

Sygn. akt: KIO 2358/22

## WYROK

z dnia 23 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziątek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2022 r. przez

Odwołującego - MEGA-WAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Magiera 25/Parter, 01-856 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1, 45-594 Opole

przy udziale

Wykonawcy - Megatherm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wrocławska 38, 45-701 Opole zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów, których Odwołujący nie podtrzymał w związku ze zmianą postanowień swz dokonaną przez Zamawiającego w dniu 21.09.2022 r., stanowiącą reakcję na część zarzutów odwołania i żądań z liter: b, c, e, f, h, j-l.
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów i żądań opisanych w literach: a, d, g, i, m odwołania.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 2358/22

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Miejski Zarząd Dróg w Opolu na „oczyszczanie miasta w zakresie: „całoroczne oczyszczanie pasów drogowych miasta Opla w tym chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych, rond oraz przejść podziemnych” (nr ref. NP.260.34.2022.P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.08.2022 r. pod numerem 2022/S 166-471667, wobec czynności polegającej na wadliwym sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień projektowanej umowy, Wykonawca MEGA-WAT Sp. z o.o.

wniósł w dniu 09.09.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2358/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 353(1) kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również niejasny i nieprecyzyjny, co może prowadzić dodatkowo do naruszenia

zasady równej i uczciwej konkurencji, a co przejawia się w szczególności:

- brakiem jednoznacznego wskazania miejsc wyłączonych z zakresu zamówienia i jednocześnie brakiem wskazania jednoznacznie miejsc, które w ramach

poszczególnych ulic będą podlegały utrzymaniu,

- bardzo ogólnym określeniem zasad zlecenia prac objętych przedmiotem

zamówienia, co uniemożliwia Wykonawcy ustalenie harmonogramów pracy,

zapotrzebowania na ludzi i sprzęt oraz uniemożliwia prawidłową wycenę kosztów

wykonania usługi za 1m<sup>2</sup>,

- wprowadzeniem nieadekwatnej do specyfiki wykonywanej usługi jednostki rozliczeniowej dla usług zimowego utrzymania,

- nie uwzględnieniem w opisie przedmiotu zamówienia specyfiki prac

porządkowych wykonywanych po raz pierwszy po zakończeniu sezonu zimowego,

- nie uwzględnieniem w opisie przedmiotu zamówienia specyfiki prac

porządkowych i wprowadzeniem nieadekwatnych do tej specyfiki zasad dokonywania odbioru wykonanych prac i ustalania, czy zachowany został wymagany standard ich wykonania,

- nie uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia specyfiki prac porządkowych i wprowadzenie nieadekwatnych do tej specyfiki zasad składania Wykonawcy

zleceń ich wykonania;

Taki opis przedmiotu zamówienia pozbawia Wykonawcę możliwości zaplanowania i odpowiedniego przygotowania się do realizacji poszczególnych zleceń ze strony zamawiającego, jak również pozbawia Wykonawcę możliwości rzetelnego skalkulowania ceny ofertowej, co z kolei łącznie może skutkować brakiem możliwości dochowania oczekiwanych przez Zamawiającego terminów i standardów realizacji poszczególnych zleceń, nałożeniem na wykonawcę wysokich kar umownych, a nawet wcześniejszym wypowiedzeniem zawartej z nim umowy. Taki opis przedmiotu zamówienia dodatkowo przerzuca na Wykonawcę całe ryzyko gospodarcze związane z brakiem po stronie Zamawiającego wiedzy odnośnie tego, jakie usługi, w jakim zakresie i w jakich okresach będą zlecane do wykonania wykonawcy, bowiem wykonawca musi w świetle zapisów SWZ pozostawać w gotowości do świadczenia wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia, nie mając gwarancji, że usługi takie zostaną mu w ogóle zlecane i nie mając prawa do uzyskania od Zamawiającego wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do wykonywania innych usług niż usługi bardzo wąsko określone zapisami SWZ, co stanowi o naruszeniu zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Skutkiem takiego sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia może być również złożenie przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co z kolei prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności;

2. art. 99 ust. 1 Pzp i art. 95 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 § 1 Kodeksu pracy poprzez określenie nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia zakresu czynności, które winny być wykonywane na podstawie umowy o pracę;

3. art. 239 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wprowadzenie niejednoznacznych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, a nadto kryteriów nie powiązanych z opisem przedmiotu zamówienia i nie prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej.

4. art. 353 (1) kc i art. 487 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp, oraz art. 99 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie do zapisów wzoru Umowy kary umownych rażąco wygórowanych, przewidujących karanie Wykonawcy różnymi karami za te same przewinienia i dodatkowo nieproporcjonalnych do wagi, charakteru i zakresu zobowiązania, któremu Wykonawca uchybił, przy czym wprowadzenie takich postanowień umownych narusza również zasady współzycia społecznego, zaburza wzajemność świadczeń, a także uniemożliwia Wykonawcy należyte oszacowanie kosztów (ryzyka) realizacji przedmiotu zamówienia

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany kwestionowanych postanowień umownych w taki sposób, aby nie naruszały ww. przepisów prawa.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego Wykonawca Megatherm Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w zakresie części

zarzutów (pismo z 20.09.2022 r.). Zamawiający przedłożył opublikowane 21.09.2022 sprostowanie ogłoszenia wraz z załącznikami zawierającymi zmiany w opisie przedmiotu zamówienia oraz wzorze umowy w części uwzględniające żądania Odwołującego.

Na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty w zakresie żądań opisanych w odwołaniu pod literami:

a) poprzez uzupełnienie zapisów SWZ o zapisy jednoznacznie wskazujące, które tereny podlegają utrzymaniu w ramach umowy, a które są z utrzymania tego wyłączone, np. ze względu na to, że są utrzymywane przez podmioty trzecie, i gdzie tereny te się znajdują, w szczególności poprzez załączenie SWZ mapy, z której jednoznacznie będzie wynikało, które części chodników, ścieżek rowerowych, kładek itd. są wyłączone z zakresu niniejszego zamówienia z uwagi na okoliczność, że podlegają utrzymaniu przez podmioty trzecie, wraz ze wskazaniem lokalizacji takich miejsc oraz powierzchni podlegającej w danym rejonie utrzymaniu w m<sup>2</sup>. Z uzupełnionych zapisów SWZ winno również jednoznacznie wynikać, które przystanki autobusowe podlegają oczyszczaniu zimowemu w ramach zamówienia oraz które tereny zielone i nieutwardzone pobocza są objęte zamówieniem;

d) poprzez wprowadzenie jako jednostki rozliczeniowej dla wyliczenia wynagrodzenia kosztorysowego za zimowe oczyszczanie 1 m<sup>2</sup> (rezygnacja z jednostki rozliczeniowej metra bieżącego);

g) poprzez wprowadzenie zapisu, iż w razie stwierdzenia w czasie odbioru wykonanych prac niedochowania wymaganego standardu w zakresie do 2% zleconych danym zleceniem prac Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru zleconych prac i wypłaty na rzecz Wykonawcy wynagrodzenia, bez prawa do naliczenia kar umownych, a po stronie Wykonawcy powstaje w takiej sytuacji obowiązek niezwłocznego usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości i zgłoszenia ich usunięcia Zamawiającemu, bądź przyjęcie, że wymagany standard jest spełniony jeśli nieprawidłowości są nie większe niż 2%;

i) poprzez rezygnację przez Zamawiającego z konieczności przedstawiania mu przez Wykonawcę, w ramach czynności odbiorowych, dokumentacji zdjęciowej wykonanych prac (dotyczy zleceń zimowego utrzymania i prac interwencyjnych);

m) poprzez wykreślenie zapisu § 12 ust. 1 pkt 8 i 15 Umowy oraz doprecyzowanie pozostałych zapisów § 12 ust. 1 Umowy w taki sposób by wyłączona została jednoznacznie możliwość nakładania różnych kar umownych za te same zdarzenia, nieprawidłowości w wykonywaniu prac oraz dodatkowo zmniejszenie wysokości ustalonych w tych postanowieniach umownych kar, w szczególności obniżenie wysokości kary umownej z § 12 ust. 1 pkt 9 i 10 Umowy.

## Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy. Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego w związku z uwzględnieniem w części żądań przez Zamawiającego. Odwołujący podtrzymał zarzuty związane z żądaniami opisanymi w literach: a, d, g, i, m, uznając iż modyfikacja postanowień swz wprowadzona w dniu 21.09.2022 r., nie czyni im zadość. Powyższe wyznaczało zakres merytoryczny odwołania, jakim Izba była związana mając na uwadze brzmienie zapisów swz na podstawie, których odwołanie zostało wniesione. Orzekając Izba zobowiązana była również uwzględnić, jakie konsekwencje dla wniesionego odwołania mogły mieć zmiany postanowień swz dokonane na moment rozstrzygnięcia w sprawie, jak i zapowiedziane na posiedzeniu przez Zamawiającego.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym postanowienia wzoru umowy oraz opis przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła.

Ad. A)

Odwołujący kwestionował opis przedmiotu zamówienia podnosząc między innymi okoliczność braku jednoznacznego wskazania miejsc wyłączonych z zakresu zamówienia i jednoczesnego braku wskazania miejsc, które w ramach poszczególnych ulic będą podlegały utrzymaniu. Na rozprawie wyjaśniał, iż zmiany dokonane w opisie przedmiotu zamówienia i polegające, m.in. na określeniu maksymalnych powierzchni utrzymania dla poszczególnych elementów pasa drogowego ulic objętych utrzymaniem letnim oraz interwencyjnym (objęte załącznikiem nr 5 do swz), a także zamieszczeniu wykazu powierzchni objętych zimowym utrzymaniem wraz z określeniem długości odcinka zimowego utrzymania, nie czyniły zadość jego żądaniom. Ponieważ występuje w zakresie letniego utrzymania rozbieżność pomiędzy podanymi maksymalnymi szacunkowymi ilościami powierzchni, a powierzchnią wynikającą z odcinków dróg wskazanych w załączniku nr 5, Odwołujący uznał za aktualne żądanie wskazania na etapie opisu przedmiotu zamówienia obszarów, które nie będą objęte usługą. Powyższe miało mieć znaczenie dla ustalenia zakresu rzeczowego prac, a w konsekwencji dokonania wyceny kosztów ich realizacji. Powyższe ma prowadzić do naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również niejasny i nieprecyzyjny, co może prowadzić dodatkowo do naruszenia zasady równej i uczciwej konkurencji.

Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotem zamówienia objęte są w całości odcinki uli wskazane w załączniku nr 5 wraz z infrastrukturą (m.in. przystanki, ścieżki rowerowe, chodniki), a ich szczegółowe oznaczenie, ze wskazaniem konkretnych fragmentów wraz z innymi precyzującymi zakres prac zleconych do wykonania opisami, zostanie doprecyzowane dopiero na etapie realizacji usługi, stosownie do występujących na bieżąco potrzeb. Podana „szacowana maksymalna powierzchnia”, stanowi informację uzupełniającą i jest powiązana z ograniczeniem powierzchni do realizacji prac do wysokości środków, jakie Zamawiający zabezpieczy na wykonanie umowy.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba nie odnosi się do zmian wprowadzonych w opisie przedmiotu zamówienia już po wniesieniu odwołania, a te w części czyniły zadość żądaniom Odwołującego (w zakresie dookreślenia przystanków objętych zimowym utrzymaniem, placów). Odwołujący podtrzymał żądanie w zakresie potrzeby wskazania przez Zamawiającego wyłączonych z utrzymania odcinków, co może wynikać z nakładających się zakresów obowiązków innych podmiotów, w tym właścicieli nieruchomości, jak również odcinków, których powierzchnia nie została ujęta w maksymalnej wielkości podanej przez Zamawiającego. W jego ocenie, również po zmianach dane zawarte w załącznikach mają być niewystarczające do ustalenia, które w istocie powierzchnie są przewidziane do

utrzymania (ich lokalizacja).

Izba uznała, iż opis przedmiotu zamówienia czyni zadość obowiązkom, jakie spoczywają na Zamawiającym w zakresie precyzyjnego, jednoznacznego oznaczenia przedmiotu świadczenia, co ma bezpośrednie znaczenie dla wyceny prac objętych zamówieniem. Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego, jako obiektywnie uzasadnione koniecznością pozostawienia możliwości doprecyzowania na etapie zleceń, bez których świadczenie nie może być przyjęte do wykonania, odcinków jakie wymagać będą oczyszczenia, ze wskazaniem konkretnych elementów infrastruktury zlokalizowanej na zleconej części powierzchni administrowanej przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego opis identyfikujący zakres rzeczowy prac przez odniesienie się do nazw ulic pozwala w sposób jednoznaczny wyznaczyć ramy zleceń, które będą udzielane w trakcie umowy. Zamawiający faktycznie objął zakresem świadczenia obszar administrowany przez Zamawiającego wyznaczony ulicami przypisanymi do poszczególnych Regionów. Odwołujący kwestionując precyzję opisu zamówienia w odwołaniu faktycznie odnosi się do sposobu, w jaki Zamawiający będzie dokonywał zlecenia wykonania prac (pkt 10 uzasadnienia). Wykonawca zakłada z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością (...) że lokalizacja prac do wykonania będzie wskazywana poprzez odwołanie się do danych zawartych w Załączniku nr 5 i 6 do Umowy, a więc do nazwy ulic. Na podstawie takiego zlecenia nie sposób będzie ustalić, czy dany fragment chodnika podlega oczyszczeniu/utrzymaniu czy nie.

Powyższe faktycznie ogniskuje zarzut w odniesieniu do etapu zlecenia prac, a nie samego opisu przedmiotu zamówienia, który z założenia obejmować może cały obszar administrowany przez Zamawiającego. Istotnym pozostawało w ocenie Odwołującego sprecyzowanie na etapie składania oferty konkretnych fragmentów obszaru, jakie będą mogły być objęte zleceniem, co zdaniem Izby zasadniczo zostało przez Zamawiającego wskazane przez podanie szacowanej powierzchni i opisanie infrastruktury, co nie było wprost kwestionowane w odwołaniu. Faktycznie zastrzeżenia Odwołującego były powiązane z okolicznościami, jakie Zamawiający będzie mógł w sposób precyzyjny uwzględnić na etapie zlecenia wykonania prac, np. w związku z zastępczym oczyszczeniem powierzchni w sytuacji, gdy właściciel nieruchomości nie wywiązuje się z tego obowiązku. W ocenie składu orzekającego, w pełni uzasadnione racjonalnym wydatkowaniem środków publicznych, jest dopuszczenie możliwości identyfikowania zakresu zleconych prac rzeczywistym stanem potrzeb, tak aby środki kierowane do wykonawcy miały realne wpływ na osiągnięcie celu umowy, tj. utrzymanie porządku na tych odcinkach ulic, które wymagać będą tego w zależności od czynników zewnętrznych, tj. pogoda, czy też inne spowodowane działaniem człowieka zanieczyszczenia terenów objętych zakresem zamówienia. Pozostaje to w związku z ograniczeniem wydatków do wysokości budżetu, jakim będzie dysponował Zamawiający, co może faktycznie oznaczać, iż do wykonania zleczone zostaną prace w mniejszym zakresie, niż może to wynikać z samego przeliczenia powierzchni administrowanej przez Zamawiającego. Mając na uwadze specyfikę zamówienia polegającego na bieżącym utrzymaniu czystości, co jest powiązane w sposób bezpośredni z sytuacją, która może ulegać dynamicznym zmianom, również opis przedmiotu zamówienia, stanowiący następnie element umowy powinien zawierać odpowiednie mechanizmy reakcji. Zamawiający wskazując szacunkową maksymalną wielkość powierzchni nie wyłączył z potencjalnego zakresu prac elementów infrastruktury, które znajdują się w obrębie administrowanym przez Zamawiającego i wyznaczonym nazwami ulic i numerami dróg. Opis

przedmiotu zamówienia ma na celu wskazanie w sposób czytelny zakresu świadczenia, co

jednak nie wyłącza pewnych modyfikacji uzasadnionych potrzebami Zamawiającego na etapie zlecenia do wykonania prac. W ocenie składu orzekającego nie zachodzi podstawa do twierdzenia, iż brak szczegółowych danych identyfikujących konkretne zlecenia na etapie

przygotowania oferty, czyni niemożliwym rzetelne oszacowanie kosztów. Zamawiający podał

informacje, które pozwalają na przygotowanie oferty na podstawie szacowanych wielkości, a co istotne rozliczenie wykonania prac nastąpi na podstawie wynagrodzenia kosztorysowego (utrzymanie letnie). Wykonawca ma ustalić cenę jednostkową za utrzymanie 1 m<sup>2</sup> powierzchni, co zawsze wymaga przyjęcia pewnych założeń, które na etapie świadczenia mogą różnić się w zależności od warunków zastanych, co jest wpisane w specyfikę świadczenia tego typu usług. W ocenie Izby, wykonawca posiada niezbędne dane dla dokonania takich założeń, przyjmując jako wyznacznik zakres prac wyznaczony ulicami objętymi poszczególnymi rejonami i znajdującymi się w pasie drogi elementami infrastruktury. Specyfika terenu jest możliwa do ustalenia, niezależnie od ustalenia czy część tych powierzchni nie będzie w jakim zakresie objęta oczyszczaniem, czego jednak na etapie ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie ma podstaw wyłączyć. Zarzut w odwołaniu nie odnosił się do tego, że wykonawca nie wie jakie elementy infrastruktury są objęte zakresem świadczenia, ale o ich konkretyzację przez naniesienie na mapie wszystkich obszarów i elementów infrastruktury. Taki zabieg w ocenie Izby nie wprowadza zasadniczej zmiany, gdyż pozostaje faktycznie związany z obszarem administrowanym wyznaczonym ulicami i

drogami wskazanymi w OPZ. Odwołujący nie wykazał, aby pozostawiona możliwość wskazania dopiero na etapie zlecenia obszarów, które wymagać będą oczyszczenia, czyniła opis zamówienia niejasnym lub niejednoznacznym. Zamawiający opisał z dużą precyzją, przyjmując wielkość powierzchni, jej rodzaj i elementy infrastruktury (załączniki nr 5 i 6), zakres obowiązków wykonawcy i tak jak dotychczas realizacja prac będzie dyktowana rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego. Wykonawca nie wykazał również, aby zachodziło niebezpieczeństwo braku uzyskania wynagrodzenia za wykonane prace, co mogłoby mieć znaczenie dla oceny tego, czy możliwe jest przygotowanie rzetelnej oferty, pozwalającej na wykonanie prac rozliczanych pomiarem powykonawczym. Uzasadniając inny zarzut Odwołujący sam podał średnią wysokość kosztów, jaka jest przyjmowana do oszacowania metra kwadratowego powierzchni oczyszczanej w okresie zimowym. W ocenie składu orzekającego, ten argument faktycznie odnosi się do praktyki rynkowej prezentacji ceny w oparciu o uśrednione koszty świadczenia usługi, przyjętej dla całego zakresu zamówienia.

Ab d) - przyjęta jednostka rozliczeniowa za zimowe utrzymanie - metr bieżący.

Odwołujący kwestionuje, jako uzasadnione zakresem prac przyjęcie do rozliczenia prac ceny metra bieżącego, co miałyby prowadzić do przekrzywienia wykonawców w ten sposób, iż określona w ten sposób cena nie pokryje rzeczywistych kosztów wykonania usługi przy większej powierzchni chodników, placów. Z uwagi na konieczność wykorzystania sprzętu do odśnieżania, jak również konieczność utrzymania w czystości całej powierzchni chodników, ścieżek rowerowych, co może wymagać przyjęcia innych technik, w tym odśnieżania ręcznego, posypywania piachem, właściwą jednostką rozliczeniową miałyby być metr kwadratowy oczyszczonej powierzchni, tak jak miało to miejsce w dotychczas prowadzonych postępowaniach na ten rodzaj usługi.

Zamawiający wyjaśniał, wskazując na swoje dotychczasowe doświadczenie, iż przy oczyszczaniu zimowym i zmieniających się warunkach, nie ma możliwości kontroli sposobu oczyszczenia powierzchni, a jednocześnie opis przedmiotu zamówienia dopuszcza przy stałym opadzie możliwość odśnieżenia pasa 1,5 m, co jest uzasadnione wykorzystaniem sprzętu do odśnieżania. Nie zachodzi wówczas konieczność oczyszczenia całej powierzchni, podobnie jak może mieć to miejsce tam, gdzie utrudniony jest dostęp, np. przez zaparkowane pojazdy, czy też nagromadzony zalegający śnieg, którego wywóz nie jest objęty zakresem obowiązków wykonawcy tego zamówienia.

Rozliczanie prac składających się na zimowe oczyszczanie składa się z dwóch elementów, tj. wynagrodzenia ryczałtowego za każdy miesiąc utrzymania całodobowej dyspozycyjności oraz wynagrodzenia kosztorysowego. Odwołujący zakwestionował rozliczanie wykonanych prac za metr bieżący, niezależny od szerokości utrzymywanego elementu (chodnika, ścieżki rowerowej, kładki dla pieszych, schodów, itp.). Niemożliwość oszacowania kosztów metra bieżącego Odwołujący wykazywał tym, że będzie on się kształtował za każdym razem inaczej i będzie zależał od tego, jaki w danym zleceniu zakres prac zostanie Wykonawcy powierzony (pkt 50 uzasadnienia odwołania.).

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uznała, iż przyjęcie jednostki obmiarowej, zarówno tej jaką wskazał obecnie Zamawiający (metr bieżący), jak i żądanej przez Odwołującego (metr kwadratowy), stanowi pewien kompromis konieczny do przyjęcia, mając na uwadze ryzyka, jakie wiążą się z wykonaniem usługi. Z jednej strony rację ma Zamawiający wskazując, iż nie leży w interesie publicznym płacenie za prace, które nie zostaną wykonane lub nie będzie możliwe ich zweryfikowanie. Z drugiej strony Wykonawca ma rację dążąc do wprowadzenia rozliczenia według powierzchni, chociaż nie zawsze obmiar będzie pokrywał się z wielkością wskazaną w zleceniu z racji przeszkód i warunków istniejących w danym dniu. Można upatrywać w obu mechanizmach korzyści, jakie mogą odnieść strony i ryzyka związane ze sposobem wykonania usługi i możliwością ich kontroli. Zasadniczym, w ocenie składu orzekającego, pozostawało ustalenie, czy podana jednostka obmiarowa jest jednostką pozwalającą na rozliczenie prac, których wycena dokonywana jest na etapie składania oferty. Skład orzekający uznał, iż uzasadnienie jakie zostało przedstawione przez Odwołującego nie prowadzi do wniosku, iż wycen metra bieżącego nie jest możliwa do dokonania w oparciu o szacowany zakres i sposób wykonania prac. Co istotne, nie można mieć zastrzeżeń co do precyzji danych zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia, które pozwalają, również uwzględniając szacowaną maksymalną powierzchnię do utrzymania, dokonać uśrednienia kosztu wykonania metra bieżącego. Odwołujący podał przykładowe różnice w szacowaniu kosztów, które w ocenie Izby również dotyczyłyby w takim samym stopniu wyceny metra powierzchni, która w zależności od jej specyfiki może wymagać różnego zaangażowania środków, jak również różnych metod sprzątnia. W ocenie składu orzekającego, również podana praktyka utrzymania zimowego powierzchni, dodatkowo opisana w dokumentacji zamówienia, prowadzi do wniosku, iż nie zawsze możliwe będzie dokonanie dokładnego ustalenia wielkości oczyszczonej powierzchni w stosunku do wskazanej na zleceniu, co może również prowadzić do sporów na etapie

rozliczenia prac, na co wskazują przykłady omówione na rozprawie przez przystępującego po stronie Odwołującego, realizującego na rzecz Zamawiającego umowę.

Powyższe prowadziło do uznania, iż podana jednostka obmiarowa jest możliwa do zastosowania zarówno na etapie złożenia oferty, jak i późniejszego rozliczenia prac. Kwestią wtórną pozostaje sposób w jaki wykonawcy dokonają uśrednienia kosztów, co w równym stopniu dotyczyłoby sytuacji, w której jednostką obmiarową byłby metr kwadratowy powierzchni. Odwołujący nie wykazał, aby obecne postanowienia czyniły niemożliwym zachowanie konkurencji wśród potencjalnych wykonawców, jak również aby miały wpływ na ustalenie zakresu i sposobu spełnienia świadczenia.

Ad g i m) - żądania powiązane wspólną argumentacją związaną z wprowadzonymi zasadami naliczania kar za brak zapewnienia wymaganego standardu prac.

Odwołujący z jednej strony oczekuje wprowadzenia zapisu dopuszczającego odstępstwo od standardu w zakresie 2% zleconych danym zleceniem prac z zachowaniem prawa do pełnego wynagrodzenia i wyłączeniem prawa do naliczenia kar umownych, bądź przyjęcia, że wymagany standard jest spełniony jeśli nieprawidłowości są nie większe niż 2%. Jednocześnie Odwołujący odnosząc się do wymaganego standardu zakwestionował sposób naliczania kar umownych za nieprawidłowości wskazując na możliwość zarówno odmowy wypłaty wynagrodzenia i jednoczesnego naliczenia kary, której wysokość również powinna zostać obniżona (§ 12 ust. 1 pkt 9 i 10 umowy).

Izba oddaliła w tej części zarzuty, gdyż w zakresie dotyczącym ustalonego standardu, żądanie sformułowane w lit. g dotyczyły zasad dokonywania odbioru wykonywanych prac, a

w tym zakresie Zamawiający uwzględnił żądanie z lit. f. Należy zauważyć, iż w uzasadnieniu żądanie złagodzenia standardu zostało podniesione w związku z brakiem doprecyzowania terminu w jakim zostanie przeprowadzony odbiór wykonanych prac (str. 17-19 odwołania). Zamawiający po wniesieniu odwołania zmodyfikował załącznik nr 4 do umowy w zakresie

zapisów przeprowadzenia kontroli jakości oczyszczanych powierzchni. Zmiany te

doprowadziły do tego, że Odwołujący nie podtrzymał żądania z lit. f dotyczącego

wprowadzenia wymogu odbioru na bieżąco, tj. nie później niż w ciągu 2 godzin po zgłoszeniu zakończenia danych prac. Dalsza część uzasadnienia odwołania w zakresie związanym ze

standardem dotyczy odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy i możliwości naliczenia kar.

Jak wskazał Odwołujący w pkt 66 uzasadnienia (...) przyjęte przez Zamawiającego

standardy wykonania zleconych prac oznaczają w praktyce, że na moment odbioru na

przekazanym do uporządkowania terenie nie może znaleźć się żaden liść, paperek, niedopałek, czy nieusunięta trawa między płytkami. Stwierdzenie występowania choćby jednej nieusuniętej trawki, liścia, czy papierka jest podstawą do odmowy wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy (za całe zlecenie) i dodatkowo stanowi podstawę do naliczenia

bardzo wysokich kar umownych w sytuacji, gdy taka „nieprawidłowość” nie wpływa istotnie na estetykę wykonanych prac.

Izba oddaliła odwołanie uznając, iż Odwołujący nie wykazał aby obecne postanowienia umowy wskazywały na ryzyko utraty wynagrodzenia i jednoczesnego naliczenia kary umownej. Odwołujący powołał się na rozprawie na pkt II ppkt 6 (str. 8 OPZ), który miałby mieć odpowiednik w zapisach wzoru umowy w § 8 i stanowił podstawę do odmowy zapłaty wynagrodzenia. Chociaż zapis z OPZ nie został przywołany we wzorze umowy, to zdaniem Odwołującego, nie oznacza sprzeczności pomiędzy OPZ, a zapisami umowy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający będzie mógł powołać się na zdanie z OPZ dotyczące odmowy zapłaty wynagrodzenia za każde niedopełnienie standardu wykonania usługi.

Zamawiający w OPZ, str. 8 (pkt II ppkt 6) wskazał: „Każdy przypadek stwierdzenia nieprawidłowości dla poszczególnej zleconej do oczyszczenia lokalizacji będzie podstawą do naliczenia kary umownej oraz odmowy wypłaty wynagrodzenia.

Paragraf 8 wzoru umowy zawiera zasady odbioru prac, w tym w ppkt 7 opisuje konsekwencje stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania prac, jakie mogą dotknąć wykonawcę. W dwóch podpunktach opisujących podstawy dla obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych, nie zostało powtórzony zapis z OPZ dotyczący odmowy wypłaty wynagrodzenia. Przeciwnie w ppkt 1 wprost wskazano na prawo

Zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia do wysokości przedmiotu zamówienia, która została wykonana w sposób należyty. Dalej w paragrafie 19 wzoru umowy pkt 10 wskazane zostało, iż w razie sprzeczności postanowień umowy z dokumentami wymienionymi w ust. 11 (w tym swz), pierwszeństwo w stosowaniu będą miały postanowienia umowy.

Izba uznała, iż z zapisów wzoru umowy nie wynika, aby Zamawiający mógł powołać się na postanowienia OPZ dotyczące odstąpienia od wypłaty wynagrodzenia, jeżeli we wzorze umowy, regulującej podstawy odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, nie zostały stosowne postanowienia wprowadzone. Umowa w sposób kompleksowy reguluje zasady na jakich mogą być nakładane kary za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Sam Odwołujący przyznał, iż nie ma wprost przewidzianej kary w postaci odmowy wypłaty wynagrodzenia, a przywołane zapisy z § 8 ppkt 7 umowy zawierają jedynie podstawę do obniżenia wynagrodzenia. Ty samym całość zarzutu wywiedziona właśnie z wykładni postanowień OPZ nie miała uzasadnienia w regulacjach szczegółowych dotyczących obowiązków i odpowiedzialności kontraktowej.

Dalej Odwołujący zakwestionował wysokość kar, jednak w tym zakresie uzasadnienie w zasadzie sprowadza się do postawienia ogólnej tezy o nadmiernie wygórowanych karach i nie zawiera dalszej argumentacji, która pozwoliłaby odnieść się do twierdzeń Odwołującego w kontekście szczegółowych postanowień umowy.

Ad) - żądanie rezygnacji z konieczności przedstawiania Zamawiającemu w ramach czynności odbiorowych dokumentacji zdjęciowej wykonanych prac (dotyczy zleceń zimowego utrzymania i prac interwencyjnych).

Odwołujący w odniesieniu do obowiązku prowadzenia dokumentacji fotograficznej w odwołaniu wskazał na niejasność sytuacji wynikającą z postanowień OPZ, które uzależniają realizację tego obowiązku od potrzeby Zamawiającego. Nie mając zatem pewności co do konieczności wykonania zdjęcia i jego przesłania Zamawiającemu, Wykonawca będzie zmuszony do dokumentowania wykonania każdego zadania, co oznaczać miałyby konieczność zatrudnienia dodatkowej osoby. Z uwagi na warunki, w jakich może zachodzić konieczność wykonania zdjęć (po zmroku), jakość tej dokumentacji może nie być wystarczająca do potwierdzenia standardu wykonanych prac. Powyższe prowadzić ma do naruszenia wytycznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (nie wiadomo jakie wymagania ma spełniać dokumentacja zdjęciowa), przy braku wymiernych korzyści dla jakości świadczonej usługi.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymując zasadność wprowadzenia tego obowiązku doprecyzował, iż dotyczyć on będzie wszystkich prac - Wykonawca ma przekazywać zawsze dokumentację zdjęciową Zamawiającemu. Wykonywanie zdjęć jest w ocenie Zamawiającego bardzo pomocne przy robotach szybko zanikających jakim jest sprzątanie chodników.

Izba oddaliła w tej części odwołanie uznając, iż wprowadzony obowiązek nie ma wpływu na zakres i sposób spełnienia świadczenia, a tym samym nie znaczenia dla sporządzenia oferty i wykonania prac. Stanowi wyłącznie element procedury odbioru wykonanych prac, a przy wysokim standardzie oczyszczania, od którego nie ma w zasadzie odstępstwa, nie można odmówić racji argumentom Zamawiającego, iż pozwoli to na rzetelne zweryfikowanie sposobu spełnienia świadczenia w warunkach, które mogą uniemożliwiać bieżącą kontrolę. W zasadzie potrzeba dokumentowania jakości powinna również sprzyjać Wykonawcy, który w takiej sytuacji będzie mógł wykazać, że po zakończeniu prac, spełniały one standardy oczekiwane i nie będzie w takiej sytuacji obawy o to, że jakiś niedopatek, lub wyrzucony później paperek będzie negatywnie rzutował na wykonaną pracę. Ponieważ Zamawiający nie sprecyzował szczegółowych wytycznych dotyczących sposobu w jaki należy dokumentację sporządzić, obawy Odwołującego, iż fotografie nie spełnią oczekiwań Zamawiającego, nie miały podstaw. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, jaki wpływ miałyby to na realizację prac, a argument dotyczący konieczności zatrudnienia dodatkowej osoby, nie został w żaden sposób poparty dowodowo.

W świetle powyższego, Izba oddaliła w całości odwołanie, które rozpoznane zostało w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego przed rozprawą. W pozostałym

zakresie zarzuty zostały w części uwzględnione przez Zamawiającego i w części wycofane przez Odwołującego, prowadziło do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1

oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. gdyż wszystkie podtrzymane zarzuty podlegały oddaleniu.

Przewodniczący: .....