

Podtrzymał zatem wniosek o miarkowanie wskazanych kar umownych

Trudno także zgodzić się z zamawiającym, że ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych zwalnia go z obowiązku określenia terminu, do którego kara taka może zostać nałożona. Są to dwie niezależne od siebie okoliczności. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której w toku realizacji umowy zamawiający nie wyczerpał przysługującego mu limitu kar, zaś po zakończeniu realizacji umowy stwierdził okoliczność legitymującą w Jego mniemaniu, możliwość nałożenia kar aż do 30 % wynagrodzenia. Jak w odwołaniu wniosek o wprowadzenie ograniczenia możliwości nakładania kar do okresu realizacji umowy.

W dniu 18 października 2021 r. zamawiający w związku z zarządzoną wymianą pism procesowych przedstawił identyczne stanowisko jak przytoczone w rycie historycznym sprawy KIO 2360/21.

Odwołujący Alba cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 3531 kc oraz w zw. z art. 5 kc na skutek zaniechania umieszczenia w treści SWZ oraz wzoru umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do realizacji świadczenia

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. treści specyfikacji szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W specyfikacji zamawiający zawarł postanowienia:

Rozdział III pkt. 4. Zamawiający przewiduje możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z rozdziałem XIX SWZ
Rozdział IV Opis Przedmiotu Zamówienia

6. Wykonawca winien w oparciu o wskazany zakres oraz własne doświadczenie dokonać wyceny prac ujmując wszystkie koszty ich wykonania, w szczególności koszt pracy sprzętu, zakupu materiałów, koszty pracy osób realizujących usługę.

7. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenia bądź wyłączenia powierzchni objętych utrzymaniem) i ilości prac (zmiana obmiaru i/lub krotności) m.in. w przypadku sprzedaży, dzierżawy, użyczenia, zamiany, uwłaszczenia lub zmiany zarządcy, rozpoczęcia lub zakończenia robót budowlanych, przekazania w utrzymanie innej jednostce lub innemu podmiotowi, niż Zamawiający.

8. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i krotności oczyszczania poszczególnych terenów.

9. Podane w SWZ i załącznikach do SWZ ilości i krotności poszczególnych prac są orientacyjne (szacunkowe), wyliczone na podstawie dotychczasowych doświadczeń zamawiającego i mają służyć jedynie do kalkulacji ceny ofertowej. Faktyczne ilości i krotności wykonywanych prac mogą różnić się od ilości zakładanych (szacowanych) w zależności od pa-

nujących warunków pogodowych w okresie wykonywania zamówienia, Wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie iloczyn faktycznie wykonanych prac i cen jednostkowych podanych w ofercie Wykonawcy, do wysokości łącznej ceny ofertowej wskazanej w formularzu ofertowym.

10. Zamawiający informuje, że zadaniami dotyczącymi usuwania zagrożenia bezpieczeństwa mogą być wszystkie prace wymienione w formularzach ofertowych, a w szczególności „praca na wskazanie”, mających wpływ na bezpieczeństwo ruchu pieszego/ drogowego. Zamawiający nie wymaga szczególnych uprawnień i kwalifikacji związanych z usuwaniem zagrożeń bezpieczeństwa z wyjątkiem tych, które są niezbędne do wykonywania prac wymienionych w formularzach ofertowych, a w szczególności „praca na wskazanie”.

W ramach usuwania zagrożeń bezpieczeństwa ruchu usuwane będą m.in. odpady o niżej wymienionych kodach:

20 03 03 Odpady z czyszczenia ulic i placów

20 01 39 Tworzywa sztuczne

20 01 40 Metale

20 01 02 Szkło

20 01 01 Papier i tektura

20 02 02 Gleba i ziemia, w tym kamienie

16 01 03 Zużyte opony

15 02 03 Sorbenty, materiały filtracyjne, tkaniny do wycierania (np. szmaty, ścierki) i ubrania ochronne inne niż wymienione w 15 02 02

17 01 01 Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów

17 01 02 Gruz ceglany

17 01 03 Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia

17 01 07 Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06

17 01 82 Inne niewymienione odpady

17 03 80 Odpadowa papa

17 06 04 Materiały izolacyjne inne niż wymienione w 17 06 01 i 17 06 03

Rozdział VI Termin wykonania zamówienia

Termin realizacji zamówienia: od dnia zawarcia umowy do dnia 30.04.2025 r.

Rozdział VII Warunki udziału w postępowaniu

2. Warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego spośród warunków, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy:

2.1 zdolności do występowania w obrocie gospodarczym:

Zamawiający nie określa warunku w powyższym zakresie.

2.2 uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Zamawiający nie określa warunku w powyższym zakresie.

2.4 zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że:

c) dysponuje lub będzie dysponował następującymi narzędziami i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, w szczególności co najmniej w ilościach wskazanych poniżej:

- zmiatarka uliczna ssąca z możliwością zwilżania zmiatanych powierzchni z opcją unie-

możliwiającą wtórne zapylenia środowiska — szerokość zmiatania min. 2 300 mm o wydajności nie mniej niż 15.000 m²/h - 2 szt.

- samojezdna zmiatarka mechaniczna ze szczotkami obrotowymi oraz możliwością zwilżania zmiatanych powierzchni typ lekki - 2 szt.
- zmiatarki mechaniczne chodnikowe (pchane) - 4 szt.
- samochód polewaczka o minimalnej pojemności zbiornika 6 m³, wyposażony w pompy, polewaki, listwę zraszającą oraz przyłącza do hydrantu. Zamawiający oczekuje, że ulice będą polewane na całej szerokości i długości jezdni - 1 szt.,

samochód polewaczka o dopuszczalnej masie całkowitej do 5 ton i pojemności zbiornika wody do 2 m³, wyposażony w pompy, polewaki, listwę zraszającą oraz przyłącza do hydrantu zamawiający oczekuje, że polewane ulice będą na całej szerokości jezdni - 1 szt.

- kosiarki samojezdne lub ciągnikowe - 3 szt.
- kosiarki mechaniczne - 3 szt.
- podkaszarki - 3 szt.
- pługosolarka z pługiem czołowym o ładowności zasobnika do soli drogowej lub piasku od 3,0 do Mg - 5 szt.
- pojazd wyposażony w pług czołowy i urządzenie sypiące, o ciężarze całkowitym do 25Mg - 3 szt.

UWAGA:

Każdy z samochodów, którymi dysponuje wykonawca na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu winien spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 5. Wymóg ten nie dotyczy polewaczek, sprzętów ręcznych (w tym zmiatarek pchanych, kosiarek mechanicznych i podkaszarek) oraz pojazdów zbudowanych na bazie ciągników rolniczych (w tym ciągniki rolnicze z osprzętem do zimowego utrzymania dróg oraz pojazdów wyposażonych w pługi czołowe i urządzenia sypiące o ciężarze całkowitym do 2,5 Mg).

Do oferty wykonawca winien dołączyć dokumenty potwierdzające, iż wykazane samochody spełniają normę EURO 5 np. kopia karty pojazdu, dowodu rejestracyjnego, certyfikatów. Zamawiający informuje, iż sprzęt wykazany w ofercie wykonawcy — Wymagany sprzęt — wykaz w wymaganej jakości i ilości, nie może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych zamawiających lub dla usług świadczonych na innych kontraktach w momencie w którym powinien być wykorzystywany u zamawiającego. W przypadku kiedy sprzęt ten nie musi „pracować” u zamawiającego może być wykorzystywany do usług świadczonych u innych zamawiających lub na innych kontraktach.

Rozdział XIV Opis sposobu obliczenia ceny oferty

1. Wykonawca podaje cenę ofertową brutto na Formularzu Ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ
2. Wykonawca oblicza cenę oferty (z VAT) z uwzględnieniem zapisów zawartych w dokumentach zamówienia w szczególności w niniejszej specyfikacji i załącznikach. Cena oferty winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu niniejszego zamówienia, w tym m.in. ryzyko związane z realizacją przedmiotu umowy, koszty materiałów, robocizny, pracy sprzętu i urządzeń, koszty wynagrodzenia pracowników itp.).
3. Cenę oferty należy podać w złotych polskich wraz z podatkiem VAT, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
4. Ceny jednostkowe należy podać w złotych polskich wraz z podatkiem VAT, z dokładnością nie większą niż cztery miejsca po przecinku.
6. W celu obliczenia ceny oferty Wykonawca winien wypełnić formularz ofertowy wskazując ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, a następnie dokonać odpowiednich przeliczeń zgodnie z zasadami przyjętymi w formularzu
7. Cena oferty będzie stanowić podstawę do porównania i oceny złożonych ofert.
8. Ilości prac, które zostały wskazane w formularzu ofertowym służą jedynie do oblicze-

nia ceny oferty.

9. Zamawiający przyjął 8 % stawkę podatku VAT.

10. Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie za faktycznie wykonany zakres prac. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie stanowiło iloczyn zaoferowanych cen jednostkowych i ilości (obmiaru) oraz krotności wykonanych prac.

11. Cena oferty winna uwzględniać ryzyka związane z wykonaniem niniejszego zamówienia, w szczególności związane ze zmianą cen, wynagrodzeń za świadczone usługi, zmian wysokości składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

12. Zamawiający zwraca uwagę, że koszty robocizny przyjęte do kalkulacji ceny nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie aktualnych przepisów tj. ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz Rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej.

Rozdział XIX Aukcja elektroniczna

1. Po wstępnym badaniu i ocenie ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert i przypisaniu im punktacji, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający przewiduje możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

2. Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną w celu uzyskania nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny oferty.

3. Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli w danym postępowaniu zostaną złożone co najmniej 2 oferty nie podlegające odrzuceniu.

4. Aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona przy użyciu platformy zakupowej w formie powtarzalnego procesu elektronicznego, umożliwiającego klasyfikację ofert za pomocą metod automatycznej oceny.

5. Zaproszenie do udziału w aukcji zostanie wysłane drogą elektroniczną jednocześnie do wszystkich wykonawców, którzy złożyli w danym postępowaniu oferty niepodlegające odrzuceniu.

6. Aukcja elektroniczna będzie dotyczyć tylko kryterium — cena.

7. Punktacja za pozostałe kryteria, jaką otrzyma oferta, zostanie przyznana zgodnie z Rozdziałem XVIII SWZ. Łączna punktacja będzie stanowiła sumę punktów w kryterium cena oraz w pozostałych kryteriach oceny.

8. Do obliczenia wartości punktowej złożonej oferty w zakresie kryterium ceny przyjmuje się wzór wskazany w Rozdziale XVIII SWZ.

9. Od momentu otwarcia aukcji elektronicznej do momentu jej zamknięcia każdy wykonawca może złożyć dowolną liczbę postąpień. Minimalna wysokość postąpienia zostanie określona w zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

10. Termin otwarcia aukcji dla danego postępowania zostanie podany w zaproszeniu do udziału w aukcji, jednak nie może być on krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia.

11. Informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń zostały zawarte w Rozdziale XII SWZ.

12. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na platformie zakupowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

13. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składane są w formie elektronicznej.

14. Aukcja zostanie zamknięta zgodnie z informacją zawartą w zaproszeniu.

15. Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną:

15.1 w terminie określonym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej;

15.2 jeżeli w ustalonym terminie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia;

15.3 po zakończeniu ostatniego, ustalonego etapu.

16. Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

17. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej, zamawiający nie ujawnia informacji umożliwiających identyfikację wykonawców biorących udział w danym etapie aukcji elektronicznej.

18. W przypadku, gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy przypadający po usunięciu awarii, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.

Uwaga:

Wykonawca nie musi brać udziału w aukcji elektronicznej. W tej sytuacji złożona przez niego oferta pierwotna jest wiążąca.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 8 do SWZ

Załącznik nr 8 pkt. II.2

4) zadania (prace) planowe - rozumie się przez to zadania wykonywane na terenach objętych umową, zgodnie ze Szczegółowym Opiskiem Przedmiotu Zamówienia, gdzie określony jest czas (cykl) podejmowanych działań.

UWAGA I: Zamawiający dopuszcza, na wniosek Wykonawcy, wprowadzenie stałej zmiany w harmonogramie wykonywanych prac, dla zadań wykonywanych np. jeden raz w tygodniu np. w czwartek, tak aby były one wykonywane w częściach w dniach od poniedziałku do piątku i zachowania odstępu czasowego określonego

w harmonogramie. Zmiana ta wymaga pisemnej akceptacji Zamawiającego.

UWAGA II: Zamawiający zastrzega sobie prawo do odbioru wykonywanych prac na podstawie harmonogramu w czasie do 4 godzin od godziny wyznaczonej

w harmonogramach i SOPZ, a w przypadku o którym mowa w UWADZE I w czasie do 2 godzin.

5) zadania (prace) planowe - rozumie się przez to zadania wykonywane na terenach objętych umową, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, gdzie określony jest czas (cykl) podejmowanych działań. Prace winny być prowadzone poza godzinami szczytów komunikacyjnych. Za szczyt komunikacyjny Zamawiający rozumie godziny od 6:30 do 9:00 oraz od 14:00 do 17:00.

UWAGA Zamawiający zastrzega sobie prawo do odbioru wykonywanych prac na podstawie harmonogramu w czasie do 4 godzin od godziny wyznaczonej

w harmonogramach i SOPZ

6) zadania (prace) na wskazanie - rozumie się przez to zadania, których podjęcie wymaga pisemnego zlecenia lub wskazania Zamawiającego. W razie wystąpienia potrzeby wykonania prac na wskazanie, Wykonawca będzie je realizować na podstawie każdorazowo wystawianych przez Zamawiającego zleceń, z określeniem ich zakresu, miejsca i terminu wykonania. Zlecenie dokonywane będzie za pośrednictwem poczty elektronicznej lub telefonicznie (po godzinach pracy Zamawiającego), potwierdzone zleceniem pisemnym w najbliższym możliwym terminie. Prace na wskazanie będą rozliczane na podstawie protokołu odbioru wykonanych prac, z uwzględnieniem cen jednostkowych podanych w ofercie.

W ramach zadań (prac) na wskazanie Wykonawca zobowiązany jest do wykonania prac w zakresie usuwania zagrożeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Wykonawca zobowiązany jest podjąć działania w terminie wskazanym w ofercie, przy czym nie później niż w terminie do 60 minut od otrzymania zgłoszenia Zamawiającego o wystąpieniu tego typu zagrożeń.

16) Akcji Zima - rozumie się przez to uruchomienie jednej doby utrzymania zimowego całego rejonu lub jednorazowego zabezpieczenia przejazdu przez cały rejon lub „ściśle cen-

trum"/szlaki komunikacyjne lub przejazd alarmowy lub zabezpieczenia chodników.

UWAGA W okresie zimowym Wykonawca zobowiązany jest do monitorowania rejonu oraz warunków pogodowych

Dział II WYKONANIE I JAKOŚĆ PRAC ZWIĄZANYCH Z LETNIM OCZYSZCZANIEM I UTRZYMANIEM CZYSTOŚCI ORAZ ZIMOWYM UTRZYMANIEM MIASTA.

I. Oczyszczanie mechaniczne i/lub ręczne jezdni ulic, placów i parkingów.

1. Klasyfikacja oczyszczania jezdni ulic, placów i parkingów wraz z terminem odbioru prac przedstawia się następująco:

Kategoria I: oczyszczanie 5 razy w tygodniu (każdy poniedziałek, środa, czwartek, piątek, sobota); zakończenie prac na godzinę 1000;

Kategoria II: oczyszczanie 2 razy w tygodniu (każdy wtorek, piątek); zakończenie prac na godzinę 1000;

Kategoria III: oczyszczanie raz w tygodniu; zakończenie prac na godzinę 1000;

Kategoria IV: oczyszczanie raz w ciągu miesiąca na podstawie zlecenia.

Ponadto w trakcie trwania umowy Zamawiający przewiduje mechaniczne i/lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic na wskazanie na podstawie zlecenia - powierzchnia jest podana wyłącznie w celach szacunkowych.

Nawierzchnia musi być czysta.

Oczekiwanym standardem jest oczyszczenie nawierzchni do takiego stanu, że nie wystąpią na niej żadne zanieczyszczenia, nawierzchnia będzie miała widoczną strukturę, przy krawężnikach woda deszczowa będzie miała swobodny przepływ zgodnie ze spadkiem do studzienek wodościekowych, a krawężnik będzie cały odsłonięty. Na godzinę zakończenia prac teren winien być oczyszczony. Zamawiający zastrzega sobie prawo do odbioru wykonywanych prac na podstawie harmonogramu w czasie do 4 godzin od godziny wyznaczonej.

II. Standardy odśnieżania i zwalczania śliskości zimowej jezdni ulic, placów i parkingów Zamawiający przewiduje, że w okresie zimowym występować będą okresy bezśnieżne, w czasie których mogą być zlecane prace związane z oczyszczaniem oraz okresy, kiedy będą uruchamiane działania w ramach Akcji Zima.

1. W czasie okresu zimowego Zamawiający przewiduje uruchomienie Akcji Zima, na które składa się:

- a) uruchomienie jednej doby utrzymania zimowego całego rejonu lub,
- b) uruchomienie jednorazowego zabezpieczenia przejazdu przez cały rejon lub „ściśle centrum”/szlaki komunikacyjne
- c) uruchomienie tzw. przejazdu alarmowego w celu zapobieżenia lub likwidacji śliskości zimowej w miejscach niebezpiecznych wyszczególnionych w wykazie dla Rejonu 2,

2. W ramach dobowego utrzymania zimowego Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia prac w całym rejonie w celu zapobiegania powstaniu śliskości zimowej lub zwalczaniu śliskości zimowej lub/i odśnieżania (płuzenia). Zadanie będzie wykonywane przez 24 godziny od momentu otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego. W okresie tym Wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania właściwego standardu zimowego utrzymania i usuwania każdego zgłoszenia Zamawiającego, dotyczącego niewłaściwego standardu utrzymania w czasie do 20 min. od momentu otrzymania zgłoszenia (Zamawiający dopuszcza przekazanie takiej informacji w formie dokumentowej w rozumieniu Kodeksu Cywilnego) np. sms, mail itp. na numer telefonu wskazany przez Wykonawcę.

Wykonawca jest zobowiązany do kontynuacji prac „po zakończeniu doby” aby uzyskać standard

3. W ramach zabezpieczenia/przejazdu jednorazowego Wykonawca wykona przejazd całego rejonu lub „ściśłego centrum” /szlaków komunikacyjnych w celu zapobiegania powstaniu śliskości zimowej lub zwalczania śliskości zimowej lub/i odśnieżania (płuzenia) - aż do uzyskania standardu. Przejazd może być zlecany kilka razy na dobę. Czas dojazdu na miejsce pierwszej interwencji nie może być dłuższy niż czas liczony w minutach i podany w ofercie przez Wykonawcę.

4. Przejazd alarmowy wskazanych lokalizacji na terenie miasta Bytom - zadanie to obejmuje odśnieżanie oraz zabezpieczanie przed śliskością lub zwalczanie śliskości zimowej, lokalizacji na terenie miasta Bytom wskazanych w wykazie 2. Czas dojazdu na miejsce pierwszej interwencji nie może być dłuższy niż czas liczony w minutach i podany w ofercie przez Wykonawcę.

5. Wykonawca rozpoczyna zapobieganie powstawaniu lub zwalczanie śliskości zimowej po otrzymaniu zlecenia przez Zamawiającego.

6. W pierwszej kolejności Wykonawca odśnieżał będzie i posypywał szlaki komunikacyjne wraz

z pasami włączeń i wyłączeń, skrzyżowania oraz pasy dla relacji skrajnych w ich obrębie. Obiekty te muszą być przejezdne i zabezpieczone przed śliskością (czarne, mokre) do 1,5 godziny po ustaniu opadów śniegu.

W trakcie intensywnych i długotrwałych (powyżej 3 godzin) opadów śniegu Wykonawca będzie wykonywał prace stale. Zamawiający dopuszcza występowanie na nawierzchni jezdni ulic okresowo cienkiej warstwy śniegu lub błota pośniegowego.

7. Pozostałe jezdnie, sieci podstawowej, muszą być przejezdne i zabezpieczone przed śliskością (czarne, mokre) do 3 godzin po ustaniu opadów śniegu.

W trakcie intensywnych i długotrwałych (powyżej 3 godzin) opadów śniegu Wykonawca będzie wykonywał prace stale. Zamawiający dopuszcza występowanie na nawierzchni jezdni ulic okresowo cienkiej warstwy śniegu lub błota pośniegowego.

8. Szczególnie dokładnie należy wykonać płużenie przy krawężnikach, tak aby odkryć studzienki wodościekowe i umożliwić spływ wody do studzienek wodościekowych. W przypadku nieskuteczności metody mechanicznej w wyżej wymienionych miejscach należy zastosować ręczną metodę odśnieżania a w przypadkach koniecznych skucie lodu, lodowicy zbitego śniegu tak aby umożliwić spływ wody do studzienek wodościekowych.

9. Jezdnie o nawierzchni szutrowej, gruntowej zaznaczone w wykazach terenów na zielono odśnieżane są w standardzie na białą z użyciem środków uszorstniających na całej długości i szerokości.

10. Wykonawca każdorazowo powiadomi pocztą elektroniczną Zamawiającego o rozpoczęciu i zakończeniu prac. Wykonawca realizując przejazd zobowiązuje się do rozpoczęcia prac (przejazd jednorazowy lub/i przejazd alarmowy) w czasie wskazanym w ofercie od powiadomienia oraz do rzetelnego wykonywania prac stosując odpowiednie dawki środków przy likwidacji śliskości w trakcie przejazdu uzyskując zawsze standard „czarne, mokre” (dla dróg szutrowych, gruntowych - na białą z użyciem środków uszorstniających).

11. Każdorazowo należy wykonywać pracę, niezależnie czy w systemie dobowym, przejazdu jednorazowego lub alarmowego, na całej szerokości jezdni ulic w jednym kierunku jazdy

w systemie kaskadowym tam gdzie jest to konieczne, wykonując prace zapobiegające powstaniu śliskości, likwidacji śliskości lub likwidacji śliskości i odśnieżania. Równocześnie Wykonawca powinien wykonywać pracę na zjazdach, łącznicach itd.

12. Wykonując prace w obrębie obiektów inżynierskich (wiadukty, mosty, estakady) Wykonawca zachowa szczególną ostrożność i prowadził będzie prace tak by nie zakłócić ruchu poniżej obiektu.

UWAGI:

1) Ponadto w trakcie trwania umowy Zamawiający przewiduje możliwość zapobiegania powstaniu śliskości zimowej lub zwalczania śliskości zimowej lub/i odśnieżania (płużenia) - aż do uzyskania standardu, zabezpieczenie nawierzchni ulic na wskazanie na podstawie zlecenia - powierzchnia w wykazach jest podana wyłącznie w celach szacunkowych. Przejazd może być zlecany kilka razy na dobę. Czas dojazdu na miejsce pierwszej interwencji nie może być dłuższy niż czas liczony w minutach i podany

w ofercie przez Wykonawcę.

2) Usunięcie wcześniej splugowanego śniegu z obszaru przykrawężnikowego na wysokości oznakowanych przejść dla pieszych, przystanków autobusowych i tramwajowych oraz zatok autobusowych musi zostać wykonane w czasie do 8 godzin, licząc od chwili ustania opadu.

3) Dla oszacowania kosztów wywozu śniegu z jezdni i chodników należy przyjąć, że śnieg należy przewieźć i składować we wskazanym przez Zamawiającego miejscu na terenie miasta Bytomia.

IV. Oczyszczanie ciągów pieszych i/lub rowerowych w tym chodników, schodów terenowych i przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej.

Nawierzchnia musi być czysta.

Oczekiwanym standardem jest oczyszczenie terenu do takiego stanu, że nie występują na nim żadne zanieczyszczenia, nawierzchnia będzie miała widoczną strukturę, przy krawężnikach woda deszczowa będzie miała swobodny przepływ zgodnie ze spadkiem, a krawężnik będzie cały odsłonięty. Na godzinę zakończenia prac teren winien być oczyszczony.

V. Odsnieżanie ciągów pieszych i/lub rowerowych w tym chodników, schodów terenowych przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej

1. Zadanie odsnieżania ciągów pieszych i/lub rowerowych w tym chodników, schodów terenowych i przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej usuwania z nich błota, śniegu i lodu oraz bieżące likwidowanie śliskości zimowej będzie uruchamiane zleceniem Zamawiającego i musi być realizowane według następujących standardów:

a) błoto, śnieg i lód muszą być odgarniane w kierunku krawężnika jezdni i pozostawione na części przykrawężnikowej chodnika, bądź na pasie zieleni przy krawężniku jezdni (obowiązuje zakaz zgarniania śniegu i innych zanieczyszczeń z chodnika pod drzewa bądź na jezdnię i torowisko tramwajowe!), a następnie musi być przyzmozony w sposób umożliwiający swobodny dostęp do środków komunikacji miejskiej na przystankach, swobodny ruch pieszych po chodniku w tym przez przejścia dla pieszych, oraz wyjazd z bram i posesji. Na placach można tworzyć enklawy dla przyzmozowania śniegu poza głównymi kierunkami ruchu pieszego;

b) po usunięciu błota, śniegu i lodu cała powierzchnia ciągów pieszych i/lub rowerowych w tym chodników, schodów terenowych i przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej musi być zabezpieczona przed śliskością zimową. Odgarnianie i posypywanie piaskiem musi być sukcesywnie ponawiane, aż do ustania opadu z częstotliwością taką, ażeby nie tworzyła się śliskość - po ustaniu opadu Wykonawca musi niezwłocznie przystąpić do ostatecznego usunięcia błota, śniegu i lodu oraz zabezpieczenia przed śliskością;

c) uprzątkowanie błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń może być wykonywane mechanicznie i/lub ręcznie;

2. W przypadku braku występowania warunków zimowych Zamawiający przewiduje możliwość uruchomienia oczyszczania ciągów pieszych i/lub rowerowych w tym chodników, schodów terenowych i przystanków komunikacyjnych w okresie zimowym na wskazanie w zależności od potrzeb Zamawiającego.

VI. Oczyszczanie i odsnieżanie miejsc postojowych strefy płatnego parkowania (w skrócie „MP SPP”)

1. Oczyszczanie MP SPP obejmuje usuwanie zanieczyszczeń na całej powierzchni chodnika (całej szerokości chodnika), od granicy posesji aż do krawężnika (krawędzi) jezdni, oraz zatok postojowych na odcinkach wyznaczonych miejsc postojowych strefy płatnego parkowania.

2. Standard oczyszczania i odsnieżania MP SPP jest tożsamy ze standardem obowiązującym dla chodników

VII. Oczyszczanie pasów przyjezdniowych.

1. Oczyszczanie pasów przyjezdniowych (w tym poboczy i rowów) polega na:

a) oczyszczanie z zanieczyszczeń, w tym m.in. wygrabianie i wywóz opadłych liści, usunięcie powalonych drzew, których średnica mierzona w najgrubszym miejscu wynosi mniej niż 24 cm, wywóz złamanych konarów, oraz innych zanieczyszczeń, które zostaną naniesione w wyniku różnych zjawisk pogodowych, ruchu samochodowego i pieszego, zdarzeń losowych, usuwanie zwierzęcych odchodów itp.;

b) podejmowaniu prac niezwłocznie (nie później niż w ciągu 4 godzin) od momentu otrzymania zlecenia ze strony Zamawiającego;

VIII. Opróżnianie koszy ulicznych.

1. Zadanie dotyczy całorocznego opróżniania koszy ulicznych, w ilościach wyszczególnionych w wykazie terenów stanowiących załącznik nr 1 do niniejszego opisu. Zamawiający

wymaga aby

w trakcie usługi opróżniania kosza Wykonawca całkowicie usuwał wszystkie odpady znajdujące się wewnątrz kosza - bezpośrednio po wykonaniu usługi w koszu powinien znajdować się tylko worek foliowy przewidziany w danym dniu jako wkład kosza. W załącznikach podana jest aktualna na dzień ogłoszenia postępowania ilość koszy ulicznych. Zamawiający zakłada, że w okresie trwania umowy ilość koszy w danym rejonie w poszczególnych miesiącach może być zmienna. Dlatego przyjęto, że rozliczanie zadania dokonywane będzie w oparciu, o co miesięczną inwentaryzację koszy zawierającą ich lokalizację, przekazywaną przez Wykonawcę wraz z protokołem odbioru.

IX. Oczyszczanie „ścisłego Centrum”.

1. Stałe, codzienne oczyszczanie:

- 1) ręczne w godzinach od 5.00 do 8.00 pięć razy w tygodniu (wtorek, środa, czwartek, sobota, niedziela)
- 2) mechaniczne i/lub ręczne w godzinach od 6.00 do 8.00 dwa razy w tygodniu (poniedziałek i piątek) całych powierzchni płyty Rynku, placów, jezdni, pieszojezdni oraz chodników z użyciem zmiatarki do 2,5 tony.

Usuwanie zanieczyszczeń winno się odbywać na całej szerokości i długości oczyszczanej powierzchni, w taki sposób, aby nawierzchnia miała widoczną strukturę, woda deszczowa miała swobodny przepływ zgodnie ze spadkiem, a krawężniki i cieki zostały całkowicie odsłonięte. Nawierzchnia musi być czysta.

Oczyszczanie obszaru „ścisłego Centrum” to działania mające na celu utrzymanie składników pasa drogowego w wysokim standardzie zapewniającym stałą czystość i obejmuje oczyszczanie nawierzchni z wszelkich zanieczyszczeń. Zamiatanie z użyciem wody winno się odbywać z takim skutkiem, aby pył i kurz nie unosił się w powietrzu. Szczególną uwagę należy zwrócić na oczyszczenie nawierzchni wokół gazonów, studni, latarni, ławek, wpustów ulicznych oraz innych elementów znajdujących się w/lub na nawierzchni. Ręcznemu do-czyszczeniu podlegają nawierzchnie: na łukach, ławkach, schodach, wzdłuż ścian budynków, wokół drzew i elementów małej architektury (np. donic itp.).

W ramach ryczału Wykonawca winien skalkulować umycie wodą z dodatkiem detergentów nieszkodzących środowisku nawierzchni płyty Rynku 1 raz w miesiącu, w okresie letnim urządzeniem szorującym nie niszczącym fug. Prace będą wykonywane na wskazanie. Nawierzchnia musi być czysta.

Oczekiwany standardem jest oczyszczenie i utrzymanie nawierzchni w takim stanie, że nie wystąpią na niej żadne zanieczyszczenia.

WYKONANIE I JAKOŚĆ PRAC ZWIĄZANYCH Z KONSERWACJĄ ZIELENI W PASACH DROGOWYCH.

I. Informacje podstawowe.

1. Prace powinny być wykonywane w terminach określonych na podstawie każdorazowego zlecenia.
3. Wszelkie prace związane z konserwacją zieleni wykonywane będą na podstawie każdorazowych zleceń. Potwierdzenie przesłania zlecenia jest równoznaczne z jego przyjęciem przez Wykonawcę do wykonania na zasadach określonych w SOPZ oraz załącznikach do SWZ.

Dział IV PODSTAWOWE OBOWIĄZKI WYKONAWCY

3. Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia stałego, całodobowego kontaktu telefonicznego z upoważnionym przedstawicielem Wykonawcy tj. podania kontaktowego numeru telefonu;
4. W trakcie trwania okresu zimowego, celem zapewnienia koordynacji oraz kontroli działań, Wykonawca zobowiązany jest do zorganizowania w okresie trwania umowy całodobowych dyżurów z możliwością łączności telefonicznej, elektronicznej
5. Wykonawca jest zobowiązany do utrzymania w gotowości technicznej odpowiedniej ilości

sprzętu niezbędnego do terminowego, zgodnego ze standardem i zakresem wykonywanych prac.

10. W ramach umowy, na podstawie zleceń na wskazanie wystawionych przez Zamawiającego

- Wykonawca zobowiązany jest współdziałać z jednostkami Straży Pożarnej (lub innymi jednostkami) w zakresie usuwania z pasa drogowego wszelkich zagrożeń mających wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego.

IV Sprzęt

1. Wykonawca jest zobowiązany do użycia jedynie takiego sprzętu, który nie spowoduje niekorzystnego wpływu, na jakość wykonywanych prac. Sprzęt, którym dysponuje wykonawca, powinien być utrzymany w dobrym stanie technicznym i gotowości do pracy, musi być zgodny z normami ochrony środowiska i przepisami dotyczącymi jego użytkowania. Liczba i wydajność sprzętu ma gwarantować przeprowadzanie prac zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym opisie i wskazaniach zamawiającego w przewidzianym terminie.

2. Zamawiający wymaga, aby usługa mechanicznego oczyszczania ulic i placów była realizowana przy prędkości zamiatarki nieprzekraczającej 12 km/h, i min. szerokości zmiatania nie mniejszej niż 2,3 m.

3. Zamawiający ze względów bezpieczeństwa nie dopuszcza stosowania kosiarek rotacyjnych.

Wzór umowy:

Termin wykonania umowy § 2

2. Niniejsza umowa wygasa z chwilą wyczerpania się środków określonych w § 7 ust. 1 umowy. Zamawiający może skrócić okres trwania umowy, o ile szacowane środki pozostałe do wykorzystania będą kwotowo niższe niż środki, jakie przeznaczono by na zapłatę za miesiąc rozliczeniowy

Przedstawiciele stron umowy § 3

4. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić stały, całodobowy kontakt telefoniczny (wyłącznie telefon komórkowy) wskazany w ust. 1. Wykonawca ma obowiązek zapewnienia jednego numeru telefonu na wyłączność zamawiającego. W okresie letnim w godzinach 6.00 - 22.00, a w okresie zimowym do całodobowego kontaktu telefonicznego.

Prawa i obowiązki stron umowy § 4

1. Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:

6) posiadania w całym okresie realizacji umowy niezbędnych, aktualnych uprawnień, zezwoleń, umów i innych dokumentów potwierdzających uprawnienia Wykonawcy do wykonywania przedmiotu umowy i przedkładania ich kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem na żądanie zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym,

9) udostępnienia na wniosek zamawiającego, do wglądu kartę przekazania odpadów, zgodnie z obowiązującym wzorem wynikającym z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 779), oraz załączania ich do faktury,

2. Wykonawca oświadcza, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 19 i 32 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. 2021 poz. 779) jest wytwórcą i posiadaczem odpadów i zobowiązuje się do ich unieszkodliwienia i/lub zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w sposób zapewniający poszanowanie środowiska naturalnego.

3. Wykonawca zobowiązuje się do przekazywania zebranych zanieczyszczeń do przedsiębiorcy, który uzyskał wpis do właściwego rejestru na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami na podstawie ustawy o odpadach. Zamawiający zastrzega sobie prawo wglądu do dokumentów wykonawcy potwierdzających przekazanie zebranych zanieczyszczeń ww. przedsiębiorcy. Wykonawca zobowiązany jest załączyć do faktury kopie ww. dokumentów, potwierdzone przez siebie za zgodność z oryginałem.

4. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg. Powyższe zmiany następować będą na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony.

5. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac). Powyższe zmiany następować będą na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony.

Wynagrodzenie umowne § 7

2. Za realizację przedmiotu niniejszej umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie wykonany zakres prac odebrany bez zastrzeżeń, które stanowi iloczyn cen jednostkowych określonych w formularzu ofertowym wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej umowy i faktycznej ilości (obmiaru) i krotności wykonanych prac.

3. Wykonawcy nie przysługuje względem zamawiającego żadne roszczenie w przypadku, gdy łączna wartość wynagrodzenia wynikająca z realizacji przedmiotu umowy będzie niższa niż określono w ust. 1.

4. Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w przypadku niewykonania szacowanego zakresu prac określonego ofercie

Kary umowne § 14

1. Podstawą naliczania kar umownych jest kwota ustalona w §7 ust.1 Zamawiający przewiduje możliwość stosowania kar umownych z tytułu:

1) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w zakresie zimowego utrzymania pasa drogowego, w tym nieosiągnięcie efektu lub standardu, określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w wysokości:

b) 20% wartości zlecenia za nie utrzymanie właściwego standardu zimowego na zakończenie dobowego utrzymania zimowego,

c) 10% wartości zlecenia, podczas dobowego utrzymania właściwego standardu zimowego, za nie wykonanie prac zgodnie z SOPZ,

d) 10% wartości zlecenia w przypadku nie przystąpienia do przejazdu jednorazowego i alarmowego podczas uruchomienia dobowego utrzymania Akcji Zima w czasie: min., licząc od momentu otrzymania zgłoszenia.

e) 10% wartości zlecenia w przypadku nie przystąpienia do prac w zakresie przejazdu jednorazowego i alarmowego podczas uruchomienia dobowego utrzymania Akcji Zima całym zadeklarowanym przez Wykonawcę sprzętem w danym rejonie w czasie:..... min., licząc od momentu otrzymania zgłoszenia

3) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w zakresie całorocznego utrzymania pasa drogowego oraz utrzymania i konserwacji zieleni w pasie drogowym w tym nieosiągnięcie efektu lub standardu określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w wysokości:

c) 10 % wartości zlecenia brutto w sytuacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto,

e) 1 % wartości zlecenia brutto w sytuacji nieterminowej realizacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto, za każdy dzień od 1 do 2 dni,

f) 5 % wartości zlecenia brutto w sytuacji nieterminowej realizacji zlecenia prac o wartości powyżej 500,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki liczącej powyżej 2 dni,

6. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony wynosi do 30% wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy.

§ 15

1. Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeśli zachodzi co najmniej jedna z poniższych okoliczności przewidzianych przez strony:

3) zmiany wysokości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy w przypadku zmiany:

- a) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego;
- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne;
 - d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (zasady wprowadzenia tych zmian określają § 16, 17, 18 i 19).

4) zmiany wysokości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

5) zmiany umowy w zakresie wskazanych podwykonawców, rezygnacji z podwykonawców, zmiany wskazanego zakresu podwykonawstwa, wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców, pomimo niewskazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego żadnej części zamówienia przeznaczonej do wykonania w ramach podwykonawstwa (w przypadku zmiany lub rezygnacji z podwykonawcy, na którego potencjał Wykonawca powoływał się w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca zobowiązany jest wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub sam Wykonawca samodzielnie spełnia te warunki w stopniu nie mniejszym, niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia; dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z wnioskiem, o którym mowa w ust. 2),

6) zmiany postanowień umowy, których konieczność wprowadzenia jest wynikiem zmian obowiązujących przepisów,

7) jeżeli konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości umowy, określonej pierwotnie w § 7 ust. 1 umowy,

8) wprowadzenia zmian, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz niższa niż 10% wartości umowy, określonej pierwotnie w § 7 ust. 1 umowy, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy,

9) zmiany postanowień umownych, w szczególności w zakresie terminu wykonania przedmiotu umowy lub sposobu realizacji umowy, z uwagi na siłę wyższą lub inne okoliczności niezależne od Wykonawcy lub których Wykonawca przy zachowaniu należytej staranności nie był w stanie uniknąć lub przewidzieć, jak również inne obiektywne przeszkody lub utrudnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy.

2. Dokonanie zmiany umowy w zakresie określonym w ust. 1 wymaga uprzedniego złożenia na piśmie wniosku wykazującego zasadność wprowadzenia zmian i zgody stron na jej dokonanie.

3. Wszelkie zmiany niniejszej umowy wymagają - pod rygorem nieważności - zachowania formy pisemnej w postaci aneksu, z zastrzeżeniem § 3 ust. 5.

§ 21

1. Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w § 15 ust. 1 pkt 4 umowy następuje na pisemny wniosek każdej ze Stron umowy, z zachowaniem zasad, o których mowa poniżej

2. Wniosek, o którym mowa w ust. 1 winien zawierać uzasadnienie obejmujące w szczególności obliczenia, wskazujące na obniżenie lub podwyższenie wynagrodzenia o konkretną kwotę, przy czym:

- a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia musi wynieść co najmniej 7% w danym

roku;

- b) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień 1 lutego za rok poprzedni;
- c) podstawą ustalenia poziomu zmiany ceny lub kosztów jest wskaźnik ogłoszony w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;
- d) z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia z tytułu wystąpienia okoliczności wskazanych w § 15 ust. 1 pkt 4 można wystąpić nie częściej niż raz na 12 miesięcy;
- e) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia wynosi 20%.

3. Strona umowy zobowiązana jest w terminie 30 dni roboczych od dnia otrzymania kompletnego wniosku zweryfikować zasadność oraz poprawność obliczeń w zakresie wnioskowanej zmiany wysokości wynagrodzenia.

4. Ciężar wykazania zmian mających wpływ na zwiększenie kosztów wykonania przedmiotu umowy spoczywa na Wykonawcy.

W dniu 4 października 2021 r. zamawiający wprowadził następujące zmiany:

W rozdziale XIX wykreślił pkt. 2

W rozdziale XIX pkt. 6 nadał mu brzmienie: Aukcja elektroniczna będzie dotyczyć wyłącznie kryterium „CENA”, o którym mowa w rozdziale XVIII pkt. 2 lit. A SWZ

W rozdziale XIX pkt. 9 zd. 2 otrzymał brzmienie: minimalna wartość postąpienia wynosi 0,5% ceny oferty z najniższą ceną z zaokrągleniem do pełnych groszy. Minimalne wartości postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej są następujące: 0.01 PLN.

W załączniku nr 9 do SWZ w miejsce :

Par. 4

4. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg. Powyższe zmiany następować będą na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony.

5. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac). Powyższe zmiany następować będą na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony.

W to miejsce wprowadził:

4. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany harmonogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg - zmiana taka nastąpi przez pisemne powiadomienie wykonawcy z co najmniej 7 dniowym wyprzedzeniem; w przypadkach pilnych zmiana może nastąpić z 3 -dniowym wyprzedzeniem.

5. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia zakresu prac (włączenie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac) - zmiana taka nastąpi przez pisemne powiadomienie wykonawcy z co najmniej 7 dniowym wyprzedzeniem; w przypadkach pilnych zmiana może nastąpić z 3 -dniowym wyprzedzeniem.

Zamawiający zastąpił brzmienie § 7 ust. 3 o treści:

2. Wykonawcy nie przysługuje względem zamawiającego żadne roszczenie w przypad-

ku, gdy łączna wartość wynagrodzenia wynikająca z realizacji przedmiotu umowy będzie niższa niż określono w ust. 1.

Następującym:

3. Łączna wartość wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji umowy nie będzie niższa niż

80% kwoty określonej w ust. 1.

Zamawiający zastąpił brzmienie par. 21 ust. 2 lit. c
§ 21

2. Wniosek, o którym mowa w ust.1 winien zawierać uzasadnienie obejmujące w szczególności obliczenia, wskazujące na obniżenie lub podwyższenie wynagrodzenia o konkretną kwotę, przy czym:

c) podstawą ustalenia poziomu zmiany ceny lub kosztów jest wskaźnik ogłoszony w

komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;

następującym:

c) podstawą ustalenia poziomu zmiany ceny lub kosztów jest wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;

W dniu 19 października 2021 r., zamawiający dokonał dalszych modyfikacji treści SWZ tj.:
Wykreślił cały rozdział XIX,

Rozdziałowi VII pkt. 2.4. lit. c nadał brzmienie w zakresie spornym wskazując na wymóg

- samochód polewaczka o dopuszczalnej masie całkowitej zamiast 2,5 tony na do 5 ton i pojemności zbiornika wody do 2 m3, wyposażony w pompy, polewaki, listwę zraszającą oraz przyłącza do hydrantu zamawiający oczekuje, że polewane ulice będą na całej szerokości jezdni - 1 szt.

Zmodyfikował również dodatkowo par. 7 wzoru umowy:

3. Łączna wartość wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji umowy nie będzie niższa niż 80% kwoty określonej w ust. 1. Strony w terminie 30 dni od dnia zakończenia umowy sporządzą protokół określający różnicę pomiędzy wartością wynikającą z ust. 1, a wartością wskazaną w zdaniu pierwszym. Wartość tak obliczonego wynagrodzenia będzie płatna na podstawie odrębnej faktury VAT, w terminie określonym w ust. 8.

4. Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w przypadku niewykonania szacowanego zakresu prac określonego w ofercie, z zastrzeżeniem ust. 3.

Dowody odwołującego J. W.:

- z protokołu z negocjacji z wykonawcą w celu udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na letnie utrzymanie pasa drogowego oraz konserwację zieleni w

pasie drogowym na terenie miasta Bytomia - Zadanie nr 1 z dnia 27 sierpnia 2021r. wynika,

że odwołujący pozyskał od zamawiającego przedmiotowe zamówienie na kwotę 531 600,96zł. na okres do 30 września 2021 r.

- w dniu 17 września 2021 r. odwołujący wystąpił do zamawiającego z informacją, że wyżej opisane zamówienie nie jest realizowane według ustalonego zakresu prac i ilości. Powodem jej niewykonania jest brak częściowych zleceń, które uniemożliwiają umowę, mimo, że umowę zawarto na prace wymagające natychmiastowego wykonania. Na datę pisma wykonano jednokrotne oczyszczanie pasów zieleni przydrożnej ok. 11% zakresu i wykoszenie 21% powierzchni. Nie zlecono formowania żywopłotów. Przedstawiony przez zamawiającego podczas negocjacji zakres prac i ich ilość był istotną okolicznością i elementem, który wpływał na wysokość za oferowanej ceny. Ilość tych prac według ustaleń zawartych w par. 4 pkt. 5 umowy może być zmniejszona maksymalnie o 15%. Wykonawca wyrażał wątpliwości czy zwłoka w zleceniu prac nie przeszkodzi w osiągnięciu ustalonego w negocjacjach zakresu. Wskazywał na nierentowność umowy w sytuacji przeciwnej. Z kosztorysu powykonawczego wynika, że wykonawcy zlecono usługi na poziomie 229 004, 27zł., co stanowi 43, 08% umówionej kwoty.

- z umowy nr DNP.261.52.1.2020.PN.U z dnia 1 października 2021 r. zawartej pomiędzy odwołującym, a zamawiającym wynika, że zamówienie na letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz konserwację zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30 kwietnia 2025 r. Zadanie nr 1 wykonawca ma wykonać przy założeniach:

- Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany harmonogramu wykonywania prac i kategorii utrzymania poszczególnych dróg. Powyższe zmiany będą następować na podstawie pi-

semnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają aneksu ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony(par. 4 ust. 4). Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszania lub zwiększania zakresu prac (włączenie bądź wyłączenie określonych terenów) i ilości prac (zmiana obmiaru i krotności wykonywania prac). Powyższe zmiany będą następować na podstawie pisemnego poinformowania wykonawcy i nie wymagają zawarcia aneksu, ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony par. 4 ust. 5). Prace na wskazanie będą rozliczane wg cen jednostkowych podanych w ofercie (zd. 2 par. 4 ust. 6)

Wynagrodzenie umowne określono jako do kwoty 16 999 285, 91 brutto - par. 7 ust. 1. Za realizację przedmiotu umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie wykonany zakres prac odebrany bez zastrzeżeń, które stanowi iloczyn cen jednostkowych określonych w formularzu ofertowym wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy i faktycznej ilości (obmiaru) i krotności wykonanych prac. (par. 7 ust. 2). Wykonawcy nie przysługuje względem zamawiającego żadne roszczenie w przypadku, gdy łączna wartość wynagrodzenia wynikająca z realizacji przedmiotu umowy będzie niższa niż określono w ust. 1 (par 7 ust. 3) i wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w przypadku niewykonania szacowanego zakresu prac określonych w ofercie - pat. 7 ust. 4.

Z par. 16 ust. 1 pkt 11 wynika możliwość waloryzacji cen jednostkowych netto, nie częściej niż raz na rok i nie wcześniej niż po roku obowiązywania umowy. Waloryzacja nastąpi na postawie wniosku wnioskodawcy, o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS - jeżeli te zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (zasady wprowadzenia tych zmian określają par. 8-12 umowy).

Z modyfikacji treści SWZ z dnia 7 września 2021 r. w sprawie Miejskiego Zarządu Dróg i Infrastruktury Informatycznej wynika, że zamawiający dokonał zmiany treści SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2021 poz. 1129 dalej „Pzp”) pn. „Zimowe utrzymanie dróg i placów na terenie miasta Zabrze z podziałem na części” — sygn. postępowania DR.260.11.2021 .PG

1. Przez skreślenie w załączniku nr 1 do SWZ dotyczącego części 1 oraz w załączniku nr 2 do SWZ dotyczącego części 2 zdania o treści:

„Za usługi nie wykonane Wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie.

Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy za czas kiedy nie było wymagane prowadzenie prac z uwagi na nie zaistnienie przesłanek dla 1 lub 2 stopnia zagrożenia zimowego, w okresie bezśnieżnej zimy, oraz w przypadku kiedy faktycznie nie były prowadzone działania przypisane do 1 lub 2 stopnia zagrożenia zimowego”.

2. Poprzez zmianę punktu 14 w Dodatkowych informacjach/wyjaśnieniach w załączniku nr 1 do SWZ dotyczącego części 1 w następujący sposób:

Było:

„14. Zamawiający czyniąc zadość art. 433 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że w ubiegłych latach świadczenia usług zimowego utrzymania dróg i placów na terenie miasta Zabrze, Wykonawcy świadczący usługi otrzymali wynagrodzenie minimum za 27 dób zimowego utrzymania ulic wraz z punktami niewralgicznymi — utrzymanie wg standardu II. Powyższe wskazanie należy traktować jako minimalną wielkość świadczenia stron.”

tel.: +48 32 277 68 00 fax.: +48 32 277 68 01

Nr konta bankowego: ING Bank Śląski S.A. 24 1050 1230 1000 0023

5943 9003

Jest:

„14. Zamawiający czyniąc zadość art. 433 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że w ubiegłych latach świadczenia usług zimowego utrzymania dróg i placów na terenie miasta Zabrze, Wykonawcy świadczący usługi otrzymali wynagrodzenie minimum za 27 dób zimowego utrzymania ulic wraz z punktami niewralgicznymi — utrzymanie wg standardu II. Powyższe wskazanie należy traktować jako minimalną wielkość świadczenia stron.

Tym samym w przypadku gdy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca nie uzyska wynagrodzenia za zimowe utrzymanie dróg wraz z punktami niewralgicznymi (standard II) stanowiącego równowartość 27 dób zimowego utrzymania ulic wraz z punktami niewralgicznymi — utrzymanie wg standardu II (obliczonej jako suma wynagrodzenia netto za 18 dób utrzymania zimowego ulic wraz z punktami niewralgicznymi na powierzchni 309 650 m² wg standardu II dla 1 0 według stawek wynikających z oferty Wykonawcy i 7 dób utrzymania zimowego ulic wraz z punktami niewralgicznymi na powierzchni 309 650 m² wg standardu II dla 20 według stawek wynikających z oferty Wykonawcy), Zamawiający w terminie do 30 dni

po podpisaniu ostatniego protokołu odbioru i zsumowaniu należnego Wykonawcy wynagrodzenia za przedmiot umowy sporządzi protokół wyrównania. Do wyliczonej w ten sposób kwoty Wykonawca wystawiając fakturę doliczy podatek od towarów i usług według obowiązującej stawki."

3. Poprzez zmianę punktu 14 w Dodatkowych informacjach/wyjaśnieniach w załączniku nr 2 do SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA dot. części 2 w następujący sposób:

Było:

„14. Zamawiający czyniąc zadość art. 433 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że w ubiegłych latach świadczenia usług zimowego utrzymania dróg i placów na terenie miasta Zabrze, Wykonawcy świadczący usługi otrzymali wynagrodzenie minimum za 27 dób

zimowego utrzymania ulic wraz z punktami newralgicznymi — utrzymanie wg standardu II.

Powyższe wskazanie należy traktować jako minimalną wielkość świadczenia stron."

Jest:

„14. Zamawiający czyniąc zadość art. 433 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że w ubiegłych latach świadczenia usług zimowego utrzymania dróg i placów na terenie miasta Zabrze, Wykonawcy świadczący usługi otrzymali wynagrodzenie minimum za 27 dób zimowego utrzymania ulic wraz z punktami newralgicznymi — utrzymanie wg standardu II.

Powyższe wskazanie należy traktować jako minimalną wielkość świadczenia stron.

Tym samym w przypadku gdy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca nie uzyska wynagrodzenia za zimowe utrzymanie dróg wraz z punktami newralgicznymi (standard II) stanowiącego równowartość 27 dób zimowego utrzymania ulic wraz z punktami newralgicznymi — utrzymanie wg standardu II (obliczonej jako suma wynagrodzenia brutto za 18 dób utrzymania zimowego ulic pierwszej kolejności wraz z punktami newralgicznymi na powierzchni 875 728 m² wg standardu II dla 10 według stawek wynikających z oferty Wykonawcy i 7 dób utrzymania zimowego ulic wraz z punktami newralgicznymi na powierzchni 875 728 m² wg standardu II dla 20 według stawek wynikających z oferty Wykonawcy), Zamawiający w terminie do 30 dni po podpisaniu ostatniego protokołu odbioru i zsumowaniu należnego Wykonawcy wynagrodzenia za przedmiot umowy sporządzi protokół wyrównania. Do wyliczonej w ten sposób kwoty Wykonawca wystawiając fakturę doliczy podatek od towarów i usług według obowiązującej stawki."

4. Poprzez zmianę treści załącznika nr 3 — Projektowane postanowienia umowy dla części 1 i części 2 w następującym zakresie:

S 4 ust. 1 ulega zmianie w następujący sposób:

Było: „1 . Zamówienie będzie realizowane po cenach jednostkowych netto zadeklarowanych w Formularzu Ofertowym (załącznik nr 3 do umowy) do wysokości ceny całkowitej oferty brutto: .PLN, słownie:

Jest: „1 . Zamówienie będzie realizowane po cenach jednostkowych netto zadeklarowanych w Formularzu Ofertowym (załącznik nr 3 do umowy) i w sposób określony w niniejszej umowie wraz z załącznikami do wysokości ceny całkowitej oferty brutto: .PLN, słownie: .

par 4 ust. 5 ulega zmianie w następujący sposób:

Było: „5. Za usługi nie wykonane lub uznane jako zbędne, wynagrodzenie nie przysługuje"

Jest: „5. Za usługi nie wykonane lub uznane jako zbędne, wynagrodzenie nie przysługuje, za wyjątkiem okoliczności o których mowa w par 4 ust. 6 umowy"

par. 4 ulega zmianie poprzez dodanie ustępu 6 o treści:

„6. W przypadku gdy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca nie uzyska wynagrodzenia za zimowe utrzymanie dróg wraz z punktami newralgicznymi (standard II) stanowiącego równowartość 27 dób zimowego utrzymania ulic wraz z punktami newralgicznymi — utrzymanie wg standardu II (obliczonego jako suma wynagrodzenia netto za 18 dób utrzymania zimowego ulic wraz z punktami newralgicznymi na powierzchni 309 650 m² wg standardu II dla 1 0 według stawek wynikających z oferty Wykonawcy i 7 dób utrzymania zimowego ulic wraz z punktami newralgicznymi na powierzchni 309 650 m² wg standardu II dla 20 według stawek wynikających z oferty Wykonawcy), Zamawiający w terminie do 30 dni po podpisaniu ostatniego protokołu odbioru i zsumowaniu należnego Wykonawcy wynagrodzenia za przedmiot umowy sporządzi protokół wyrównania. Do wyliczonej w ten sposób kwoty Wykonawca wystawiając fakturę doliczy podatek od towarów i usług według obowiązującej

stawki."

Par. 8 ust. 6 ulega zmianie w następujący sposób:

Było: „6. Zweryfikowany i zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru jest wyłączną podstawą do wystawienia przez Wykonawcę odpowiedniej faktury za świadczenie usługi.
Jest: „6. Zweryfikowane i zatwierdzone przez Zamawiającego protokoły odbioru oraz sporządzony przez Zamawiającego protokół wyrównania (o ile wystąpi podstawa do jego sporządzenia) stanowią wyłączną podstawę do wystawienia przez Wykonawcę odpowiedniej faktury za świadczone usługi”.

- ocenie lby ze zdjęć nie wynikają okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia pierwsze dwa prezentują obecność małych ciężarówek na placu, a kolejne pojazdów osobowych nie jest znanych ich tonaż, ani DCM, stąd nie można uznać, że służą wykazaniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

- Z objaśnień podatkowych z dnia 26 stycznia 2021 r. wynika, że

Niniejsze objaśnienia nie tworzą zamkniętej listy takich przesłanek, celem objaśnień nie jest przesądzenie, czy w danym konkretnym stanie faktycznym mamy do czynienia z usługą kompleksową, czy też nie. Mając na względzie różnorodność możliwych scenariuszy oraz różnorodność zapisów umownych występujących w kontraktach drogowych, kwalifikowanie świadczeń wynikających z zawartych kontraktów drogowych wymaga każdorazowo szczegółowej i obiektywnej analizy stanu faktycznego konkretnej sprawy.

Niniejsze objaśnienia powinny być odczytywane jako wytyczne dla przeprowadzenia takiej analizy.

Wskazać należy, że w przypadku kontraktów drogowych zasadniczo nie można wyraźnie wydzielić jednej usługi głównej i pozostałych usług pomocniczych. Wynika to ze specyfiki i złożoności kontraktów drogowych, przy realizacji których, co do zasady, konieczne jest wykonanie wielu czynności, z których każda może być równie lub podobnie istotna dla realizacji całego kontraktu. Ocena zatem charakteru danego kontraktu drogowego sprowadza się do przesądzenia, czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, składającym się z wielu świadczeń, czy też ze zbiorem odrębnych, niezależnych świadczeń.

W pierwszym ze wskazanych przypadków usługa opodatkowana będzie według zasad właściwych dla tego jednego, kompleksowego, świadczenia. Natomiast w drugim przypadku te odrębne świadczenia powinny być opodatkowane według zasad właściwych dla każdego z nich.

Najczęściej spotykany, potoczny podział kontraktów drogowych to podział na tzw. kontrakty utrzymaniowe oraz tzw. kontrakty wywołaniowe. Jednakże pod względem sposobu opodatkowania podatkiem VAT właściwszy jest podział na kontrakty, których przedmiotem jest świadczenie kompleksowe oraz kontrakty, których przedmiotem jest szereg odrębnych świadczeń związanych z utrzymaniem dróg.

Kontrakty kompleksowego utrzymania dróg (potocznie nazywane kontraktami utrzymanio- wymi) - są to co do zasady kontrakty, których głównym celem, po stronie zamawiającego usługę (zarządca drogi), jest zapewnienie stopnia stanu technicznego drogi na określonym poziomie przejezdności, czyli zapewnienie odpowiednich warunków i bezpieczeństwa przejezdności dla użytkowników dróg.

Jednocześnie realizacja tego samego celu jest głównym obowiązkiem świadczącego usługę. Świadczący usługę ponosi odpowiedzialność nie za wykonanie poszczególnych usług częściowych, lecz za zapewnienie głównego celu świadczenia - przejezdności drogi w określonym standardzie. To świadczący usługę sam decyduje, jakie czynności należy podjąć w celu osiągnięcia tego efektu. Tym samym bezbłędne wykonanie wszystkich koniecznych działań z wyjątkiem np. jednego, nie spowoduje, że cel umowy będzie prawidłowo wykonany, gdy niewykonanie tego jednego działania będzie skutkowało nieprzejezdnością drogi lub nieutrzymaniem jej w określonym w umowie standardzie.

Z punktu widzenia celu zamawiającego, nabywa on jedno świadczenie wymagające podejmowania szeregu czynności przez usługodawcę. Usługodawca świadczy na rzecz zamawiającego kompleksową usługę utrzymania w odpowiednim standardzie elementów infrastruktury drogowej, zapewniających bezpieczny przejazd. Poszczególne wykonywane czynności nie stanowią celu samego w sobie, lecz są środkami służącymi do wykonania zadania polegającego na utrzymaniu dróg w określonym przez strony umowy standardzie, tzn. do zapewnienia czystości, przejezdności drogi, w tym eliminacji zagrożeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Wszystkie działania realizowane przez usługodawcę na rzecz zamawiającego są potrzebne w jednakowym stopniu, gdyż odstępianie od wykonania którejkolwiek z wymienionej czynności spowoduje, że nie zostanie zrealizowany ostateczny cel zamówienia, tj. dany

element drogi nie zostanie utrzymany w odpowiednim standardzie, co będzie miało wpływ na zwiększone zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Zrealizowanie celu umowy stanowi o ekonomicznym aspekcie transakcji i pozwala oceniać znaczenie poszczególnych świadczeń. Niewątpliwie jednak wszystkie czynności, do wykonania których zobowiązany jest usługodawca, zmierzają do utrzymania infrastruktury drogowej oraz do właściwego i bezpiecznego korzystania z tej infrastruktury drogowej przez użytkowników dróg.

Pozostałe kontrakty dotyczące usług utrzymania dróg (potocznie nazywane kontraktami wywołaniowymi, czasami też rozproszonymi) - są to co do zasady kontrakty, służące, po stronie nabywcy usług (zarządcy drogi), zapewnieniu realizacji niezbędnych w danym momencie świadczeń, zmierzających do utrzymania zakładanego poziomu stanu dróg. Natomiast po stronie świadczącego usługi celem jest prawidłowe i niezwłoczne wykonanie wyłącznie konkretnych czynności, wprost zleconych przez nabywcę usług. Świadczący usługę nie ponosi odpowiedzialności za brak przejezdności drogi lub jej niewłaściwy standard, gdy prawidłowo wykonał wszystkie zlecone mu czynności.

Przez właściwy stan drogi należy rozumieć stan drogi wymagany przepisami i normami właściwymi dla danej kategorii drogi. W zakresie utrzymania właściwego stanu drogi może mieścić się szereg różnych czynności, takich jak koszenie trawy na pasach zieleni, odśnieżanie, posypywanie solą lub piachem nawierzchni drogi, naprawianie barierek, malowanie pasów, uzupełnianie ubytków drogi, itp. W kontraktach kompleksowego utrzymania dróg, co do zasady, obowiązek utrzymania właściwego stanu drogi oraz ryzyko związane z niedopełnieniem tego obowiązku spoczywa na świadczącym usługę.

W pozostałych kontraktach drogowych (wywołaniowych), co do zasady, obowiązek utrzymania właściwego stanu drogi oraz ryzyko związane z niedopełnieniem tego obowiązku spoczywa na zamawiającym usługę, a nie na świadczącym usługę. Kontrakty te charakteryzują się tym, że ryzyko wynikające z zaniedbania utrzymania właściwego stanu drogi nie jest przypisane do świadczącego usługę. W rezultacie świadczący usługę odpowiada każdorazowo tylko i wyłącznie za prawidłowe wykonanie konkretnej, zleconej mu przez zamawiającego czynności lub szeregu zleconych czynności, bez względu na to, czy są one wystarczające do osiągnięcia właściwego stanu drogi, czy też nie.

W przypadku pozostałych kontraktów drogowych (wywołaniowych) świadczący usługę wykonuje dane czynności w takim zakresie, w jakim otrzyma konkretne, każdorazowe zlecenie od zamawiającego. Zatem nie podejmuje on czynności, np. nie naprawia nawierzchni drogi, z własnej inicjatywy i bez akceptacji zamawiającego. Co do zasady, świadczący usługi podejmuje czynności na podstawie zlecenia od zamawiającego, w którym to zleceniu określony jest zakres prac. Za monitorowanie drogi w celu stwierdzenia konieczności dokonania odpowiedniego zlecenia co do zasady odpowiada zamawiający lub podmiot trzeci. Zamawiający może powierzyć wykonawcy monitorowanie stanu drogi, w ramach osobnego zlecenia, przy czym jeżeli świadczący usługę w ramach takiego monitorowania stwierdzi konieczność wykonania określonych czynności, wówczas zgłasza to zamawiającemu, który ostatecznie decyduje o podjęciu określonych działań lub o braku konieczności ich podejmowania. Świadczący usługę wykonuje tylko czynności zlecone oraz inne czynności niezbędne do prawidłowego wykonania czynności zleconych.

W przypadku kontraktów kompleksowego utrzymania dróg zapłata najczęściej przybiera charakter ryczałtu - jest wypłacana w danym okresie rozliczeniowym w stałej wysokości, niezależnej od ilości faktycznie wykonanych prac - nie ulega ona zmianie w zależności od działań, które zmuszony jest podjąć świadczący usługę.

W pozostałych kontraktach drogowych (wywołaniowych) zapłata co do zasady nie ma charakteru ryczałtu odnoszącego się do wszystkich świadczeń niezbędnych do utrzymania właściwego stanu drogi, zapłata następuje odrębnie za zlecone i wykonane czynności, przy czym zazwyczaj zależy od ilości i rodzaju wykonanych czynności. Wysokość wynagrodzenia może zależeć zatem np. od powierzchni skoszonej trawy, długości naprawionej barierki, ilości wymienionych słupków, czy długości odśnieżonego odcinka drogi.

Przy tego typu kontraktach ryzyko finansowe jest ponoszone w większym stopniu przez zamawiającego. Na świadczącym usługę spoczywa oczywiście ryzyko związane z koniecznością zapewnienia sprzętu lub pracowników niezbędnych do wykonania zlecenia. Przykładowo, w przypadku braku w danym miesiącu opadów śniegu, zamawiający nie płaci za odśnieżanie. Jeżeli jednak w danym miesiącu opady śniegu są bardzo nasilone, to na zamawiającym spoczywa ryzyko finansowe utrzymania właściwego stanu drogi, zatem ryzyko finansowe zwiększonej częstotliwości odśnieżania obciąża zamawiającego (może je on częściowo regulować poprzez rzadsze wydawanie zleceń odśnieżania - uwzględniając jednocześnie, iż to na nim spoczywa odpowiedzialność za przejezdność drogi).

Osobną kwestią jest odpłatność za gotowość maszyn i ludzi do odśnieżania, czy też za koszty składowania soli lub piachu - z powodów ekonomicznych świadczenia te są z reguły rozli-

czane oddzielnie. Zazwyczaj odpłatność za gotowość do wykonania określonego rodzaju usług nie stanowi dla świadczącego usługi pełnego ekwiwalentu wynagrodzenia, które jest mu należne w sytuacji ich faktycznej realizacji. Należy więc uznać, iż odrębne określenie wynagrodzenia za gotowość maszyn i ludzi do odśnieżania oraz składowania soli lub piasku samo z siebie nie przesądza ani o kompleksowym ani o wywołaniowym charakterze danego kontraktu.

Zgodnie z utrwaloną linią interpretacyjną organów podatkowych usługi świadczone przy kontraktach kompleksowego utrzymania dróg (gdy świadczona jest jedna kompleksowa usługa utrzymania drogi), opodatkowane są z zastosowaniem podstawowej stawki podatku VAT -

obecnie 23%.

Stanowisko to zostało potwierdzone w orzecznictwie sądów administracyjnych .

Natomiast usługi świadczone w ramach pozostałych kontraktów utrzymania dróg (wywołaniowych, rozproszonych) - gdy świadczeniodawca wykonuje różne, funkcjonalnie niezależne od siebie usługi, których rozdzielenie do celów podatkowych nie ma sztucznego charakteru - każda z tych usług jest opodatkowana z zastosowaniem stawki podatku VAT właściwej dla danej usługi. Usługi, które mogą być świadczone w ramach kontraktów drogowych będą zatem opodatkowane według stawki podstawowej (23%) bądź też preferencyjnej (8%) - jeśli będą wymienione w załączniku nr 3 do ustawy o VAT.

Przykładowo, w zakresie kontraktów drogowych, stawką w wysokości 8% mogą być opodatkowane takie usługi jak: usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu (klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu PKWiU 81.29.12.0) czy usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKWiU 81.30).

Podkreślić należy, iż jedną z podstawowych zasad w podatku VAT (podlegającego ścisłej harmonizacji w UE) jest stosowanie stawki podstawowej (art. 98 dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej) . Państwom członkowskim UE przyznano możliwość stosowania jednej obniżonej stawki lub dwóch obniżonych stawek tego podatku na zasadzie wyjątku od reguły. Ponadto, obniżone stawki podatku VAT mogą być stosowane jedynie do dostaw towarów i świadczenia usług, o których mowa w załączniku III do dyrektywy 2006/112/WE. Przepisy te, stanowiące wyjątek od zasady, należy zatem interpretować ściśle . W świetle powyższego - w odniesieniu do stawek preferencyjnych - nie jest dopuszczalna wykładnia rozszerzająca.

Dowody zamawiającego:

- z pliku faktur wynika, że są to faktury wystawione zamawiającemu przez J. W. w okresie 31 października 2019- 15 lipca 2020w zakresie rejonów 1, 4, 3, 2, 6 na bieżące utrzymanie czystości, prace pielęgnacyjne zieleni, dodatkowe wynagrodzenie dla których wykonawca wskazał stawkę 8% podatku VAT, i w okresie 31 grudnia 2020 do 14 maja 2021 na rejon 5, 6, 2, 1 i 4 na bieżące utrzymanie czystości, dodatkowe wynagrodzenie.

- z odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2832/21 wynika, że Drogi publiczne są objęte przedmiotem zamówienia postępowania, którego dotyczył spór w sprawie sygn. akt KIO 2832/21 i zostały ujęte w wykazie terenów dla poszczególnych zadań (rejonów). W mieście Bytomiu, jedynie część dróg zbiorczych, dróg krajowych i wojewódzkich nie ma ograniczeń tonażowych. Wszędzie tam, gdzie parametry drogi uniemożliwiają poruszanie się pojazdów ciężkich, o dużych gabarytach lub przebiegają przez osiedla obszary chronione przyrodniczo, przy przedszkolach, obszarach szkół górniczych wprowadzono ograniczenia tonażowe. W obszarach o ograniczonym tonażu nie jest możliwe wykorzystanie ciężkich pojazdów ciężarowych, które nie są technicznie dostosowane do poruszania się na takich wyłączonych odcinkach. Zamawiający w SIWZ zobowiązał wykonawcę do zapoznania się z przedmiotem zamówienia, a z jego opisu i załączonych wykazów opisujących i klasyfikujących drogi jednoznacznie wynika, że zaoferowany przez ZUDIK DROMAR sprzęt jest nieodpowiedni do wykorzystania na drogach z ograniczonym tonażem.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę wraz z oceną materiału dowodowego:

Izba ustaliła, że zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmniejszania lub zwiększania zakresu prac (włączenia lub wyłączenia powierzchni objętych utrzymaniem) i ilości prac (zmiana obmiaru i/lub krotności) w przypadku katalogu przykładowego: sprzedaży, dzierżawy, użyczenia, zamiany, uwłaszczenia lub zmiany zarządcy, rozpoczęcia lub zakończenia robót budowlanych, przekazania w utrzymanie innej jednostce lub innemu podmiotowi niż zamawiający, a także prawo do zmiany harmonogramu wykonywania prac i krotności. Wówczas zgodnie z par. 4 ust. 4 i 5 wzoru umowy musi powiadomić wykonawcę ze wskazanym w tych postanowieniach umownych wyprzedzeniem. Przy czym zamawiający wykreślił postanowie-

nie, że zmiany te nie wymagają zawarcia aneksu ani jakiegokolwiek zgody drugiej strony.

Izba na podstawie załącznika nr 8 działu IV pkt. 3, 4, 5 i 6 ustaliła, że wykonawca ma obowiązek pozostawać w stałym całodobowym kontakcie telefonicznym z zamawiającym, zapewnić koordynację i kontrolę działań oraz zapewnić całodobowe dyżury w trakcie trwania okresu zimowego, a także utrzymywania w gotowości technicznej odpowiedniej ilości sprzętu, a także współdziałać z jednostkami Straży Pożarnej lub innymi jednostkami dla usuwania zagrożeń z pasa drogowego. Niewątpliwie taki zakres świadczenia wymaga od wykonawcy nakładów, a także ponoszenia kosztów utrzymania osób i sprzętu w gotowości.

Izba ustaliła, że zamawiający zdefiniował pojęcia zadań (prac) planowych i prac na wskazanie, te pierwsze są świadczone zgodnie z OPZ, gdzie określony jest czas (cykl) podejmowanych działań, te drugie do zadania wymagające pisemnego wskazania lub zlecenia zamawiającego. Akcja zima, to uruchomienie jednej doby utrzymania zimowego całego rejonu lub jednorazowego zabezpieczenia przejazdu przez cały rejon lub ściśle centrum/szlaki komunikacyjne lub przejazd alarmowy lub zabezpieczanie chodników. Zamawiający zatem określił co rozumie pod pojęciem zlecenia - jest to dyspozycja wykonania prac na wskazanie wydane przez zamawiającego, zamawiający określił też sposób ustalenia zakresu wykonanego zlecenia na podstawie protokołu odbioru wykonanych prac z uwzględnieniem cen jednostkowych podanych w ofercie.

Do prac planowych należą oczyszczanie mechaniczne i/lub ręczne ulic, placów, parkingów, opróżnianie koszy ulicznych, w tym oczyszczanie ciągów pieszych i/lub rowerowych, w tym chodników, schodów terenowych i przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej, oczyszczanie ścisłego centrum, gdzie zamawiający wskazał, co wykonawca powinien skalculować w ramach ryczału, natomiast prace na wskazanie to prace objęte akcją zima, odśnieżanie ciągów pieszych i/lub rowerowych, w tym chodników, schodów terenowych, przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej, oczyszczanie i odśnieżanie miejsc postojowych strefy płatnego parkowania, oczyszczanie pasów przyjezdniowych, gdzie zamawiający wprost wskazał, że są to prace podejmowane przez wykonawcę na podstawie wydanego mu przez zamawiającego zlecenia/zgłoszenia.

Z par. 7 ust. 9 wzoru umowy wynika, że zamawiający nie wypłaci wynagrodzenia wykonawcy dopóki ten nie przedstawi dowodu w postaci oświadczenia podwykonawcy, że podwykonawca został zaspokojony.

Izba ustaliła, że przedstawiona przez zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie indywidualna interpretacja podatkowa z 2011 r. nie jest interpretacją wydaną na potrzeby i w stanie faktycznym spornego postępowania o udzielenie zamówienia. Bez oceny opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umownych w tamtym postępowaniu nie jest możliwe ustalenie jakie znaczenie dla tego postępowania ma stanowisko wyrażone w interpretacji przez organy skarbowe. Z kolei przedstawione przez odwołującego objaśnienia podatkowe z dnia 26 stycznia 2021 r. mają charakter publiczny i ogólny, nie dotyczą tego konkretnego postępowania i mogą stanowić jedynie pewną wytyczną interpretacyjną, co do klasyfikowania świadczeń kompleksowych i świadczeń indywidualnych. Objaśnienia dotyczą utrzymania dróg, w tym utrzymanie nawierzchni dróg, chodników, drogowych obiektów inżynierskich z wyjątkiem części pasa drogowego, a także utrzymywania zieleni przydrożnej, co nie wątpliwie ma zbliżony charakter do przedmiotu zamówienia. Z objaśnienia tego w ocenie Izby wynika, że usługi utrzymania dróg publicznych z uwagi na różne modele świadczenia usługi nie nadają się do określenia jednej stawki podatku VAT bez analizy postanowień umownych, czy opisu przedmiotu zamówienia. Generalne zasady jakie wynikają z objaśnień wskazują bowiem na to, że jeśli przedmiotem zamówienia jest usługa typu - utrzymaj standard, czyli przy realizacji usługi nie są istotne poszczególne czynności na nią się składające, ale osiągnięcie z góry założonego przez zamawiającego rezultatu, usługa ta jest wykonywana bez potrzeby wskazywania na konieczność jej przeprowadzenia przez zamawiającego, wynikiem jej jest określony standard, a wynagrodzenie najczęściej przyjmuje formę ryczału, to taka usługa może być klasyfikowana jako usługa kompleksowa opodatkowana jedną stawką podstawową. Natomiast, jeśli usługą utrzymaniową świadczona jest w modelu wywoławczym tj. inicjuje jej wykonanie zlecenie przekazane przez zamawiającego, a wykonawca w zasadzie samodzielnie może jedynie sygnalizować zamawiającemu potrzebę wystąpienia ze zleceniem, a rozliczenie następuje za faktycznie wykonane zlecenie, to ten model polega na wykonywaniu ciągu świadczeń indywidualnych stanowiących odrębne zdarzenia podatkowe. Objaśniający wskazał, że jeśli w ramach tych pojedynczych czynności wystąpią czynności zgrupowane w ramach PKWiU 81.29.12.0 - zamykania śmieci, usuwania śniegu czy PKWiU 81.30 - związane z zagospodarowaniem terenów zielonych to do takich usług zastosowanie ma stawka obniżona 8%.

Natomiast objaśnienie nie wyjaśnia w jaki sposób klasyfikować zdarzenia podatkowe w sytuacji, gdy umowa ma charakter mieszany tj. łączy usługi utrzymaj standard i usługi wywoławcze. Nie odpowiada także na pytanie czy jeśli usługa kompleksowa obejmuje głównie czynności opodatkowane stawką 8%, a pozostałe usługi są do niej pomocnicze, to czy rów-

niez usługa utrzymaj standard korzysta z obniżonej stawki. Objaśnienie nie rozstrzyga także jak na gruncie podatkowym klasyfikowane jest świadczenie z tytułu pozostawania w gotowości. Czy fakt, że usługę wywołaniową poprzedza pozostawanie w gotowości ma jakikolwiek wpływ na klasyfikację zdarzenia podatkowego pod kątem prawidłowej stawki podatku. Te okoliczności nie wynikają z przedstawionego objaśnienia, tym samym odwołujący nie wykazał, że podana przez zamawiającego stawka 8% dla wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia jest stawką nieprawidłową.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali zaistnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 2360/21

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowaniem uczciwej konkurencji,

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy - przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w tym nieuwzględnienie wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów przez wykonawcę, w sytuacji w której wykonawca nie ma pewności czy w ogóle w ramach realizacji niniejszej umowy wykona jakikolwiek zakres prac, który pokryje chociażby koszty stałe wykonawcy związane z koniecznością utrzymania stałej gotowości do realizacji zlecenia, z uwagi na to, że zamawiający przyznał sobie jednostronną możliwość do zwiększenia bądź zmniejszenia zakresu prac, bez zagwarantowania chociażby minimalnego zakresu prac, które wykona wykonawca, jak również bez dookreślenia w jaki sposób wykonawca na skalkulować ofertę w zakresie „gotowości” do podjęcia zlecenia, jak również przez niewłaściwe wskazanie stawki podatku VAT w treści dokumentacji postępowania,

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba oceniając treść postanowień rozdziału IV pkt 7 i 8 oraz par. 4 ust. 4 i 5 wzoru umowy ustaliła, że zamawiający przewidział praktycznie nieograniczony krąg przyczyn zmiany zakresu i ilości prac, w tym także nie wykluczył sytuacji, o której strony mówiły na rozprawie tj. przekazania utrzymania innemu podmiotowi np. Centrum Integracji Społecznej. Postanowienie SWZ rozdziału IV pkt. 7 nie zawęży w żaden sposób pojęcia „innego podmiotu niż zamawiający”, co oznacza, że może być to w skrajnym przypadku także konkurencyjny przedsiębiorca i to nie w ramach wykonania zastępczego, ale nie zdefiniowanego przez zamawiającego „przekazania w utrzymanie”. Przyjęty przez zamawiającego zakres zmian jest praktycznie nieograniczony, a zamawiający nie określił żadnych zasad, na których może nastąpić zmiana zakresu lub ilości prac. W szczególności w ocenie

Izby przekazanie w utrzymanie innemu podmiotowi na podstawie tego postanowienia SWZ w

połączeniu z postanowieniami umownym z par. 4 ust. 4 i 5 wzoru umowy, może stanowić próbę obejścia stosowania przepisów ustawy jeśli do takiego przekazania doszłoby z pominięciem stosowania ustawy. Zasadą wynikającą z art. 17 ust. 2 ustawy jest to, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Tym samym zakres zamówienia powinien pokrywać się z przedmiotem oferty i pozostawać w zgodności z przedmiotem zamówienia publicznego rozumianego jako umowa pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą. Tym samym zmniejszenie lub zwiększenie przedmiotu zamówienia nie może odbywać się w sposób dowolny, bowiem mogłoby to prowadzić do zaburzenia uczciwej konkurencji, gdyż zamówienie pierwotne sformułowane w SWZ byłoby zamówieniem adresowanym do innego kręgu podmiotów, niż w dacie wykonywania umowy. W ocenie Izby ustawodawca celowo przewidział zakaz projektowania postanowień umownych przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Ustawodawca nie wykluczył sytuacji, w której niedozwolonym postanowieniem umownym będzie zarówno brak określenia minimalnej wartości jak i minimalnej wielkości świadczenia stron - w przepisie bowiem użyto alternatywy łącznej lub, a nie jak wydaje się odczytywać przepis art. 433 ust. 4 ustawy zamawiający, jako alternatywy rozłącznej „albo”. Izba wzięła pod uwagę także treść art. 454 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym zmiana istotna (która wymaga przeprowadzenia nowego postępowania), to

taka zmiana, która powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w tym taka, która w sposób znaczny rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy, a także taka, która polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy, a więc przede wszystkim, aby zmiana podmiotu realizującego całość lub część świadczenia była możliwa musi być przewidziana w umowie, określać rodzaj i zakres zmian, warunki jej wprowadzenia i nie modyfikować ogólnego charakteru umowy. Zamawiający natomiast przewidział możliwość zmiany pomiotu co do części powierzonego utrzymania, ale nie określił ani zakresu ani zasad tej zmiany. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 433 ust. 4 ustawy, jednak nie dostrzegł, a w konsekwencji nie uwzględnił zarzutu naruszenia przez zamawiającego 99 ust. 1 i 4 ustawy - tym samym zamawiający pozostawił Izbie możliwość badania i oceny opisu przedmiotu zamówienia jako jednoznacznego i wyczerpującego oraz umożliwiającego sporządzenie oferty. W ocenie Izby fakt nie określenia zasad i zakresu zmian w zakresie i ilości prac i możliwość nieograniczonego ich powierzenia innym podmiotom, może prowadzić w toku realizacji umowy do istotnej zmiany umowy, a w konsekwencji do obejścia zakazu wprowadzania postanowień nie gwarantujących minimalnego zakresu świadczenia. Niedopuszczalności takiego braku wskazania nie usuwa wprowadzone w dniu 4 października i doprecyzowane w dniu 19 października postanowienie par. 7 ust. 3 ustawy, które określa minimalną wartość świadczenia gwarantowaną wykonawcy na poziomie 80% wartości umowy. Wprawdzie wykonawca zyskał gwarancję otrzymania 80% łącznej ceny ofertowej wskazanej w formularzu ofertowym, jednak nie zmienia to faktu, że zamawiający wprowadzając tak w rozdziale IV pkt. 7 i 9 oraz w par. 4 pkt 4 i 5 nieograniczoną możliwość zmian przedmiotowych, nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także nie zabezpieczył zamówienia przed możliwością wystąpienia istotnej zmiany umowy, które nie zostały określone zgodnie z regulacją art. 454 ustawy. Izba stoi na stanowisku, iż doprowadzenie do zgodności z ustawą projektowanych postanowień umownych, jak i treści SWZ jest konieczne z uwagi na sankcję nieważności wynikającą z art. 458 ustawy. Z tego względu konieczne stało się nakazanie zamawiającemu doprowadzenie postanowień rozdziału IV pkt. 7 i 9 oraz w par. 4 pkt 4 i 5 do zgodności z przepisami art. 454 ustawy, w tym w szczególności art. 454 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy oraz określenie minimalnej wielkości świadczenia stron.

Izba ustaliła, że zamawiający wymaga od wykonawcy pozostawiania w gotowości, jednocześnie w formularzu ofertowym zamawiający nie przewidział możliwości przyznania wynagrodzenia za gotowość, nadto zgodnie z rozdziałem IV pkt. 9 zd. 2 jak i par. 7 ust. 2 wzoru umowy wynagrodzenie przysługuje wykonawcy za faktycznie wykonany zakres prac odebrany bez zastrzeżeń, który będzie iloczynem faktycznie wykonanych prac i cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy, do wysokości łącznej ceny ofertowej wskazanej w formularzu ofertowym.

Ustawodawca wprawdzie wprowadził obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy w celu należytej realizacji zamówienia, jednak nie wprowadził przepisów wskazujących na równość stron umowy o zamówienie publiczne. Przeciwnie o dominującej pozycji zamawiającego świadczy wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych, których celem jest ochrona interesów słabszej strony umowy, w kodeksie cywilnym jest to konsument (art. 385(1)), a w ustawie PZP wykonawca. Zamawiający ma za zadanie działać w interesie publicznym i zaspokajać interesy zbiorowości, tym samym jego pozycja jest silniejsza w postępowaniu i ma on prawo kształtować postanowienia umowne, o ile nie są one sprzeczne z przepisami ustawy, a także z bezwzględnie obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego, do których ustawodawca odsyła w art. 8 i 465 ust. 8 ustawy. Izba stwierdziła, że w ustawie nie ma przepisu nakazującego zamawiającemu przewidzieć wynagrodzenie za gotowość, taki obowiązek nie wynika także z przepisów kodeksu cywilnego. Zamawiający jedynie z mocy art. 436 pkt. 2 ustawy ma zawrzeć w umowie postanowienia określające warunki zapłaty wynagrodzenia i takie warunki w ocenie Izby zamawiający określił w par. 7 umowy. Tym samym Izba nie dostrzegła się naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 i 4 ustawy w sytuacji braku przewidzenia wynagrodzenia z tytułu gotowości.

W zakresie zarzutu niejednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia przez określenie nieprawidłowej w świetle przepisów podatkowych stawki podatku VAT. Izba wskazuje, że niewątpliwie stawka podatku Vat ma znaczenie dla porównywalności ofert, a także dla poprawności obliczenia ceny ofertowej, tym samym wskazanie nieprawidłowej stawki przez zamawiającego w SWZ może mieć istotny wpływ na prawidłowość czynności zamawiającego na etapie oceny ofert. Nie mniej jednak jak ustaliła Izba, odwołujący nie wykazał, że stawka 8% przyjęta przez zamawiającego w SWZ jest stawką nieprawidłową, tym samym zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 433 pkt 4 ustawy - przez uregulowanie, że zamawiającemu przysługuje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 października 2021 r. oraz podtrzymał to stanowisko w piśmie z dnia 18 października 2021 r. Po stronie zamawiającego nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 522 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Z tego względu Izba w pkt. 1 sentencji orzeczenia postanowiła umorzyć postępowanie.

Wobec stanowiska odwołującego wyrażonego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 października 2021 r., że dokonana zmiana postanowień SWZ nie stanowi wykonania żądań odwołania, Izba wyjaśnia, co następuje:

1. Postanowienia SWZ w skutek zmian dokonanych przez zamawiającego uległy w spornym zakresie zmianie, a zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Tym samym przy wydawaniu merytorycznego rozstrzygnięcia Izba musiałaby wziąć pod uwagę, że treść skarżonych postanowień SWZ nie istnieje na datę orzekania w brzmieniu skarżonym.

2. Izba nie ma podstawy prawnej do badania oświadczenia zamawiającego, o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości lub w części. Pod względem procesowym uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania jest instytucją zbliżoną do instytucji uznania powództwa z art. 213 kodeksu postępowania cywilnego. Jednakże mimo zbliżonego charakteru tych instytucji uznanie powództwa stanowi wyraz woli procesowej strony obejmującej zgodę na wydanie wyroku uwzględniającego to żądanie. Natomiast w instytucji uwzględnienia zarzutu, zamawiający nie wyraża zgody na wydanie orzeczenia przez Izbę, w którym Izba uwzględniłaby żądania odwołującego, przeciwnie, Izba ma obowiązek w takiej sytuacji umorzyć postępowanie odwoławcze i z chwilą wydania orzeczenia umarzającego postępowanie, po stronie zamawiającego powstaje obowiązek wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tym samym fakt dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jednocześnie z czynnością procesową uwzględnienia zarzutów odwołania, nie stanowi podstawy do przyjęcia, że zamawiający wykonał żądania odwołania, w tej dacie bowiem nie istniał po jego stronie obowiązek takiego

zachowania. Zamawiający wprawdzie może w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po wniesieniu odwołania podejmować wszelkie czynności w tym postępowaniu, w tym dokonywać zmiany postanowień SWZ, z wyjątkiem zawarcia umowy o zamówienie publiczne, jednak to moment dokonania tej czynności będzie decydował, czy jest to wykonanie żądań odwołania w rozumieniu art. 522 ustawy czy też nie. W dacie zatem 4 października 2021 r. czy nawet 19 października 2021 r. nie istniał po stronie zamawiającego obowiązek wykonania żądań odwołania, taki obowiązek powstanie dopiero z momentem ogłoszenia postanowienia umarzającego postępowanie odwoławcze, w zakresie uwzględnionych zarzutów. Tym samym nie było podstaw do przeprowadzania oceny przez Izbę czy czynności zamawiającego dokonywane pomiędzy wniesieniem odwołania, a zamknięciem rozprawy są wykonaniem żądań odwołania, czy też nie. Izba zwraca także uwagę na to, że w ustawie nie ma obecnie odesłania do Kodeksu postępowania cywilnego i nie ma podstaw prawnych do stosowania wprost czy odpowiednio przepisów tego Kodeksu. Nie ma zatem podstaw do dokonywania oceny czynności procesowej zamawiającego - uwzględniania zarzutów odwołania, przez pryzmat zgodności z prawem lub dobrymi obyczajami, czy też badania zamiaru obejścia prawa, jak ma to miejsce przy uznaniu powództwa w świetle art. 213 par. 2 kpc. Z tego również względu Izba nie znalazła podstaw do merytorycznego rozpoznania uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania. Oczywistym jest, że odwołującemu służą środki ochrony prawnej zarówno wobec czynności dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w czasie trwania procedury odwoławczej, jak i środki ochrony prawnej na zaniechanie, czy wykonanie przez zamawiającego czynności niezgodne z żądaniem odwołania, po wydaniu postanowienia o umorzeniu postępowania. Nie

mniej jednak w tym stanie faktycznym, Izba nie była uprawniona do badania, czy czynności zamawiającego z 4 i 19 października 2021 r. zaspokajają żądania odwołania, bo w tych datach zamawiający nie miał takiego obowiązku, ani badania czy są dokonane zgodnie z prawem. Z tego względu Izba umorzyła postępowanie w zakresie uwzględnionego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy - przez wadliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie konieczności dysponowania narzędziem polewaczki w sposób, który z prawnego i technicznego punktu widzenia nie może być w ogóle wykonany przez któregokolwiek z wykonawców, gdyż opisany przez zamawiającego sprzęt nie istnieje na rynku, jak również przez nieuzasadnione ograniczenie wymagań co do zamiatarki przez dopuszczenie wyłącznie zamiatarek ssących, podczas gdy na rynku istnieją równie dobre i spełniające cel niniejszego postępowania zamiatarki elewatorowe, a także zaniechaniem doprecyzowania wymagań co do ciężkości dla innych wymaganych pojazdów

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że w dniu 19 października 2021 r. zamawiający zmodyfikował rozdz. VII pkt. 2.4. lit. c SWZ i usunął wymóg posiadania samochodu polewaczki o dopuszczalnej masie całkowitej do 2,5 tony, zastępując ten wymóg wymogiem samochodu polewaczki o dopuszczalnej masie całkowitej do 5 ton, odwołujący oczekiwał dopuszczenia pojazdu o masie całkowitej do 4,5 tony, tym samym Izba oceniła, że w dacie wyrokowania pomiędzy stronami spór ustał. Potwierdził to ustalenie Izby sam odwołujący oświadczając na posiedzeniu, że modyfikacja SWZ dokonana w dniu 19 października 2021 r. czyni zadość jego żądaniu. Orzekanie zatem w tym przedmiocie stało się bezprzedmiotowe. Natomiast, Izba ustaliła, że zarzut dotyczący rodzaju zamiatarek został cofnięty przez odwołującego na etapie posiedzenia. Jednakże Izba wzięła pod uwagę, że zarzut dotyczył także tonażu pojazdów, tym samym spór nie stał się całkowicie bezprzedmiotowy, z tego względu nie było podstaw do zastosowania art. 568 pkt. 2 ustawy. Izba nie podzieliła zarzutu odwołującego dotyczącego zaniechania wskazania przez zamawiającego ograniczeń w tonażu pojazdów. Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego, że ograniczenia w tonażu wynikają z przepisów powszechnie obowiązujących, a sam fakt, że dane miasto, czy obszar posiada określony specyficzny układ drogowy narzucający pewne ograniczenia, nie stanowi w ocenie Izby dostatecznej argumentacji, dla uznania opisu przedmiotu zamówienia za niekompletny. Przede wszystkim odwołujący nie przedstawił dowodu na to, że ograniczenia w dopuszczalnym tonażu w obszarze Rejonu 2 rzeczywiście istnieją i są tego rodzaju, że określony w rozdziale VII pkt. 2.4. lit. c sprzęt nie będzie mógł być użyty do realizacji zamówienia bez naruszania ograniczeń tonażowych zarządców drogi. Co więcej odwołujący domagał się podania tonażu, ale nie żądał zmiany ustanowionego przez zamawiającego warunku, co w ocenie Izby powinno być logiczną konsekwencją twierdzenia, że odwołujący obawia się, że nie będzie mógł wykonać przedmiotowego zamówienia mimo zaofiarowania sprzętu spełniającego warunki określone przez zamawiającego w SWZ. Z mocy art. 534 ust. 1 ustawy, to na odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń, a odwołujący jedynie na tych twierdzeniach poprzestał. Na marginesie jedynie można zauważyć, że odwołujący zwalczając wymóg zamawiającego dotyczący polewaczki samojezdnej o DMC do 2,5 t, sam powołał dokumentację zdjęciową, że na terenie rynku, mimo wskazanych przez zamawiającego w SWZ ograniczeń tonażowych, przebywają pojazdy o wyższym tonażu. Odwołujący zatem nie udźwignął ciężaru dowodu. Izba opierając się także na doświadczeniu wynikającym z wieloletniego orzecznictwa stwierdziła, że nie jest powszechną praktyką rynkową na rynku usług utrzymania pasów drogowych, określanie dopuszczalnego tonażu na tych drogach. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy - przez wadliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie bazy sprzętowo-materiałowej przez brak wprowadzenia do SIWZ obiektywnych, wymiennych definicji w zakresie wymagań co do bazy ze wskazaniem elementów odnoszących się do wymogów bazy sprzętowo-materiałowej, a także przez brak ustalenia jakie mają być zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu, gdyż został przez odwołującego cofnięty na etapie posiedzenia. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W ocenie Izby skoro dopuszczalne jest cofnięcie całego odwołania, czyli wszystkich jego zarzutów, tym bardziej możliwe jest cofnięcie części lub pojedynczych zarzutów, co z resztą potwierdza treść art. 522 ust. 3 ustawy, który wprost stanowi o wycofaniu zarzutów nie uwzględnionych przez zamawiającego.

go.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Skoro zgodnie z art. 555 ustawy wynika, że Izba jest związana podniesionymi zarzutami, to dla kompleksowości rozstrzygnięcia konieczne jest także rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów wycofanych, zatem należy wydać w tym zakresie takie samo rozstrzygnięcie jak w przypadku wycofania odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 439 ustawy ust. 1 i ust. 2 ustawy - przez wprowadzenie do klauzuli z art. 439 ustawy postanowień uzależniających zmianę wynagrodzenia od wystąpienia znacząco dużej zmiany cen, co całkowicie wypaczyło sens i cel tego przepisu, doprowadzając do sytuacji, w której wykonawca realnie pozbawiony zostanie możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji nawet znacznego wzrostu materiałów

Zarzut nie został poddany merytorycznej ocenie. Zarzut został uwzględniony przez zamawiającego, a po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 522 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Z tego względu Izba w pkt. 1 sentencji orzeczenia postanowiła umorzyć postępowanie. W pozostałym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozpoznaniu zarzutu dotyczącego braku określenia minimalnego i maksymalnego zakresu zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 229 oraz art. 230 ustawy - przez opisanie regulacji dotyczących aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z przepisami ustawy, w zakresie w którym zamawiający nie tylko nie określił żadnych zasad oceny postąpień, ale i wprost wskazał, że prowadzi aukcję w celu uzyskania nowych, obniżonych cen w zakresie niektórych elementów ofert, nie zaś w zakresie wszystkich pozycji kosztorysowych, jak również w zakresie, w którym zamawiający nie określił minimalnych wartości postąpień, które wymagane będą podczas licytacji

Zarzut nie został poddany merytorycznej ocenie. Zarzut został uwzględniony przez zamawiającego, a po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 522 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Z tego względu Izba w pkt. 1 sentencji orzeczenia postanowiła umorzyć postępowanie. W pozostałym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozpoznaniu zarzutu dotyczącego braku określenia minimalnego i maksymalnego zakresu zamówienia. Izba wzięła pod uwagę fakt, że zamawiający wykreślił sporny rozdział XIX w całości rezygnując z możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Sygn. akt KIO 2374/21

Zarzut naruszenia przez zamawiającego Art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 i 4, art. 433 pkt 4 ustawy oraz art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc a także art. 441 ustawy na skutek umieszczenia w treści Wzoru umowy nieograniczonej możliwości jednostronnego wprowadzania przez zamawiającego zmian zakresu zamówienia bez ustalenia granic tych zmian i ustalenia czytel-

nego systemu opcji na zwiększenie zakresu zamówienia

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 października 2021 r. oraz podtrzymał to stanowisko w piśmie z dnia 18 października 2021 r. Po stronie zamawiającego nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 522 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Z tego względu Izba w pkt. 1 sentencji orzeczenia postanowiła umorzyć postępowanie.

Wobec stanowiska odwołującego wyrażonego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 października 2021 r., że dokonana zmiana postanowień SWZ nie stanowi wykonania żądań odwołania, Izba wyjaśnia, co następuje:

1. Postanowienia SWZ w skutek zmian dokonanych przez zamawiającego uległy w spornym zakresie zmianie, a zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Tym samym przy wydawaniu merytorycznego rozstrzygnięcia Izba musiałaby wziąć pod uwagę, że treść skarżonych postanowień SWZ nie istnieje na datę orzekania w brzmieniu skarżonym.

Izba nie ma podstawy prawnej do badania oświadczenia zamawiającego, o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości lub w części. Pod względem procesowym uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania jest instytucją zbliżoną do instytucji uznania powództwa z art. 213 kodeksu postępowania cywilnego. Jednakże mimo zbliżonego charakteru tych instytucji uznanie powództwa stanowi wyraz woli procesowej strony obejmującej zgodę na wydanie wyroku uwzględniającego to żądanie. Natomiast w instytucji uwzględnienia zarzutu, zamawiający nie wyraża zgody na wydanie orzeczenia przez Izbę, w którym Izba uwzględniłaby żądania odwołującego, przeciwnie, Izba ma obowiązek w takiej sytuacji umorzyć postępowanie odwoławcze i z chwilą wydania orzeczenia umarzającego postępowanie, po stronie zamawiającego powstaje obowiązek wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tym samym fakt dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jednocześnie z czynnością procesową uwzględnienia zarzutów odwołania, nie stanowi podstawy do przyjęcia, że zamawiający wykonał żądania odwołania, w tej dacie bowiem nie istniał po jego stronie obowiązek takiego zachowania. Zamawiający wprawdzie może w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po wniesieniu odwołania podejmować wszelkie czynności w tym postępowaniu, w tym dokonywać zmiany postanowień SWZ, z wyjątkiem zawarcia umowy o zamówienie publiczne, jednak to moment dokonania tej czynności będzie decydował, czy jest to wykonania żądań odwołania w rozumieniu art. 522 ustawy czy też nie. W dacie zatem 4 października 2021 r. czy nawet 19 października 2021 r. nie istniał po stronie zamawiającego obowiązek wykonania żądań odwołania, taki obowiązek powstanie dopiero z momentem ogłoszenia postanowienia umarzającego postępowanie odwoławcze, w zakresie uwzględnionych zarzutów. Tym samym nie było podstaw do przeprowadzania oceny przez Izbę czy czynności zamawiającego dokonywane pomiędzy wniesieniem odwołania, a zamknięciem rozprawy są wykonaniem żądań odwołania, czy też nie. Izba zwraca także uwagę na to, że w ustawie nie ma obecnie odesłania do Kodeksu postępowania cywilnego i nie ma podstaw prawnych do stosowania wprost czy odpowiednio przepisów tego Kodeksu. Nie ma zatem podstaw do dokonywania oceny czynności procesowej zamawiającego - uwzględniania zarzutów odwołania, przez pryzmat zgodności z prawem lub dobrymi obyczajami, czy też badania zamiaru obejścia prawa, jak ma to miejsce przy uznaniu powództwa w świetle art. 213 par. 2 kpc. Z tego również względu Izba nie znalazła podstaw do merytorycznego rozpoznania uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania. Oczywiście jest, że odwołującemu służą środki ochrony prawnej zarówno wobec czynności dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w czasie trwania procedury odwoławczej, jak i środki ochrony prawnej na zaniechanie, czy wykonanie przez zamawiającego czynności niezgodne z żądaniem odwołania, po wydaniu postanowienia o umorzeniu postępowania. Nie mniej jednak w tym stanie faktycznym, Izba nie była uprawniona do badania, czy czynności zamawiającego z 4 i 19 października 2021 r. zaspokajają żądania odwołania, bo w tych datach zamawiający nie miał takiego obowiązku, ani badania czy są dokonane zgodnie z prawem. Z tego względu Izba umorzyła postępowanie w zakresie uwzględnionego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego Art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc na skutek zaniechania umieszczenia w treści SWZ oraz wzoru umowy postanowień dotyczących wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do realizacji świadczenia

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu, gdyż został przez odwołującego cofnięty na etapie posiedzenia. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W ocenie Izby skoro dopuszczalne jest cofnięcie całego odwołania, czyli wszystkich jego zarzutów, tym bardziej możliwe jest cofnięcie części lub pojedynczych zarzutów, co z resztą potwierdza treść art. 522 ust. 3 ustawy, który wprost stanowi o wycofaniu zarzutów nie uwzględnionych przez zamawiającego.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Skoro zgodnie z art. 555 ustawy wynika, że Izba jest związana podniesionymi zarzutami, to dla kompleksowości rozstrzygnięcia konieczne jest także rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów wycofanych, zatem należy wydać w tym zakresie takie samo rozstrzygnięcie jak w przypadku wycofania odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego Art. 16 ust. 1, art. 439 ust. 2 pkt 2 lit a, pkt 3 i 4 oraz art. 353¹ kc w związku z art. 5 kc na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy nierealnych zapisów odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia przy jednoczesnym zaniechaniu wskazania mechanizmów waloryzacji;

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 października 2021 r. oraz podtrzymał to stanowisko w piśmie z dnia 18 października 2021 r. Po stronie zamawiającego nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 522 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Z tego względu Izba w pkt. 1 sentencji orzeczenia postanowiła umorzyć postępowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353(1) kc oraz w zw. z art. 5 kc na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie sztywnego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez ustalenie kar na rażąco wysokim poziomie co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, a także nieustalenie terminu, do upływu które mogą być naliczane kary umowne. Powyższe okoliczności powodują, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że fakt wskazania w par. 14 ust. 1 wzoru umowy, że podstawą naliczania kar umownych jest kwota ustalona w par. 7 ust. 1 powoduje, że wszystkie kary umowne określone w tym przepisie są karami rażąco wygórowanymi. W ocenie Izby zgodnie z art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a zgodnie z § 2 w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. W ocenie Izby zamawiający zarówno w SOPZ załącznik nr 8 wielokrotnie posługuje się pojęciem zlecenia w szczególności definiując w pkt. II.2. ppkt 6 pojęcie zadania (pracy) na wskazanie, czyli takiego, którego podjęcie wymaga zlecenia zamawiającego lub jego wskazania. Wykonawca będzie je realizować na podstawie każdorazowo wystawianych przez zamawiającego zleceń z określeniem ich zakresu, miejsca i terminu wyko-

kania. Rozliczenie nastąpi na podstawie protokołów odbioru. Również dla poszczególnych zadań zamawiający określa czy są to usługi typu utrzymaj standard, czy też zlecane przez zamawiającego jak usługi akcji zima, czy usługi utrzymania terenów zielonych.

Tym samym mimo wskazania w par. 14 ust. 1 umowy jako podstawy wynagrodzenia z pat. 7

ust. 1 ustawy, to nie można mieć wątpliwości, że w par. 14 ust. 1 pkt 2 lit. a - e wartość zlecenia należy rozumieć jako wartość ustaloną na podstawie protokołu odbioru wykonanych prac na zlecenie zamawiającego. Te postanowienia umowne odnoszą się bowiem do czynności zamawiającego w ramach akcji zima, która jest realizowana wyłącznie na zlecenie/wskazanie. Podobnie ma się sytuacja z par. 14 ust. 3 lit. c-f, które z kolei dotyczą usług całorocznego utrzymania i konserwacji zieleni i sporne pkt. dotyczą konserwacji zieleni, która również wykonywana jest na zlecenie zamawiającego. W ocenie Izby nie zasadny jest także zarzut braku określenia terminu wyczerpania się żądań zamawiającego z tytułu kar umownych. W ocenie Izby rację ma zamawiający wskazując, że par. 14 ust. 6 umowy stanowi granicę tak wartościową jak i czasową wyczerpania się roszczeń zamawiającego z tytułu kar umownych. Jedynym zarzutem, który zasługuje na uwzględnienie jest zarzut rażąco wygórowanej kary umownej określonej w par. 14 pkt. 9 wzoru umowy. Należy zauważyć, że ustawodawca nie nakłada na zamawiającego obowiązku przewidzenia takiej kary, w przeciwnieństwie do art. 436 ust. 1 pkt 4 lit. a, gdzie przewidziano karę umowną za zaniechanie zmiany

wynagrodzenia podwykonawcy, w sytuacji, gdy zwaloryzowano wynagrodzenie wykonawcy. Tym samym kara za zwłokę w zapłacie podwykonawcy nie jest postanowieniem, które zamawiający musi wprowadzić w mocy ustawy. Izba wzięła pod uwagę, że par. 7 ust. 9 przewiduje uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, od złożenia oświadczenia przez podwykonawcę, że zapłatę otrzymał. Zatem z jednej strony wykonawca, który nie zapłaci podwykonawcy własnego wynagrodzenia nie otrzyma, a z drugiej zamawiający dodatkowo ukaże go karą umowną w wysokości 0,2% wartości, określonej w par. 7 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki w wypłacie. Jest to zatem obciążanie wykonawcy podwójnie za ten sam czyn. Nadto zamawiający nie żądał umowy o podwykonawstwo, a tym samym nie jest w stanie ustalić, w którym momencie wykonawca popada w zwłokę z zapłatą wynagrodzenia. Trzeba też dostrzec, że kara umowna jest substratem odszkodowania, a u zamawiającego powstaje szkoda dopiero w sytuacji wystąpienia przez podwykonawcę z roszczeniem do zamawiającego o zapłatę wynagrodzenia niezapłaconego przez wykonawcę i to maksymalnie w wymiarze wynikającym z wykonanego zakresu podwykonawstwa i w wysokości wynikającej z umowy o podwykonawstwo. Tym samym w ocenie Izby obciążanie wykonawcy karą umowną liczoną od podstawy nie związanej ze szkodą, która może powstać jest wadliwe i sprzeczne z art. 484 ustawy, który wiąże karę z odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a tym zobowiązaniem nie jest wykonanie całości zamówienia, a jedynie zapłata podwykonawcy. W tej sytuacji Izba oceniła podstawę zastrzeżonej kary jako sprzeczną z art. 484 kc w związku z art. 8 ustawy i nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany postanowienia umownego w sposób uwzględniający rzeczywistą podstawę naliczenia kary. W ocenie Izby obecne brzmienie par. 14 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy narusza art. 16 pkt. 1 ustawy, gdyż prowadzi dyskryminowania podmiotów, które zdecydują się na realizację przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawców, podczas gdy wykonawcy samodzielnie ubiegający się o zamówienie czy działający wspólnie nie będą ryzykowali utraty wypłaty własnego wynagrodzenia. Wprowadzenie tego postanowienia, w ocenie Izby wpływa na określenie kręgu (zawężenie) podmiotów, które mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, przy czym Izba uwzględniła fakt, że u odwołującego J.

W. do rozpoznania merytorycznego na rozprawie skierowano cztery zarzuty tj. wadliwego określenia przedmiotu zamówienia przez dowolność zmniejszenia/zwiększenia zakresu i ilości przedmiotu zamówienia, wadliwego ustalenia stawki podatku VAT, braku opisu przedmiotu zamówienia przez wyodrębnienie świadczenia pozostawiania w gotowości i zapłaty za realizację tego świadczenia oraz zaniechania wskazania dopuszczalnego tonażu na drogach w rejonie wykonywanego zamówienia, natomiast w przypadku odwołującego Alba do rozpoznania na rozprawie skierowano zarzut dotyczący kar umownych. Izba uwzględniając postanowienia Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 5 ust. pkt. 1 i 2 lit. b w związku z par. 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia obciążyła kosztami zamawiającego. Izba na podstawie złożonych rachunków i spisu kosztów ustaliła, że odwołujący J. W. poniósł koszty wpisu w kwocie 15 000 zł i zastępstwa prawnego w kwocie 4 428zł, przy czym z cytowanego rozporządzenia wynika, że maksymalna wysokość wydatków pełnomocnika,

którą Izba może zasądzić wynosi 3 600zł. i uległ zamawiającemu w % zarzutów odwołania, tym samym należny mu był zwrot jednej czwartej uiszczonego wpisu tj. 3 750zł. i % poniesionych wydatków tj. 900zł i taką kwotę nakazała zamawiającemu zwrócić odwołującemu J. W. Natomiast odwołujący ALBA poniósł koszt wpisu w wysokości 15 000zł. i wydatki pełnomocnika w wysokości 3690zł. przy czym z cytowanego rozporządzenia wynika, że maksymalna wysokość wydatków pełnomocnika, którą Izba może zasądzić wynosi 3 600zł. i Izba oceniła jego zarzut jako zasadny, stąd nakazała zamawiającemu zwrot odwołującemu całości uiszczonego wpisu i poniesionych wydatków w wysokości 3 600zł.

Przewodniczący:.....