

Sygn. akt: KIO 2696/21

KIO 2723/21

KIO 2724/21

WYROK

z dnia 19 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 15 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o. o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów

B. w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskie

C. w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław przy udziale:

A. wykonawcy FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o

sygn. akt: KIO 2696/21 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6A, 54-519 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2723/21 po stronie odwołującego

C. wykonawcy PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2723/21 i KIO 2724/21 po stronie odwołującego

orzeka:

1. w sprawie z odwołania wniesionego przez ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o. o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów (sygn. akt KIO 2696/21):

A. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 2, 4, 7 i 8,

uwzględnionych przez zamawiającego;

B. oddala pozostałe zarzuty odwołania;

2. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2723/21);

3. oddala odwołanie wniesione przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2724/21).

4. kosztami postępowania obciąża wykonawców: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o. o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów, FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań, tj. po 15 000 zł przez każdego z nich.

5. zasądza od:

A. ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o. o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów na rzecz Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B. FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

;

C. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu rzecz Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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 2696/21

KIO 2723/21

KIO 2724/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań:

zadanie 1 - Stare Miasto, zadanie 2 - Śródmieście, zadanie 3 - Krzyki, zadanie 4 -

Fabryczna”, nr referencyjny: 10/2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DzUrzUE

1.09.2021 r. nr 2021/S 169-442415, sprostowanie 06.09.2021 r. nr 2021/S 172-449989.

Sygn. akt KIO 2696/21

Odwołujący: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. Rusko 66, 58-120 Jaroszków wniósł odwołanie w zakresie treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) z załącznikami. Obecna treść SWZ wraz z załącznikami uniemożliwia Odwołującemu złożenie

racjonalnie skalkulowanej oferty w Postępowaniu.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1. Art. 112 ust. 1 i art. 116 przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, a także niemieszczący się w dopuszczalnym zakresie wymogu tj. nieodnoszącym się do wykształcenia, doświadczenia lub kwalifikacji osób skierowanych do wykonania zamówienia;

2. /zarzut uwzględniony;

3. Art. 112 ust. 1 i art. 116 przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu zamówienia polegającego łącznie na mechanicznym oczyszczaniu (powtarzalność działań nie mniejsza niż 9 oczyszczeń) i zmywaniu (powtarzalność działań nie mniejsza niż 3 zmywania) łącznej długości lub powierzchni

określonej w SWZ, co w sposób nieproporcjonalny i w sposób ograniczający uczciwą konkurencję wyklucza udział w Postępowaniu wykonawców, którzy mają doświadczenie w

mechanicznym oczyszczaniu jezdni i doświadczenie w zmywaniu jezdni w wymaganym zakresie, zdobyte w ramach osobnych zamówień;

4. /zarzut uwzględniony/;

5. art. 99 ust. 1 przez opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej kontenerów w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

6. art. 99 ust. 1 przez opisanie sposobu obliczenia ceny, w części dotyczącej rozliczeń za usuwanie padłych zwierząt, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

7. /zarzut uwzględniony, 8. zarzut uwzględniony/;

9. art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, przez zastrzeżenie w § 9 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny;

10. naruszenie innych przepisów i norm prawnych wskazanych w treści uzasadnienia. Wniósł o nakazanie dokonania modyfikacji SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu

w zakresie poszczególnych zarzutów.

Uzasadniając zarzuty i żądania wskazał, co następuje.

I. W zakresie warunków udziału w Postępowaniu:

1. Warunek dysponowania osobami

Zamawiający określił wymóg dotyczący dysponowania osobami przez wskazanie na

warunki udziału w postępowaniu dotyczące: 1.2.3. zdolności technicznej i dysponuje co

najmniej: (...) I.2.3.2. następującymi osobami, skierowanymi do realizacji zamówienia, w następujących liczbach (w przypadku składania oferty na dwa lub trzy zadania, należy wykazać dysponowanie osobami w łącznej liczbie będącej sumą liczb wymaganych na poszczególnych zadaniach, na które składana jest oferta): w zależności od liczby zadań, na które składana jest oferta od 18 do 23 osób, w tym kierowcami i lub operatorami pojazdów. Proporcjonalność warunków oraz konieczność takiego ich określania, aby umożliwiały ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia oznacza m.in. zakaz określania tzw. warunków blankietowych, czyli np. konieczności dysponowania określoną liczbą osób bez wskazania wymogów co do ich doświadczenia, wykształcenia itp. Zamawiający nie określił warunku w sposób wskazany w ustawie, wymaga dysponowania osobami bez wymagań w zakresie doświadczenia, kwalifikacji zawodowych itp. Wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przy obowiązku wykazania dysponowania szerokim zespołem osób na kilka miesięcy przed rozpoczęciem wykonywania usługi.

Trudno oczekiwać od wykonawców, że już w momencie składania ofert będą dysponowali łącznie (75 osobami, w sytuacji, gdy termin rozpoczęcia wykonywania usługi został określony

na dzień 1.04.2022.

W praktyce wymagana liczba osób wskazanych w warunku, faktycznie i rzeczywiście pozostaje w dyspozycji tego wykonawcy, który obecnie świadczy usługę. Pozostali nie dokonują rekrutacji pracowników przed rozpoczęciem wykonywania usługi po to, aby wskazać te osoby w ofercie. Inny wykonawca niż obecny, najczęściej zatrudnia osoby, które straciły zatrudnienie u poprzedniego wykonawcy, który nie zapewnił im dalszej pracy.

Zgodnie z § 3 ust. 5 Wzoru umowy: Zamawiający, wymaga zatrudniania wyłącznie na podstawie umowy o pracę wszystkie wymienione osoby bezpośrednio wykonujące czynności opisane. 1) w zakresie utrzymania terenów zewnętrznych: /.../ 2) w zakresie utrzymania pasa drogowego: /.../ W ocenie Odwoływającego warunek jest nieproporcjonalny, narusza art. 112 PZP i określony jest w sposób niezgodny z art. 116.

Odwoływający wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ww. warunków.

2. Warunek dysponowania pojazdem el. lub napędzanym gazem /zarzut uwzględniony/.

3. Warunek doświadczenia w mechanicznym oczyszczaniu i zmywaniu jezdni

Zgodnie z R. IV pkt 1 SWZ Wykonawca spełni warunek doświadczenia, jeżeli wykaże, że wykonał, /.../ zamówienie polegające na mechanicznym oczyszczaniu (powtarzalność min 9 oczyszczeń) i zmywaniu (powtarzalność min 3 zmywania) jezdni o łącznej długości lub powierzchni: dla zadania 1 - min 11 km lub 120 000 m², dla zadania 2 - min 10 km lub 110 000 m², dla zadania 3 - min 18 km lub 200 000 m², dla zadania 4 - min 16 km lub 180 000 m², dla zadania 5 - min 10 km lub 110 000 m², a gdy Wykonawca składa ofertę na dwa lub trzy zadania, zamówienia, których łączna długość lub powierzchnia stanowi sumę długości lub powierzchni wymaganych dla poszczególnych zadań.

Odwoływający nie kwestionuje konieczności określania warunku doświadczenia w mechanicznym oczyszczaniu jezdni, ani w jej zmywaniu. Jednak wymóg, aby warunek ten był spełniony w ramach jednego zamówienia jest nieproporcjonalny. Wykonawca, który posiada takie doświadczenie nabyte w ramach osobnych zamówień, jest zdolny do wykonania zamówienia. W związku z tym wnosi o zmianę warunku w następujący sposób: 1.2.2. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: 1.2.2.1.a wykonał, /.../ w gminach pow. 100 000 mieszkańców w okresie jednego sezonu letniego, zamówienie polegające na mechanicznym oczyszczaniu (powtarzalność działań nie mniejsza niż 9 oczyszczeń) jezdni o łącznej długości lub powierzchni: oferta na zadanie 1 - co najmniej 11 km lub 120 000 m², oferta na zadanie 2 - co najmniej 10 km lub 110 000 m², oferta na zadanie 3 - co najmniej 18 km lub 200 000 m², oferta na zadanie 4 - co najmniej 16 km lub 180 000 m², oferta na zadanie 5 - min. 10 km lub 110 000 m², a w przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na dwa lub trzy zadania, zamówienie lub zamówienia, których łączna długość lub pow. musi stanowić sumę długości lub powierzchni wymaganych zadań, na które składana jest oferta.

1.2.2.1.b wykonał, w gminach pow. 100 000 mieszkańców w okresie jednego sezonu letniego, zamówienie polegające na zmywaniu (powtarzalność działań nie mniejsza niż 3 zmywania) jezdni i/lub jezdni wewnętrznych i/lub jezdni osiedlowych o łącznej długości lub powierzchni:

analogicznie jak w pkt 1.2.2.1a.

II. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia. 1. Wymóg posiadania chlorku sodu, chlorku wapnia i chlorku magnezu dnia 01.04.2022 r. /zarzut uwzględniony/

2. Wymóg posiadania kontenera na odpady. W Dziale II ROZDZIAŁ III. Zakres, technologia i

harmonogram prac objętych przedmiotem zamówienia (...) 8. Wynajem i utrzymanie koszy na odpady w sezonie letnim i zimowym. (...)

8.1. Wynajem koszy: 1) Wykonawca, na czas realizacji zamówienia, z własnych środków finansowych zobowiązany jest zapewnić poprzez wynajem Zamawiającemu fabrycznie nowe następujące rodzaje koszy na odpady: - kosz standardowy, - kosz stylowy, - kosz 120 l,

- kontener na odpady. Określono parametry koszy. Zamawiający wskazał lokalizację koszy z podziałem na typy. W zestawieniach brak informacji na temat kontenerów. Odwoływający wnosi o nakazanie Zamawiającemu dookreślenie wymogów w zakresie ilości i przeznaczenia kontenerów lub wykreślenie ww. wymogu.

3. W zakresie braku możliwości wyceny usuwania padłych zwierząt. Zgodnie z R XIV pkt 7 SWZ: Ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia w ramach danego zadania, na które składana jest oferta, w tym także koszt usuwania padłych zwierząt. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, muszą uwzględniać wszystkie elementy - czynności określone w przedmiocie zamówienia /.../.

W treści formularza ofertowego zamawiający nie wyszczególnił stawek jednostkowych dla rozliczenia usługi związanej z usuwaniem padłych zwierząt. Usługa ta jest niezależna od innych świadczeń, wymaga całonocnego dyżuru, specjalistycznego pojazdu i zezwoleń, na co wskazują wymagania określone w R IV ppkt 1.2.1.3 i 1.2.1.4 SWZ. Usługi usuwania padłych zwierząt i utylizacja jest bardzo często usługą zlecaną oddzielnie od usług

utrzymania czystości. Usługa wymaga przygotowania sprzętowego, sanitarnego, organizacyjnego i 24 godzinnej gotowości. Wymóg, aby w bliżej nieokreślonych cenach jednostkowych ujęto usługę stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP. Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany formularza przez wskazanie wyodrębnionej pozycji dla usług związanych z usuwaniem padłych zwierząt.

III. W zakresie waloryzacji /uwzględniono/

IV. W zakresie kar umownych. Niedopuszczalne jest kształtowanie kar w sposób dowolny, kary powinny być określone w wysokości adekwatnej. Kary ustalone przez zamawiającego nie spełniają tych wymagań. Nieuzasadnione jest zróżnicowanie pozycji stron w umowie w zakresie kary za odstąpienie. Odwołujący wnosi o nakazanie zrównania sytuacji zamawiającego i wykonawcy. Wskazano na katalog kar z § 9 ust. Wzoru umowy. Powyższe kary są wygórowane, nie odnosząc się do potencjalnej szkody Zamawiającego, który wykorzystuje przewagę jako autor wzoru umowy.

Odwołujący wniosł o nakazanie zmniejszenie każdej z kar o połowę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w części zarzuty w zakresie Zarzutu 2 zarzutu nr 4 i zarzutów nr 7 i 8; zamawiający zmienił treść swz.

Zamawiający nie uwzględnił pozostałych zarzutów i wniosł ich oddalenie.

1) odnośnie zarzutu nr 1: Zamawiający wskazał, iż pracownicy terenów zewnętrznych — formułowanie wymogu posiadania doświadczenia w tym zakresie byłoby w każdym przypadku nadmiernym, a co najmniej nieproporcjonalnym warunkiem udziału w postępowaniu. Wynika to z tego, że zakres prac przewidzianych do wykonania przez te osoby stanowi prace nieskomplikowane, które w zasadzie bez odrębnego przeszkolenia w tym zakresie będzie w stanie wykonać każda osoba fizyczna, nawet jeżeli wcześniej nie miała styczności z taką pracą. W treści Rozdziału II OPZ (strona 43) Zamawiający szczegółowo określił zakres prac objętych przedmiotem zamówienia w odniesieniu do pracowników terenów zewnętrznych, gdzie wskazał m.in. że prace powinny być wykonywane w sposób zapewniający utrzymanie czystości i porządku (w sposób mechaniczny lub ręcznie) oraz, że sprzątnięcie terenów zewnętrznych obejmuje m.in. sprzątnięcie wnęk, opasek wokół budynków oraz miejsc położonych poniżej poziomu terenu, np. kratek przed drzwiami, pod schodami, wpustów do kanalizacji.

Natomiast co do kierowców/operatorów pojazdów — określenie warunku udziału w

postępowaniu w treści wskazanej w SWZ w części dotyczącej kierowców/operatorów pojazdów byłoby nadmiernym formalizmem. Zamawiający sformułował warunki udziału w zakresie zdolności technicznej (s. 6 SWZ rozdz. IV pkt 1.2.3.) gdzie określił minimalny poziom zdolności technicznej wykonawcy gwarantujący zapewnienie realizacji zamówienia. Zamawiający zawarł szczegółowy wykaz pojazdów, których dysponowaniem wykonawca winien się legitymować, aby wykazać spełnienie warunku. Biorąc pod uwagę powyższe, łączne warunki udziału w postępowaniu, oczywistym jest fakt, iż wymóg posiadania personelu, tj. kierowców/operatorów pojazdów oraz wymóg posiadania określonych pojazdów dotyczy nie przypadkowego zbioru kierowców o niedookreślonych uprawnieniach, a osób posiadających uprawnienia pozwalające na wykorzystanie tego określonego zaplecza sprzętowego w toku realizacji umowy. Wobec powyższego formułowanie wymogu posiadania uprawnień do prowadzenia/obsługi pojazdów w odniesieniu do określonego w treści 1.2.3.2. rozdz. IV SWZ warunku bezpośrednio w jego treści byłoby zatem nadmiernym formalizmem.

W jego opinii postawienie warunku dysponowania określoną ilością osób na dzień składania oferty pozwala ocenić potencjał wykonawcy do realizacji zamówienia, również w zakresie

jego umiejętności związanych z organizacją pracy określonego zespołu osób, pracy wykonywanej w systemie zmianowym, umiejętności przeszkolenia, zapewnienia warunków bhp na przykład na stanowiskach kierowców/operatorów pojazdów. Fakt posiadania zasobu osobowego świadczy również pośrednio o zakresie i doświadczeniu w wykonywaniu usług. Wniosek zatem o wykreślenie warunku dot. osób skierowanych do realizacji zamówienia jest bezzasadny. Wykonawca ma udokumentować, że dysponuje odpowiednim zasobem pracowników. Zamawiający podkreśla, że wymagana ilość pracowników jest minimalna. Według Zamawiającego wymóg wykazania potencjału nie jest wygórowany.

Odnośnie zarzutu dot. wymaganego doświadczenia w mechanicznym czyszczeniu i zmywaniu jezdni zamawiający zwrócił uwagę, iż warunek udziału w postępowaniu nie ma zmierzać do zapewnienia udziału w tym postępowaniu każdemu wykonawcy, ale tylko tym wykonawcom, którzy będą w stanie zrealizować zamówienie, co jest weryfikowane właśnie

przez spełnienie stawianego warunku udziału, który ma być adekwatny do przedmiotu zamówienia i dawać gwarancję należytego jego wykonania.

Zamawiający wyjaśnił, iż ze względu na wykonywanie usługi kompleksowej, tj. wykonywanie usługi zmywania powiązanej ściśle z usługą oczyszczania jezdni, wymagane jest udokumentowania doświadczenia w zakresie mechanicznego oczyszczania i zmywania realizowanego w jednej umowie. Zamawiającemu zależy, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w organizacji wykonywanych usług polegających zarówno na zmiataaniu, jak i zmywaniu tych samych jezdni. Zmywanie jezdni odbywać się będzie z częstotliwością 1 x w tygodniu, na jezdniach objętych oczyszczaniem z częstotliwością co najmniej 1 raz w tygodniu. Cykliczność wykonywania usług powinna zapewnić zmywanie mechaniczne z całej szerokości jezdni drobnych zanieczyszczeń i pyłu pozostałego po zmiataaniu. Harmonogram zmiataania i zmywania jezdni musi być odpowiednio zsynchronizowany, aby zmywanie było wykonane w następnym dniu po wykonaniu zmiataania. Realizacja tych czynności w ramach jednej umowy pozwala zweryfikować nie tylko samą umiejętność oczyszczania i zmywania, ale także organizację pracy, zarządzania zasobem ludzkim i sprzętowym. Zamawiający przewiduje zlecenie zmywania jezdni podanych w załączonej tabeli. Z zestawienia wynika, iż częstotliwość opisana w warunku jest dużo niższa niż będzie faktyczna częstotliwość realizacji prac w ramach umowy. Wielkość realizowanych zamówień przyjęta do warunku jest niższa niż będzie faktycznie wykonywana w ramach umowy. Wymóg wykazania powyższego doświadczenia nie jest wygórowany.

Odnosnie zarzutu 5 zamawiający wyjaśnił, iż na podstawie opisu można określić szczegółowe wymagania do każdego zadania, w tym informacje co do kontenerów. Wniosek o dookreślenie ocenia jako bezprzedmiotowy.

Odnosnie zarzutu braku wyszczególnienia stawek jednostkowych dla rozliczenia usługi związanej z usuwaniem padłych zwierząt zamawiający wskazał, że umowa na utrzymanie

czystości i porządku jest usługą kompleksową, a wolą zamawiającego jest, aby usługa usuwania padłych zwierząt nie była rozliczana odrębnie, ale jako element innych usług. Zapis identyczny, znajdował się w specyfikacjach wcześniej prowadzonych postępowań od 2013 roku. Załączono zestawienie postępowań wraz z informacją o ofertach, co potwierdza, iż zapis dotyczący rozliczenia padłych zwierząt umożliwia złożenie właściwej oferty. W drugiej tabeli przedstawiono zestawienie ilości odpadów i liczby padłych zwierząt zebranych w okresie 12 miesięcy w obecnie realizowanej umowie, na podstawie danych przekazywanych przez wykonawców w miesięcznych sprawozdaniach z zagospodarowania odpadów.

Zarzut dotyczący naliczania kar umownych i ich wysokości, w ocenie zamawiającego nie został uzasadniony. Stwierdzenie, iż każda z kar ma być zmniejszona o połowę, wobec braku argumentów uznać należy za wniosek wadliwy. Wysokość i okoliczności kar, zostały wcześniej poddane szczegółowej analizie, było też przedmiotem odwołań we wcześniejszych postępowaniach i wobec braku argumentów potraktować należy jako wniosek, który nie może zostać zrealizowany co do zasady. Wykonawca realizujący usługi zgodnie z umową nie będzie obciążony karami. Proponowana wysokość kar wynika z konieczności egzekwowania podjęcia i należytego wykonania powierzonych prac porządkowych. Priorytetem jest utrzymanie terenów Gminy Wrocław w czystości. Kary w proponowanej wysokości są już stosowane w realizowanych aktualnie umowach i stwierdza się nieliczne nieprawidłowości skutkujące ich naliczeniem (zestawienie naliczonych kar w tabelach). Kary są więc skutecznym narzędziem realizacji założonego celu. Zamawiający chce także uniknąć sytuacji, w której Wykonawca będzie bardziej skłonny do poniesienia kary, niż do podjęcia prac. W kontekście rozpatrywania ryzyka, należy pamiętać, że niepodjęcie lub nienależyte wykonanie prac w warunkach zimowych może skutkować wystąpieniem wypadków z udziałem pieszych i pojazdów i potencjalnymi roszczeniami poszkodowanych. Zamawiający wskazuje także na funkcje kompensacyjną i gwarancyjną kar. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika też z przepisów ustawy zawierającej instrumenty zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego, który działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych. Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, także obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany. Odwołujący w odwołaniu przeskalował pewne sytuacje chcąc wykazać, iż kary są nieadekwatne do czynności, za jakie zostały naliczone, co pozostaje w sprzeczności ze stanem faktycznym. Zamawiający wykonał analizę, w której przedstawiono liczbę pozycji adresów na poszczególnych zadaniach, które zostały podzielone na Rejony, oznaczone odpowiednio literami. Otrzymano łączną sumę kar na poszczególnych Rejonach za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania terenów zewnętrznych. Przedstawiono również wartość wynagrodzenia brutto dla danego Wykonawcy za sierpień 2021 r. za utrzymanie czystości i porządku na terenach objętych sprzątnięciem. Zamawiający nie przewiduje sytuacji, w której Wykonawca nie podejmie żadnych działań dotyczących utrzymania czystości i porządku na terenie objętym

sprzątaniem. Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie, iż wartość usługi jest wiele wielokrotnie niższa niż kara przewidziana za jej niewykonanie.

Sygn. akt KIO 2723/21

Odwolujący: FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. zarzuca obrazę:

1. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, który jednocześnie charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego dostawcę, co może prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego dostawcy i wyeliminowania innych dostawców, tj. przez opisanie Dz II R III pkt 8.2 ppkt 1 SOPZ wymagań dotyczących koszty „standardowych”, które Wykonawca będzie zobowiązany udostępnić na czas realizacji przedmiotu zamówienia, które to wymagania spełniają koszty uliczne oferowane przez tylko jednego dostawcę, tj. firma Z. B. - Zakład Metalowy „TORMET” w Skwierzynie, co utrudnia konkurencję, bowiem uzależnia wykonawców od jednego podmiotu (dostawcy), a przy tym jego wymaganie nie zapewnia Zamawiającemu realnych korzyści w stosunku do rozwiązań oferowanych przez innych dostawców, co tym samym oznacza, że wymaganie Zamawiającego nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego;

2. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 17 ust. 1 PZP przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, tj. wskazanie w Dz II R III pkt 2.12 ppkt 4 SOPZ, że za jedną pełnopłatną akcją na danym zadaniu będzie uznana każda uzasadniona akcja prowadzona tylko przy użyciu pługosyparek, trwająca do 10 godzin, przy zaangażowaniu wszystkich pługosyparek przeznaczonych do realizacji zamówienia na danym zadaniu, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w kolejnym fragmencie (ppkt 6), że w ramach pełnopłatnej akcji wszystkie pługosyparki powinny wykonać minimum jednokrotne odpłuzenie jezdni oraz posypanie lub tylko posypanie jezdni (w zależności od występujących warunków drogowych i pogodowych) niezbędną dawką środków do zapobiegania lub likwidowania śliskości zimowej na długości „trasówki” bez jednoczesnego dookreślenia zasad rozliczania takich akcji zimowego oczyszczania w przypadku, gdy z jakichkolwiek przyczyn akcja zimowego oczyszczania zostanie przeprowadzona przy wykorzystaniu niepełnej liczby pługosyparek (np. w związku z awarią jednej z nich), oraz przy zastrzeżeniu w § 9 ust. 2 pkt 2c Umowy wysokiej kary umownej za każdy przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie zimowym oraz w § 9 ust. 2 pkt 2 m i n kary za prowadzenie akcji zimowego utrzymania niepełną ilością wymaganego sprzętu, co w praktyce może oznaczać, że w przypadku zrealizowania przez wybranego wykonawcę akcji zimowego oczyszczania przy pomocy niepełnej liczby pługosyparek (np. bez jednej z nich), lecz przy pełnym zrealizowaniu celu usługi (oczyszczenia terenu objętego zadaniem, usunięcia zjawiska śliskości zimowej) Wykonawca nie dość, że nie otrzyma żadnego wynagrodzenia, to jeszcze może zostać zobowiązany do zapłaty wysokiej kary umownej, a to pozostaje w sprzeczności z zws, które wymagają, aby wykonawca otrzymał odpowiednie wynagrodzenie, a drobne uchybienia w realizacji usługi nie były karane w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do ich wagi,

3. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 17 ust. 1 PZP przez ustanowienie w § 9 ust. 2 pkt 2 a, c, e, f, g, i, j, k Umowy kar umownych za każdy przypadek nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim, w sezonie zimowym, a także w technologii zamiennej i pozimowego oczyszczania, oczyszczania chodników parkingów ciągów pieszo rowerowych tramwajowych torowisk i pętli tramwajowych w ciągach ulicznych i pętlach i/lub zieleńców w pasie drogowym i/lub ścieżek rowerowych i/lub przejść podziemnych/tuneli, prac w zakresie oczyszczania przystanków, prac w zakresie oczyszczania terenów zewnętrznych, prac w zakresie zimowego utrzymania terenu ścisłego centrum, prac w zakresie mycia nawierzchni terenów utwardzonych, które to postanowienia nie określają zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i są sprzeczne z art. 483 § 1 k.c., a jednocześnie nie pozwalają na wyczerpującą identyfikację wszystkich postaci nienależytego wykonania zobowiązania, których zaistnienie uzasadniałoby powstanie obowiązku zapłaty kar umownych, a tym samym nie umożliwiają oszacowania ryzyka związanego z zapłatą takich kar, przy czym obciążenie wykonawcy ryzykiem niemożliwym do oszacowania na etapie składania oferty stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jest sprzeczne z zws, i winno być uznane za naruszenie swobody umów i nadużycie prawa podmiotowego,

4. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 kc oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy PZP przez ustanowienie w § 9 ust. 2 pkt 2 a, c, e, f, g, i, j, k Umowy rażąco wygórowanych kar umownych za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac w zakresie oczyszczania jezdni w sezonie letnim, prac w zakresie oczyszczania chodników i/lub parkingów i/lub.../, prac w zakresie mycia nawierzchni

terenów utwardzonych (za każdą pozycję adresową z Wykazu), przy zastrzeżeniu, w § 9 ust. 3 pkt 1 i 2 Umowy, że w razie nieusunięcia stwierdzonych uchybień (odpowiednio w wyznaczonym terminie lub w trakcie kolejnej kontroli) kary te wzrosną dwukrotnie (w sumie nawet czterokrotnie), które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody muszą być uznane za rażąco wygórowane, a przez to sprzeczne z zws i na mocy art. 58 § 1 oraz 3531 k.c. winny być uznane za nieważne;

5. art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 PZP przez określenie w rozdziale IV pkt 1.2.3.1. ppkt 4 SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego w zakresie zadania nr 4 - Sektor Fabryczna w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niemożliwiający pełnej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie zapewniający realizacji zamówienia w zakresie tego zadania. Podnosząc zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

2. zmianę treści rozdziału XVII III pkt 8.2 ppkt 1 SOPZ w zakresie wymagań dotyczących koszy standardowych, w taki sposób, żeby zobowiązać Wykonawców, do zapewnienia: koszy o kolorze RAL oraz pojemności odpowiadającej wymogą OPZ, tj. 50 dm³ - 70 dm³, przy jednoczesnym pozostawieniu dowolności w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych, względnie o nakazanie odstąpienie od wymogu fabrycznie nowych koszy i dopuszczenie w ich miejsce koszy używanych,

3. dookreślenie w SWZ zasad rozliczania akcji zimowego oczyszczania, w ramach których nie wszystkie pługosyparki wykonały min jednokrotne odplużenie jezdni oraz

posypanie lub tylko posypanie jezdni,

4. zmianę § 15 ust. 2 pkt 2 a, c, e, f, g, i, j, k Projektu Umowy przez dookreślenie naruszeń, za które będą naliczane przewidziane w tych postanowieniach kary umowne, względnie nakazanie wykreślenie ww. postanowień z Projektu Umowy,

5. zmianę § 15 ust. 2 pkt 2. a, c, e, f, g, i, j, k Projektu Umowy poprzez obniżenie każdej z wymienionych tam kar o połowę,

6. dodanie w pkt 1.2.3.1. ppkt 4) nowej lit. k) „k) myjka wysokociśnieniowa, o której mowa w pkt L) - minimum 4 sztuki.”.

Wymaganie, aby wykonawca dostarczył konkretne kosze uliczne pozostaje w sprzeczności z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP i utrudnia uczciwą konkurencję.

Kosze TORMET nie posiadają żadnego tak innowacyjnego rozwiązania, które by je czyniło bardziej funkcjonalnymi od innych dostępnych na rynku. Celowe jest nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowienia SOPZ w taki sposób, żeby zobowiązać do zapewnienia koszy o kolorze RAL oraz pojemności odpowiadającej wymogą OPZ, tj. 50 dm³ - 70 dm³, przy jednoczesnym pozostawieniu dowolności w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych (nikt poza Tormet nie oferuje rozwiązania z dwoma otworami wrzutowymi).
1.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego niedookreślenia zasad wynagrodzenia za wykonanie akcji zimowego utrzymania niepełną liczbą pojazdów

Zgodnie z postanowieniem Działu II rozdziału III pkt 2.3. ppkt 6) SOPZ, w ramach w ramach pełnopłatnej akcji wszystkie pługosyparki powinny wykonać minimum jednokrotne odplużenie jezdni oraz posypanie jezdni niezbędną dawką środków do zapobiegania lub likwidowania śliskości zimowej na długości tzw. „trasówki”.

Jednocześnie w pkt 2.12 w Rozdziale III Działu II SOPZ Zamawiający określił zasady wypłaty wynagrodzenia za świadczenie usługi zimowego oczyszczania. Wskazał, że:

- w sezonie zimowym wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie dwuskładnikowe, za gotowość techniczną i za prowadzenie akcji oczyszczania jezdni w technologii zimowej,
- za jedną pełnopłatną akcją na danym zadaniu będzie uznana każda uzasadniona akcja prowadzona tylko przy użyciu pługosyparek, trwająca do 10 godzin, przy zaangażowaniu wszystkich pługosyparek przeznaczonych do realizacji zamówienia na danym zadaniu, kolejna akcja może być rozpoczęta dopiero po 10 godzinach od rozpoczęcia akcji poprzedniej,
- w ramach pełnopłatnej akcji wszystkie pługosyparki powinny wykonać minimum jednokrotne odplużenie jezdni oraz posypanie lub tylko posypanie jezdni (w zależności od występujących warunków drogowych i pogodowych) niezbędną dawką środków do zapobiegania lub likwidowania śliskości zimowej na długości „trasówki”, w przypadku

ciągłego opadu odpłuzanie i posypywanie musi być ponawiane z częstotliwością uniemożliwiającą zaleganie śniegu i tworzenie się śliskości zimowej na jezdni,

- w uzasadnionych przypadkach, za zgodą Zamawiającego dopuszcza się przerwanie akcji na poszczególnych „trasówkach” np. w sytuacji, gdy w czasie prowadzenia akcji nastąpiła poprawa warunków atmosferycznych i dalsze prowadzenie akcji byłoby nieuzasadnione; wynagrodzenie za przerwana akcję na poszczególnych „trasówkach” nastąpi w oparciu o cenę jednostkową za faktycznie wykonane prace (ilość m² x cena jednostkowa).

W praktyce oznacza to, że w SOPZ opisany został sposób ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za przeprowadzoną akcję zimowego oczyszczania jedynie dla dwóch przypadków:

- gdy akcja ta zostanie przeprowadzona przy wykorzystaniu wszystkich pługosyparek przeznaczonych do realizacji zamówienia, a w jej ramach każda pługosyparka wykona minimum jednokrotne (pełne) odpłuzenie lub posypanie jezdni,

- gdy w uzasadnionych przypadkach Zamawiający wyrazi zgodę na przerwanie akcji na poszczególnych trasówkach.

Brak jest zapisów odnoszących się do innych przypadków.

Sytuacja taka może obejmować np. przypadek awarii jednego z pojazdów (gdzie pojazd ten nie dokończy swojej trasówki, a wykona ją np. inny z pojazdów (przeprowadzi odpłuzanie lub posypywanie na dodatkowej trasie). W praktyce może to skutkować odmową przez Zamawiającego zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia w takim przypadku - i to nawet w sytuacji, gdy pomimo niepełnego udziału pojazdów (pługosyparek) cel usługi zimowego oczyszczania (usunięcie śliskości zimowej czy zalegającego śniegu) zostanie osiągnięty.

Ponadto zamawiający, obok obowiązku realizowania akcji zimowej przy wykorzystaniu wszystkich zadeklarowanych pojazdów, przewidział wysokie kary umowne: za każdy przypadek nienależytego wykonania usługi.

Takie rozwiązanie ma znamiona podwójnego karania wykonawcy za tożsame uchybienie, a nadto prowadzić będzie do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Tym samym, będzie ono sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (w szczególności z zasadą sprawiedliwości kontraktowej) i jako takie nie może zostać utrzymane.

Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy. Zgodnie z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, zgodnie zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy, ogólne warunki umowy albo wzór umowy. Uprawnienie Zamawiającego nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może swego prawa nadużywać. Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego został osiągnięty. Zamawiający przewidział niezwykle szeroki katalog kar umownych wobec Zamawiającego. Katalog składa się z 71 przesłanek, znaczna część swym zakresem obejmuje cały szereg okoliczności faktycznych, w wielu przypadkach określonych nieprecyzyjnie. Wskazać należy, że przywołane w petitum odwołania przesłanki kar umownych określono nieprecyzyjnie, co znacznie utrudnia identyfikację sytuacji, w których karty mogłyby zostać naliczone, wysokość została ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone.

Postanowieniem § 9 ust. 2 pkt 2 a, c, e, f, g, i, j, k Umowy Zamawiający zastrzegł obowiązek zapłaty przez Wykonawcę kar „za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac, za każdy dzień, z wyłączeniem przypadków określonych powyżej”.

Przypadki zostały określone w sposób niezwykle szeroki - powodujący, że w istocie każde, najdrobniejsze odstępstwo od zapisów umowy bądź SOPZ w zakresie odnoszącym się do poszczególnych prac mogłoby powodować naliczenie kary. To oznacza, że przywołane postanowienia nie identyfikują przypadków, które są obwarowane sankcją kary umownej. Postanowienia § 9 ust. 2 pkt 2 /jw./, jako wprowadzające de facto ogólny obowiązek zapłaty kary umownej (za uchybienie któremukolwiek wymaganiu czy postanowieniu umowy, jako sprzeczne z art. 483 k.c. oraz sprzeciwiające się naturze zobowiązania do zapłaty kary umownej należy uznać za niedopuszczalne i nieważne na mocy art. 58 § 1 k.c.

Wskazane postanowienia są sprzeczne z zws, nakładają na wykonawcę ryzyko zapłaty kar, które na etapie kalkulacji oferty jest wręcz niemożliwe do oszacowania. Wykonawca nie jest w stanie ustalić przypadków, w których kary mogą być naliczone. Postanowienia wskazane jako sprzeczne z istotą kary umownej wynikającą z treści art. 483 k.c., naruszające zasady

współżycia społecznego i stanowiące przejaw nadużycia prawa podmiotowego Zamawiającego winny zostać wykreślone.

Kara umowna ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi między stronami i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Pełni szereg funkcji wynikających z przepisów prawa i opisanych w literaturze. Kary wskazane mają charakter kar rażąco wygórowanych. Ich wysokość została ustalona w całkowitym oderwaniu od potencjalnej szkody. Wysokość kar znacząco przekracza wartość wynagrodzenie, jakie Zamawiający obecnie wypłaca z tytułu czynności oczyszczania. Odwołujący przedstawił zestawienie wysokości kar umownych z wynagrodzeniem obecnie wypłacanym Odwołującemu. Zestawienie obrazuje, że wysokość większości z kar jest jednostkowo wyższa aniżeli wynagrodzenie za czynności, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi podstawę zapłaty kary.

Przedmiotowe kary winny zostać obniżone, zasadne jest obniżenie kar o połowę celem dostosowania do rzeczywistej szkody i wartości świadczeń, za które kary te są naliczane. Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu. W pkt 1.2.3.1. ppkt 1 - 5 SWZ określono warunek udziału dotyczący zdolności technicznej w zakresie dysponowania sprawnymi technicznie urządzeniami, odrębnie dla każdego z pięciu zadań. W zakresie zadania 4 (sektor Fabryczna) zamawiający wymaga wykazania się dysponowaniem wymienionymi pojazdami.

Wśród pojazdów i urządzeń nie została wymieniona myjka wysokociśnieniowa równie niezbędna, jak w pozostałych zadaniach. Celowym jest uzupełnienie warunku udziału dla zadania 4 o wymaganie dotyczące dysponowania minimum 4 myjkami wysokociśnieniowymi (analogicznie, jak w przypadku porównywalnych sektorów).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. nie uznał zarzutów odwołania, wnosząc o jego oddalenie w całości i wskazał, co następuje.

1) odnośnie zarzutu nr 1:

W swoim piśmie Odwołujący stawia zarzut, iż opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, charakteryzując produkt dostarczany przez konkretnego dostawcę, co może prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego dostawcy i wyeliminowania innych dostawców. Według wiedzy Odwołującego wymagania opisane w SOPZ spełniają kosze uliczne oferowane tylko przez jednego dostawcę Pana Z. B. firma „TORMET”. Zdaniem Odwołującego wymagania co do kosza ulicznego nie zapewniają Zamawiającemu realnie korzyści w stosunku do rozwiązania oferowanych przez innych dostawców, co oznacza, że wymagania te nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Zamawiający wskazuje, że zarzut ten jest nieprawdziwy. Kosze identyczne z obecnie wykorzystywanymi w mieście i opisanymi w SOPZ, są dostępne w sprzedaży w wielu sklepach, w cenach zróżnicowanych ze względu na potencjalną wysokość zamówienia. Poniżej przedstawione są przykładowe oferty pozyskane przez Zamawiającego w ramach zapytania mailowego (mail p. T. Ś. z dnia 21.09.2021 r.) skierowanego do firm: eko 24, ecomarket, Parkaria, ABRYS Technika Sp. z o.o., a także korespondencja z tymi firmami i otrzymane oferty.

Zamawiający zwrócił się też z zapytaniem do producentów koszy o możliwość wykonania kosza zgodnego z opisem wskazanym w specyfikacji zamówienia (mail p. T. Ś. z dnia 21.09.2021 r. poniżej). W odpowiedzi od jednego z nich otrzymano zapewnienie o istnieniu takiej możliwości (mail p. Ł. Z. firma Inoplex z dnia 22.09.2021 r. poniżej).

Nieprawdziwy jest zatem zarzut Odwołującego, że wymagany w specyfikacji kosz jest dostępny wyłącznie u jednego dostawcy. Wykazane przez Spółkę dane potwierdzają dostępność u producentów oraz w sklepach mogących zrealizować zamówienie na wspomniany kosz.

Ponieważ całość zarzutu Odwołującego oparta jest na założeniu, że istnieje jeden producent koszy, a jak wskazano wyżej, założenie to jest całkowicie błędne, uznać zatem należy, iż zawarty w odwołaniu wywód dotyczący sprzeczności opisu przedmiotu zamówienia z art. 99 ustawy Pzp jest bezzasadny.

Zamawiający wyjaśnia, iż nie dopuszcza możliwości realizacji umowy, to jest udostępnienia koszy ulicznych, poprzez udostępnienie koszy już używanych, które znajdowały się na terenie miasta, w ramach ich przejęcia/odkupienia od dotychczasowego wykonawcy, z uwagi na fakt, iż kosze te umieszczone są w miejscach publicznie dostępnych i często są przedmiotem aktów wandalizmu, wobec czego znajdują się w bardzo różnym stanie

technicznym.

Przedstawiono korespondencję mailową z przykładowymi dostępnymi do sprzedaży kosztami spełniającymi wymagania Zamawiającego.

2) odnośnie zarzutu nr 2:

Odwołujący stawia zarzut, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany został w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, gdyż w SOPZ dział II rozdział III punkt 2.12. ppkt 4 opisującym jedną pełną płatną akcją zimową nie zostały określone zasady rozliczania takich akcji zimowego oczyszczania, w przypadku gdy z jakiegokolwiek przyczyny akcja zimowego oczyszczania zostanie przeprowadzona przy wykorzystaniu niepełnej liczby pługosyparek, na przykład w związku z awarią w jednej z nich, co zdaniem Odwołującego w praktyce oznacza, że w przypadku zrealizowania przez wykonawcę akcji zimowego oczyszczania przy pomocy niepełnej liczby pługosyparek, lecz przy pełnym zrealizowaniu celu usługi, wykonawca nie dość, że nie otrzyma żadnego wynagrodzenia, to jeszcze zostanie zobowiązany do zapłaty kary umownej, a to zdaniem Odwołującego pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, gdyż za wykonane prace należy się wynagrodzenie, a drobne uchybienia w realizacji usług nie mogą być karane w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do ich wagi.

Odwołujący zarzuca, iż w dokumentacji postępowania dotyczącej zasad rozliczenia za wykonanie akcji zimowych brak jest uwzględnienia sytuacji, kiedy na przykład w wyniku awarii jednego z pojazdów nie wykona on pełnej „trasówki”, ale prace te wykona inny pojazd, co może prowadzić do sytuacji, że pomimo niepełnego udziału pojazdów cel usługi zimowego oczyszczania zostanie osiągnięty.

Zamawiający w SWZ rozdz. IV pkt 1.2.3.1 określił minimalną ilość sprawnego sprzętu, jakim winien dysponować Wykonawca. Wykonawca, posiadając wymagane w SWZ doświadczenie w realizacji usług związanych z zimowym utrzymaniem jezdni winien przewidzieć możliwość awarii sprzętu i wprowadzenia do akcji pojazdów zastępczych, posiadających parametry techniczne nie gorsze od wymaganych w SWZ. Pojazdy te powinny być zgłoszone Zamawiającemu. Zamawiający wymaga, aby w akcji brały udział wszystkie dostępne na zadaniu pługosyparki i pierwsze odplużenie jezdni na całej szerokości oraz posypanie niezbędną dawką soli zwilżonej solanką nastąpiło w czasie do 3 godzin, licząc od stwierdzenia zjawiska, oraz aby prowadzone działania osiągnęły w jak najszybszym możliwym terminie wymagany standard, ze względu na znaczenie zapewnienia bezpieczeństwa ruchu kołowego na zleconych jezdniach do zimowego utrzymania.

Stawiany przez Zamawiającego wymóg, aby w ramach pełnopłatnej akcji wszystkie pługosyparki wykonały mln. Jednokrotne odplużenie jezdni oraz posypanie jezdni na długości „trasówek”, jest podyktowane koniecznością zapewnienia jak najkrótszego czasu reakcji na warunki atmosferyczne, co jest możliwe do wykonania tylko jeżeli wszystkie pojazdy w jednym czasie rozpoczną wykonywanie akcji. Również w technologii wykonywania prac (SOPZ Dział II Rozdział III pkt 2.3.) Zamawiający zwraca uwagę, iż wymaga, aby wszystkie pojazdy rozpoczęły pracę na swoim rejonie w ciągu godziny licząc od wydania dyspozycji przystąpienia do akcji. Tylko taki sposób działania gwarantuje bowiem sprawne i możliwie najszybsze usunięcie zagrożenia z jezdni. Jak wyżej wskazano, Zamawiający wymóg ten połączył z warunkami udziału w postępowaniu oczekując udziału w postępowaniu właśnie wykonawców, którzy będą dysponowali odpowiednim potencjałem technicznym. Wykonawca powinien dysponować samochodami zastępczymi i w przypadku wystąpienia awarii dokonać zmiany pojazdu zgodnie z opisanymi wyżej zasadami.

Wykonawca jako profesjonalista, zobowiązany jest tak zorganizować park maszynowy i samochody zastępcze, aby zawsze przystąpić do realizacji akcji pełnym składem pojazdów.

3) odnośnie zarzutów nr 3 i 4:

Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353 1 kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego

celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, ma także prawo obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy. Ocena instytucji kar umownych pod kątem wysokości i przesłanek zastosowania następuje na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Nie ma możliwości, aby wystąpiła sytuacja nierównego traktowania wykonawców. Wykonawca w przypadku rzeczywistego

wystąpienia sytuacji nadużycia przez zamawiającego kar umownych może korzystać z uprawnień określonego w kodeksie cywilnym. Zamawiający wskazuje, że biorąc pod uwagę funkcje, jakie pełni kara umowna, tj. kompensacyjna w zakresie szkody materialnej, też wizerunkowej, instytucjonalnej i funkcja gwarancyjna, oraz z uwagi na skomplikowany charakter usługi, tylko w ten sposób można zrealizować obowiązek zapewnienia należytej realizacji zadania. Wykonawca realizujący usługi nie będzie obciążony karami. Kary w proponowanej wysokości są już stosowane w realizowanych aktualnie umowach i stwierdza się liczne nieprawidłowości skutkujące ich naliczeniem (zestawienie kar przedstawiono w tabelach. Zamawiający chce uniknąć sytuacji, w której wykonawca będzie bardziej skłonny do poniesienia kary, niż do podjęcia prac. Przeciwnie do poglądu w odwołaniu, zamawiający dąży do tego, aby wykonawcy nie dokonywali odpowiedniej priorytetyzacji podejmowanych działań, ale dotrzymali wszystkich wymagań określonych w umowie.

W zakresie zarzutu 4 zamawiający stwierdził, że wskazane przez odwołującego w tabeli kwoty wynagrodzenia za daną czynność, co do kar określonych w pod lit. „i” oraz „k” są błędne. Przeprowadzone przez odwołującego porównanie kar do wynagrodzenia za dane czynności jest niewiarygodne i nie potwierdza stawianych zarzutów. Zdaniem Zamawiającego chybione jest porównywanie wysokości kar do wysokości wynagrodzenia wynikającego z cen jednostkowych wskazanych w ofercie, bowiem to wykonawcy ustalają i wskazują samodzielnie ceny jednostkowe za realizację zadań, wiedząc na jakim poziomie są ustalone kary umowne (umowa jest załącznikiem do SWZ). Zamawiający dokonał porównania, w oparciu o obecnie funkcjonującą umowę, wysokości wynagrodzenia z wysokością naliczonych kar umownych, na przestrzeni roku. Z porównania w sposób jednoznaczny wynika, iż naliczane kary umowne stanowią tylko minimalny procent wypłacanego wykonawcy wynagrodzenia.

Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, zarówno zarzut 3, jak i 4, odnoszące się do kar umownych, uznać za należyte za bezzasadne i oddalić odwołanie w tym zakresie.

4) Zamawiający wyjaśnia, iż przy ustalaniu minimalnej ilości wymaganego sprzętu kierował się zakresem przewidzianych do wykonania usługi, tj.: częstotliwość i zakres mycia posadzek i schodów w przejściach podziemnych na terenie zadań nr 1, 2, 3 i 5, mycia nawierzchni kamiennych na chodnikach, placach i jezdniach na terenie zadania nr 1, na peronach przystankowych Ronda Reagana na terenie zadania nr 2. Natomiast na zadaniu nr 4 harmonogram oczyszczania przejść tunelowych nie przewiduje mycia posadzek i schodów, stąd stawianie wymogu posiadania czterech myjek wysokociśnieniowych byłoby zdaniem Zamawiającego nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Sygn. akt KIO 2724/21

Odwołujący: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. Wrocław wniósł odwołanie w postępowaniu wobec treści specyfikacji warunków zamówienia i załączników. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4, art. 134 ust. 1 pkt 4, pkt 17, pkt 20, art. 16 p.z.p. oraz art. 5, art. 3531 i art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i dokumentów zamówienia w sposób wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty oraz ułożenie treści stosunku prawnego, w tym sformułowanie zasad wynagradzania wykonawcy w sposób sprzeciwiający się zasadom współzycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy w zakresie w jakim we wzorze formularzy dla poszczególnych zadań „Zestawienie kosztów zadania” (załącznik nr III A - III E) nie przewidziano jednostkowych stawek wynagrodzenia za poszczególne istotne kosztotwórczo elementy zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę i prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania, a także uniemożliwia uzyskanie wynagrodzenia za zrealizowane prace na etapie realizacji zamówienia

2. art. 240 ust. 1 i 2, art. 134 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 16 pzp przez wadliwe sporządzenie swz w zakresie określenia ceny, gdyż Zamawiający przewidział w „Zestawieniu kosztów zadania”, tj. w załącznikach nr III A - III E, że cena jednostkowa - wartość netto za gotowość techniczną (pozycja nr 1) nie może być wyższa niż 5% sumy netto wynagrodzenia za zamówienie podstawowe, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę i prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, co następuje.

1. Stosownie do § 7 ust. 2 projektu umowy Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie

wynikające z iloczynu zakresu i krotności wykonanych prac oraz jednostkowych cen określonych w Zestawieniu kosztów zadania stanowiącym. Zamawiający nie przewidział w formularzach odrębnej pozycji za usuwanie padłych zwierząt lub przyjął formułę wynagrodzenia nieuwzględniającą wszystkich elementów - w zakresie rozliczenia za prace interwencyjne, co prowadzi do sytuacji, w której wykonawca zobligowany będzie zrealizować określone prace i ponieść związane z ich realizacją koszty bez możliwości uzyskania wynagrodzenia stanowiącego ekwiwalent prac. W zakresie prac interwencyjnych w rozdziale XIV.3 SWZ Zamawiający przyjął, że wynagrodzenie za prace interwencyjne rozliczane będzie na podstawie kosztorysu powykonawczego. W „Zestawieniu kosztów zadania” Zamawiający skalkulował wynagrodzenie za prace interwencyjne w wszystkich pięciu zadaniach na kwotę 288.000,00 zł w każdym zadaniu. Przyjęty sposób nie uwzględnia wszystkich elementów tej części zamówienia. Wykonawca wnosi o nakazanie dokonania modyfikacji dokumentów pkt XIV.7 SWZ i formularzy „Zestawienie kosztów zadania”, tj. zał. III A- III E, w sposób, który pozwoli na dokonanie rozliczenia także za pozostawianie przez wykonawcę w gotowości do niezwłocznego przystąpienia do realizacji prac interwencyjnych. Podobnie zasadnym jest dodanie w formularzu cenowym dodatkowej pozycji za usuwanie padłych zwierząt. Szczegółowo obowiązki wykonawcy w tym zakresie określone zostały w dziale - „Usuwanie padłych zwierząt”, jednakże w formularzach „Zestawienie kosztów zadania”, tj. zał III A - III E, brak osobnej pozycji cenowej odnoszącej się do tego elementu. Odwołujący wnosi o nakazanie dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia, w szczególności „Zestawienia kosztów zadania”, tj. załączników nr III A - III E przez uzupełnienie go o dodatkową pozycję - cena jednostkowa za usuwanie padłych zwierząt.

2. Naruszenie art. 240 ust. 1 i 2, art. 134 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 16 pzp przez wadliwe sporządzenie swz w zakresie dotyczącym określenia ceny, gdyż Zamawiający przewidział w „Zestawieniu kosztów zadania”, tj. w zał III A - III E, że cena jednostkowa - wartość netto za gotowość techniczną (pozycja nr 1) nie może być wyższa niż 5% sumy netto wynagrodzenia za zamówienie podstawowe, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę i prowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Zamawiający sprecyzował, że Każdy z Wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę na dane zadanie i nie może jej zmienić. W „Zestawieniu kosztów zadania”, Zamawiający zastrzegł, że cena jednostkowa - wartość netto za gotowość techniczną (poz 1) nie może być wyższa niż 5% sumy netto wynagrodzenia za zamówienie podstawowe. Taki opis sposobu obliczenia ceny nie odpowiada istocie postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wykonawca, określa cenę, w tym także poziom cen jednostkowych.

Zamawiający nie jest uprawniony do określania górnych limitów, czy jakichkolwiek przedziałów, w których winna mieścić się cena, w tym cena jednostkowa, zaoferowana przez wykonawcę. Zapisy dokumentacji postępowania są niezgodne z obowiązkiem umożliwienia wykonawcy złożenia rzetelnej i bazującej na faktycznych kosztach oferty. Wymogi określone przez Zamawiającego, ograniczające możliwość określenia ceny na poziomie innym niż max.

5% wartości całego wynagrodzenia, stoją w jawnej sprzeczności z pkt 7 rozdziału XIV SWZ, który stanowi, że „ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty /.../”

Ingerencja Zamawiającego w ofertę wykonawcy, sprowadzająca się do wymuszenia zachowania przewidzianej przez Zamawiającego proporcji w ustaleniu ceny jednostkowej za gotowość techniczną zamiast uwzględnienia rzeczywistych kosztów realizacji tej usługi, może doprowadzić do sytuacji, w której ceny jednostkowe wskazane w ofercie mogą nosić znamiona ceny rażąco niskiej i skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez wykonawcę. Takie działanie Zamawiającego narusza konkurencyjność, jako że to cena jest głównym elementem konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Podkreślić należy, że w tym postępowaniu Zamawiający przypisał cenie aż 80% wagi w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia, w szczególności „Zestawienia kosztów zadania”, tj. załączników III A - III E poprzez wykreślenie zapisów oznaczonych * - zakładających, że wartość netto w kolumnie 10 Gotowości technicznej z pozycji nr 1 nie może być wyższa niż 5% kwoty z pozycji określającej sumę netto za zamówienie podstawowe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. nie uznał zarzutów odwołania, wnosząc o jego oddalenie.

1) Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołania w zestawieniu z ich z uzasadnieniem nie pozwalają de facto określić czynności, które są kwestionowane, ani nie pozwalają powiązać

podstaw odwołania z czynnościami opisywanymi w samym odwołaniu.

2) odnośnie zarzutu nr 1a. Odwołujący nie kwestionuje w jakimkolwiek stopniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby, że Wykonawca nie wie lub nie może ustalić, jakie usługi i prace ma wykonać, jakie są parametry tych prac/usług, czy też jakie są ich spodziewane rozmiary. Odwołujący nie przedstawił logicznego i prawnie uzasadnionego związku pomiędzy brakiem odrębnej wyceny kosztów wykonania określonych usług/prac a naruszeniem ustawy pzp. Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób naruszono prawo, zwłaszcza jeżeli każdy z wykonawców adekwatnie do swoich właściwości może te koszty skalkulować.

Prace interwencji są rozliczane wg Sekocenbudu za wykonane prace, natomiast dyżury dla realizacji prac interwencyjnych, gotowość specjalistycznego sprzętu czy koszty związane z zakupieniem używanych środków wykonawca powinien uwzględnić w cenach jednostkowych, zgodnie z zapisami SWZ rozdz. XIV pkt 7. Brak podstaw do tego, aby choćby domniemywać naruszenie przepisów Pzp przez Zamawiającego. Przeciwnie uzasadnienie odwołania wskazuje, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami oraz przewidział wynagrodzenie wykonawcy za wszystkie usługi/prace, które ten wykona na jego rzecz, z uwzględnieniem kosztów poniesionych na ten cel. Wskazano na tabelę 1 do 6 z ilością zleceń interwencyjnych zrealizowanych na podstawie wskazań jednostek gminnych na podstawie bieżącej umowy, dla Gminy oraz z podziałem na zadania nr od 1 do 5 (załączniki).

3) odnośnie zarzutu nr 1b: Ze względu, że umowa na całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław jest usługą kompleksową, wolą Zamawiającego jest, aby usługa usuwania padłych zwierząt nie była rozliczana odrębnie, ale jako element innych usług. W złożonej tabeli przedstawiono zestawienie ilości odpadów zebranych w okresie 12 miesięcy w obecnie realizowanej umowie.

4) odnośnie zarzutu nr 2. Wbrew twierdzeniom odwołania zamawiający nie wprowadził górnej granicy ceny, a jedynie określił procentowo — adekwatnie do zakresu i charakteru przedmiotu zamówienia — stosunek jednej z pozycji cenowych do innej, przy czym co oczywiste - ostateczna wysokość ceny pozostaje w dyspozycji wykonawcy składającego ofertę. Wprowadzenie limitu wyrażonego proporcją wartości pomiędzy wynagrodzeniem za gotowość techniczną a wynagrodzeniem za zamówienie podstawowe podyktowane jest wyjątkowym charakterem wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy za gotowość techniczną. Zamawiający nie jest zobligowany do płacenia gotowości technicznej. Konieczność tej pozycji w zestawieniu kosztów podyktowana została m.in. warunkami klimatycznymi związanymi z trudną do oceny sytuacją meteorologiczną na terenie objętym przedmiotem zamówienia.

Zarzut dotyczący mocno zawyżonej liczby akcji sprowadza się do zmian klimatycznych, a zamawiający wychodząc naprzeciw wykonawcom, wprowadził system rozliczania zimowego poprzez gotowość techniczną, która to nie może stanowić podstawy rozliczenia umowy zobowiązania rezultatu i musi być wartością ograniczoną.

W tabeli wskazano stosunek gotowości technicznej do wartości jednej akcji zimowego oczyszczania na jezdniach zaliczonych do I kolejności zimowego utrzymania w skali 1 miesiąca.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania w zakresie podtrzymanych przez odwołujących zarzutów, nie zasługują na uwzględnienie.

KIO 2696/21

W zakresie postawionego warunku dotyczącego potencjału osobowego i doświadczenia wymaganego od pracowników przewidzianych do wykonywania czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia warunek uznać należy za uzasadniony. W treści opisu przedmiotu zamówienia został określony zakres prac przewidywanych w odniesieniu do pracowników terenów zewnętrznych, gdzie wskazano m.in. że prace powinny być wykonywane w sposób zapewniający utrzymanie czystości i porządku w sposób mechaniczny lub ręcznie oraz wskazano obiekty przewidziane do sprzątnięcia.

Co do warunku w zakresie zdolności technicznej, w specyfikacji określono minimalny poziom zdolności technicznej wykonawcy gwarantujący zapewnienie realizacji zamówienia. Zamawiający zawarł szczegółowy wykaz pojazdów, których dysponowaniem wykonawca

winien się legitymować, aby wykazać spełnienie warunku. Biorąc pod uwagę powyższe, łączne warunki udziału w postępowaniu, zrozumiałe jest, iż wymóg posiadania personelu, tj. kierowców/operatorów pojazdów oraz wymóg posiadania określonych pojazdów dotyczy osób posiadających uprawnienia pozwalające na wykorzystanie tego konkretnego zaplecza sprzętowego w toku realizacji umowy. Uzasadniona jest opinia, iż postawienie warunku dysponowania określoną ilością osób na dzień składania oferty pozwala ocenić realny, a nie doraźny, potencjał wykonawcy wskazujący na możliwość realizacji zamówienia, również w zakresie jego umiejętności związanych z organizacją pracy zespołu osób, pracy wykonywanej w systemie zmianowym, umiejętności przeszkolenia, zapewnienia warunków pracy wymaganych przepisami prawa. Fakt posiadania zasobu osobowego jest również dowodem na posiadanie określonego doświadczenia w wykonywaniu usług. W konsekwencji uznać należy, że żądanie wykreślenia postawionego warunku dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia jest niezasadny i tym samym kwestionowany wymóg nie jest nadmierny, zwłaszcza że wymaga się przedstawienia minimalnego potencjału osobowego.

Wymagane doświadczenie w mechanicznym oczyszczaniu i zmywaniu jezdni ocenione zostało przez odwołującego jako nieproporcjonalne i zmierzające do ograniczenia konkurencji, z uwagi na fakt, że wykonawca, który posiada doświadczenie nabyte w ramach osobnych zamówień jest w takim samym stopniu zdolny do wykonania zamówienia, jak ten, który zrealizował to w ramach jednego zamówienia. Skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego, że kompleksowy charakter przedmiotowej usługi uzasadnia celowość postawienia wymogu doświadczenia w zakresie mechanicznego oczyszczania i zmywania realizowanego w jednej umowie. Przemawia za tym sposób realizacji usługi cyklicznej wykonywanej w powtarzalnej sekwencji z założoną z góry częstotliwością, co wymaga zarówno przygotowania sprzętowego, jak i organizacyjnego. Tym samym, wymóg nie jest wygórowany powinien być uznany za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wobec wyjaśnień zamawiającego dotyczących pojemników na odpady, którymi są zarówno kosze, jak i kontenery, zarzut i żądanie doprecyzowania opisu uznać należy za bezzasadny i bezprzedmiotowy wobec uregulowania tych kwestii w dokumentacji postępowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku wyszczególnienia stawek jednostkowych dla rozliczenia usługi związanej z usuwaniem padłych zwierząt w formularzu ofertowym przypomnieć należy, że sposób obliczenia ceny, stosownie do postanowień art. 134 pkt 17 ustawy pzp, jest kompetencją zamawiającego, którą realizuje on formułując postanowienia specyfikacji warunków zamówienia. Oczekiwanie zamawiającego, by przedmiotowa usługa była wykonywana w ramach całego przedmiotu zamówienia i tych ramach skalkulowana zostało jednoznacznie przedstawione jako wola, by usługa usuwania padłych zwierząt nie była rozliczana odrębnie, ale jako element innych usług. Formuła taka jest stosowana przez zamawiającego w kolejnych latach zlecenia usług i brak jest podstaw do twierdzenia, by w bieżącym postępowaniu miała znamiona przepisów prawa wskazanych przez odwołującego. W zarzucie nr 9 odwołujący kwestionuje zasady naliczania kar umownych i ich wysokości, wskazując, że w jego opinii są one nadmierne w stosunku do przewinienia lub szkody, co powoduje, że przekraczają granicę swobody umów i obarczają wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych, a także są one nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzi do nadużycia pozycji przez Zamawiającego oraz jego nieuzasadnionego wzbogacenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia każdej z wymienionych kar o połowę.

Wskazane żądanie, w ocenie Izby, pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych. W istocie sformułowanie żądania stanowi potwierdzenie dla przyjętych przez zamawiającego naruszeń uzasadniających naliczenie kar umownych, jak i proporcji między wielkością naruszeń a wysokością kary, z tym tylko zastrzeżeniem, że w ocenie odwołującego kary przewidziane przez zamawiającego są dwa razy za wysokie.

Sygnalizując jedynie funkcję kar umownych stosowanych w obrocie, w tym kompensacyjną i prewencyjną skład orzekający zauważa, że w sprawie zamówienia publicznego zastrzeżenie kar umownych leży po stronie zamawiającego który ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, także obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany. Należy także zauważyć, że ocena instytucji kar umownych pod kątem wysokości i przesłanek zastosowania następuje de facto na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Kolejne spostrzeżenie, to fakt, że wartości kar umownych dla wszystkich wykonawców będą takie same, nie ma więc możliwości nierównego traktowania wykonawców.

Jednocześnie, zakładając hipotetycznie, że postanowienia wzoru umowy regulujące kwestie kar umownych, naruszają przepisy ustawy wskazane przez odwołującego, istotne są wątpliwości co do kompetencji Izby w świetle przepisów ustawy. Stosownie bowiem do art.

554 ust. 3 pkt c ustawy pzp Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami, a jednocześnie stosownie do ustępu 6 tego artykułu „Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.” Z cytowanego przepisu nie wynika jednoznacznie, czy dotyczy on wyłącznie umowy zawartej, czy również projektowanej.

KIO 2723/21

Odnosnie odwołania wniesionego przez FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. wskazać należy, co następuje.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wymaganych parametrów koszy ulicznych przyznać należy rację odwołującemu, że wymagany produkt w czasie bieżącym pochodzi od konkretnego wskazanego producenta, a jest dostępny w ofercie producenta oraz innych dostawców/sprzedawców. Jednocześnie nie jest wykluczone wyprodukowanie koszy o ustalonych parametrach przez innych wykonawców, na którą to okoliczność stosowny dowód przedstawił zamawiającego. W takich okolicznościach nie ma podstaw do twierdzenia o monopolu na przedmiotowy produkt, uniemożliwiającym wykonawcom dostęp do zamówienia.

W sprawie wymogu pełnej dostępności sprzętu do zimowego utrzymania jezdni, skład orzekający uznaje wymóg określony w rozdz. IV pkt 1.2.3.1 swz jako uzasadniony potrzebami zamawiającego, a rzeczywistości wspólnoty samorządowej, w tym w szczególności względami bezpieczeństwa ruchu na drogach miasta. Profesjonalny wykonawca, przy znanym i wymaganym potencjale sprzętowym musi zapewnić wykonanie zamówienia również w okolicznościach przewidywalnych awarii.

Odnosnie zarzutu dotyczącego kwestionowanych kar umownych przewidzianych w projekcie umowy Izba odsyła do stanowiska powyżej, w zakresie rozstrzygnięcia i oceny analogicznego zarzutu w sygn. akt KIO 2696/21.

Zarzut pominięcia w postawionym warunku udziału w postępowaniu dla zadania nr 4 — Fabryczna, dysponowania myjkami wysokociśnieniowymi, podczas gdy tego rodzaju sprzęt jest tak samo niezbędny, jak dla realizacji pozostałych zadań, nie może być uwzględniony. Niezależnie od rzeczywistych potrzeb zamawiającego, żądanie wprowadzenia dodatkowego warunku przedmiotowego w sposób oczywisty prowadzi do ograniczenia konkurencji w sposób najprawdopodobniej sprzyjający możliwościom odwołującego się wykonawcy, a jednocześnie bez dowodu niezbędności wskazanego urządzenia.

Ewentualne zaniżenie warunku udziału w postępowaniu nie ogranicza dostępu do zamówienia, przeciwnie, umożliwia szerszą konkurencję w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też taka sytuacja nie może być kwalifikowana jako naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W sprawie zarzutów odwołania Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. skład orzekający stwierdził, co następuje.

Odnosnie uwag ogólnych podzielić należy jako zasadne spostrzeżenie zamawiającego iż odwołujący nie zakwestionował ogólnych postanowień opisu przedmiotu zamówienia i nie ma wątpliwości co do cech i warunków świadczenia usług, będących przedmiotem zamówienia; z treści odwołania nie sposób wywieść w jakim zakresie i w jaki sposób opis przedmiotu zamówienia nie spełnia ustawowych wymagań. W szczególności odwołujący odnosi się do art. 16 pzp, który statuuje ogólne zasady przygotowania i prowadzenia postępowania; z treści odwołania nie wynika jednak, które czynności zamawiającego i w jaki sposób spowodowały naruszenie tych zasad. Wskazanie na zasady kontraktowania w kodeksie cywilnym również nie zostało skonkretyzowane w ocenianych postanowieniach swz.

Zarzuty odwołania w zestawieniu z ich uzasadnieniem nie pozwalają określić kwestionowanych czynności zamawiającego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego kalkulacji wynagrodzenia za prace interwencyjne bez wykazania kosztów rzeczowych i osobowych pełniących dyżurów należy zauważyć, że odwołujący nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby, że Wykonawca nie wie lub nie może ustalić, jakie usługi i prace ma wykonać, jakie są parametry tych prac, czy też ich spodziewane rozmiary. Odwołujący oczekuje, że zamawiający przewidywać będzie odrębne wynagrodzenia za koszty wykonania określonych usług/prac, niezależnie od wynagrodzenia za te usługi/prace. W ocenie składu orzekającego zamawiający zasadnie opisał przedmiot zamówienia w sposób precyzyjny i zobowiązał się do zapłaty za faktycznie wykonane usługi/prace. Nie miał i nie ma obowiązku przewidywać

wypłaty dodatkowego wynagrodzenia za czynności warunkujące wykonanie określonych zamówionych prac, w tym w szczególności zrozumiałych i przewidywalnych dla profesjonalisty kosztów powiązanych, także pozostawania w gotowości do pełnienia usług. Wykonawca przy uwzględnieniu własnego sposobu organizacji pracy, systemu czasu pracy, doświadczenia, powinien uwzględnić wedle własnej oceny koszty i ryzyka wykonywania przedmiotu zamówienia. Niesporne jest, że zamawiający nie przewidział w przypadku prac interwencyjnych odrębnego wynagrodzenia za koszty prawidłowego wykonywania zamówienia, co jest zgodne z prawdą, lecz ta niesporna okoliczność nie prowadzi do wniosku, w jaki sposób narusza to prawo, zwłaszcza jeśli każdy z wykonawców adekwatnie do swoich właściwości może i powinien te koszty uwzględnić. Przyjęty sposób rozliczania prac nie eliminuje uwzględnienia wszystkich przewidywanych kosztów w cenie oferty.

W tym świetle brak jest podstaw do tego, przyznać rację odwołującemu, że nastąpiło naruszenie przepisów ustawy pzp przez zamawiającego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego cen, kosztów i rozliczenia za usuwanie padłych zwierząt skład orzekający odsyła do rozstrzygnięcia tożsamesgo zarzutu w sprawie z odwołania o sygn. akt KIO 2696/21 podtrzymując stanowisko o niezasadności zarzutu.

Odnosnie kalkulowania ceny oferty jako całości ze wskazaniem proporcji w cenie kosztów pomiędzy wynagrodzeniem za gotowość techniczną a wynagrodzeniem za zamówienie podstawowe Izba uznaje, że wskazana w swz zasada jest dopuszczona przepisem art. 134 pkt 17 ustawy pzp sposobem obliczenia ceny, który podaje zamawiający zainteresowanym wykonawcom. Przy zrozumiałych naturalnie odmiennych interesach stron kontraktu, zauważyć należy, że szczególny charakter zamówienia służącego zaspokojeniu potrzeb potrzeb o charakterze celu publicznego, uzasadnia prymat wynagradzania za rzeczywiste świadczenie usługi przed gotowością do jej świadczenia niezależnie od faktu, że zamawiający nie jest zobligowany do opłacania samej gotowości technicznej, jakkolwiek jest to element naturalnie mieszczący się w przedmiocie zamówienia.

W konkluzji stwierdzić należy, że zarzuty trzech rozpatrywanych łącznie odwołań nie potwierdziły się.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r, poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: