

Sygn. akt: KIO 2594/22

## WYROK

z dnia 24 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę K.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych, Inżynierskich, Agrotechnicznych "GLOBAL 2" K.D. z siedzibą w Radomiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1-4, 6, 9-11.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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 2594/22

### Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej

jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia, znak sprawy: NZ.2603.72.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2022 r. pod numerem 2022/S 184-520342.

W dniu 3 października do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy K.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych, Inżynierskich, Agrotechnicznych "GLOBAL 2" K.D. z siedzibą w Radomiu, dalej jako: „Odwołujący”, dotyczące obu części zamówienia, w którym zarzucił on zamawiającemu:

1. Art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1

PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP - co do rozdziału VI pkt 1) SWZ oraz § 2 lit. a) umowy - poprzez ustalenie, że termin rozpoczęcia umowy następuje z momentem podpisania umowy, podczas gdy taki termin rozpoczęcia realizacji w realiach niniejszej sprawy uniemożliwia podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania, gdyż w przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony przepis, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, co dodatkowo w świetle § 4 umowy (Zamawiający zapozna Wykonawcę z terenem, na którym realizowany będzie przedmiot umowy w terminie do 3 dni roboczych od daty podpisania umowy) skutkuje niespójnością wymagań,

2. Art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP - co do § 1 ust. 2 pkt 4) umowy - poprzez wymóg posiadania umowy z Regionalną Instalacją Przetwarzania Odpadów Komunalnych, tj. PPUH Radkom Sp. z o.o. - Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych w Radomiu w sytuacji w której wskazany podmiot nie przyjmuje wszystkich odpadów powstających w trakcie realizacji zamówienie np. o kodzie 20-03-03,

3. Art. 433 pkt 2) i 3) PZP w zw. art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 471 k.c. a contrario i art. 473 § 2 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. - co do § 6 ust. 1 pkt 2 i 5 umowy - poprzez przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę w sytuacjach od niego niezależnych tj. za szkodę

wykonaną przez osoby trzecie (np. nieznany pojazd uderza w wiatę przystankową powodując uszkodzenia), jak też wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody których nie spowodował, ani nie są wynikiem jego działań, oraz nie wskazuje na jakim terenie,

4. Art. 433 pkt 2) i 3) PZP w zw. art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 472 k.c. a contrario w zw. z

art. 3531 k.c. - co do § 6 ust. 2 umowy - poprzez przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za szkody powstałe na skutek siły wyższej, co jest wbrew zasadzie proporcjonalności, ponieważ w świetle przepisów k.c. nie można obciążać wykonawcę skutkami działania siły wyższej, jak też jest to ryzyko niemożliwe do wyceny,

5. Art. 433 pkt 4) PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP w zw. z art. 3531 k.c.- co do § 1 ust. 2 pkt 7 umowy - poprzez brak określenia minimalnego zakresu zamówienia w zakresie każdej z poszczególnych kategorii prac jednostkowych, ujętych w formularzu cenowym (zał. 2a i 2b) co powoduje niemożliwość właściwej wyceny zamówienia, albowiem realizacja poszczególnych usług, wymaga różnych nakładów, kosztów, przygotowań itp., jak też brak określenia pułapu minimalnej ilości usług nie pozwala na określenie i oszacowania ryzyka, może bowiem być sytuacji w której niektóre usługi będą zlecone w wysokości 1000% w stosunku do ilości z formularza cenowego, a inne w ilości 0%, podczas gdy wykonawca musi stale pozostawać w gotowości do pracy, co generować będzie straty po stronie wykonawcy. Dodatkowo trudno jest skalkulować koszty niektórych usług (np. gotowość do realizacji w zimie) w innych pozycjach z formularza, w sytuacji w której formularz cenowy nie zawiera takich pozycji,

6. art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP - co do ust. III pkt 1) tir. 5 OPZ (zał. 10a i 10b) - poprzez nieokreślenie ilości wyjazdów do wypadku oraz wynagrodzenia „gotowość do wyjazdu” co uniemożliwia wycenę tej usług. (w formularzu cenowym brak odrębnych pozycji dla tych usług) a zatem jest to wymóg nieprecyzyjny i niemożliwy do wyceny - co uniemożliwia wyliczenie nawet ceny jednostkowej, nie mówiąc o całości takiej odrębnej usługi. W formularzu cenowym brak jest odrębnej pozycji dla tej usługi,

7. art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP - co do ust. III pkt 1) OPZ - fragment „Po ustąpieniu warunków zimowych w ciągu 20 dni roboczych nastąpi realizacja usługi pozimowego oczyszczania ulic. Usługa pozimowego oczyszczania ulic będzie wykonywana za stawkę bieżącego (letniego) oczyszczania ulic.” - poprzez brak umieszczenia w formularzu cenowym (zał. 2a i 2b) odpowiedniej pozycji obejmującej taką usługę i uznanie, że pozimowe oczyszczanie będzie wykonywane w cenie letniego oczyszczania co jest nieproporcjonalnym zawężeniem usługi prowadzącym do zwiększenia kosztów jej wykonania, w sytuacji w której obie usługi są diametralnie różne, w tym różne są koszty ich przeprowadzenia (koszty pozimowego oczyszczania

są wielokrotnie wyższe - przykładowo ilość zbieranych odpadów, zużycie szczotek w zamiatarce, użycie polewaczki drogowej, niezbędna ilość zatrudnionych osób do wykonania zlecenia). W sytuacji ekstremalnej, zamawiający może zlecać tylko i wyłącznie pozimowe oczyszczanie ulic - takie działanie skutkuje nieadekwatnością i nieproporcjonalnością rzeczywistej ceny usługi, a jednostkowe ceny w świetle rozdziału XIV SWZ mają być rzeczywiste,

8. art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP - co do ust. III pkt 5) OPZ -

fragment „Schody i strome przejścia powinny być odśnieżone do czarnej nawierzchni i uszorstnione.” W kontekście fragmentu „W czasie powołania „akcji zima” Zamawiający decyduje o zakresie prac do wykonania, przekazując Wykonawcy informację o obszarze prac Ze względu na niejednorodne warunki atmosferyczne występujące w różnych rejonach Zamawiający decyduje o powołaniu całkowitej lub częściowej „akcji zima” - poprzez brak zamieszczenia w formularzu cenowym (zał. 2a i 2b) odpowiedniej pozycji obejmującej taką usługę, ponieważ zimowe utrzymanie schodów, kładek i przejść dla pieszych wymaga innego (wyższego) standardu a wykonanie może być tylko ręczne. Zamawiający jednocześnie wskazując że akcja zima może być powołana jako akcja częściowa „na wydzielonym” obszarze, oznacza to np. że zamawiający zleca tylko schody, kładki, co opiera się tylko i wyłącznie na pracy ręcznej i wymaga użycia dodatkowych środków rozpuszczających lód np. sól drogowa (około 0,5t na 1000m2 jednorazowego odśnieżania). Jest to inna usługa niż utrzymanie ciągów pieszych i rowerowych. Koszt jest kilkunastokrotnie większy niż utrzymanie chodnika - przykładowo nie ma opadów śniegu albo opady są niewielkie, za to temperatura jest minimalnie poniżej 0 stopni. W praktyce nawierzchnie chodników nie są śliskie, ale oblodzone są kładki i schody więc zamawiający zleca tylko i wyłącznie oczyszczanie tych elementów. Opierając się na danych historycznych, zamawiający regularnie praktykuje powyższe rozwiązanie. (np. podczas zimy w 2019r, zamawiający zlecał tylko i wyłącznie kładki oraz schody, nie zlecając akcji zima za którą winien zapłacić),

9. art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP- co do ust. III pkt 5) OPZ - fragment

„Jeżeli opady ciągle wystąpią w nocy Wykonawca wyjeżdża do akcji po powołaniu jej przez Zamawiającego. W przypadku trwania „akcji zima” podczas ciągłych opadów śniegu w czasie dnia, „akcja zima” liczona jest jednokrotnie. Jednokrotnie liczone są też akcje uruchomione przez Zamawiającego w momencie wystąpienia opadów śniegu aż do ich ustania i prawidłowego odśnieżenia rejonu.” - poprzez nieprecyzyjne określenie sposobu zapłaty za usługę co uniemożliwia jej prawidłową wycenę w sytuacji kiedy są ciągłe opady śniegu - nie wiadomo jak w takiej sytuacji zapłacone będzie wykonanie usługi - przykładowo śnieg zaczyna padać w poniedziałek i pada non stop do środy. Przez 3 dni wykonawca jest w ciągłej pracy (24h/ na dobę), a zapłata jest jak za

jednokratny wyjazd. Jeśli zapłata jest jak za jeden wyjazd to wynagrodzenie jest niewspółmierne do pracy - skoro zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ilości i typu opadów, tym bardziej wykonawca nie ma może przewidzieć opadów śniegu co za tym

idzie wyceny takiej usługi,

10. art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP- co do ust. III pkt 8) OPZ - fragment „Eksplotacja koszy na śmieci będących własnością Zamawiającego oraz utylizacja odpadów, wykonywane będą staraniem i na koszt Wykonawcy, do którego obowiązków należeć będzie uzupełnianie brakujących lub wymiana zużytych wkładów metalowych do koszy. Wykonawca na bieżąco uzupełnia brakujące wkłady w koszach na śmieci (na swój koszt) bez dodatkowego zlecenia Zamawiającego.” - poprzez brak określenia do kogo należy sfinansowanie zakupu wkładów do koszy - co uniemożliwia wycenę tego przez wykonawcę - nieprecyzyjność tego postanowienia świadczy o naruszeniu przepisów - Wykonawca nie może policzyć zakupu wkładu w cenie jednostkowej kosza ponieważ nie wie ile wkładów będzie brakować, oraz ile koszy zamawiający zleci - dodatkowo Zamawiający przerzucił odpowiedzialność za potencjalne zaginięcie wkładów na wykonawcę. W praktyce oznacza to że wykonawca ma przy każdym koszu postawić osobę pilnującą, co w praktyce nie jest możliwe,

11. art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP- co do ust. III pkt 11) OPZ -

fragment „Usługa likwidacji dzikich wysypisk śmieci polega na usunięciu odpadów

komunalnych w tym zmieszanych (worków nieznanego pochodzenia, papierów, folii i innych odpadów zalegających luzem), odpadów ulegających biodegradacji (np. drobne gałęzie, trawa, pokos) oraz odpadów wielkogabarytowych (elementów mebli, sprzętu RTV oraz AGD), odpadów nie stanowiących odpadu komunalnego (np. zużyte części samochodowe- zderzaki, szyby, folie samochodowe, akumulatory, opony, płyny eksploatacyjne itp.) zlokalizowanych w pasie drogowym jako tzw. „dzikie wysypiska” tj. miejsca skumulowanych zanieczyszczeń w ilości ponad 0,5 Mg.” - poprzez nieprecyzyjne określenie wymogów, co generuje trudno policzalne koszty i może uniemożliwić oszacowanie oferty, albowiem Zamawiający nie wskazał odbiorcy tych odpadów, a określony w dokumentacji zamówienia PPHU Radkom, nie przyjmie wszystkich odpadów wskazanych w ww. fragmencie, a zatem w celu właściwego szacowania oferty koniecznym jest wskazanie odbiorcy odpadów tego typu,

12. art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP- co ust. III pkt 5) OPZ - fragment „pozostałych a w ciągu 12 godzin na zgłoszonych dodatkowych ciągach pieszych lub ścieżkach rowerowych” w zw. z załącznikiem nr 3 do OPZ (WYKAZ CIĄGÓW PIESZYCH ŚCIEŻEK ROWEROWYCH) w zw. z § 1 ust. 2 pkt 7 umowy - poprzez nieprecyzyjne określenie zakresu zamówienia, co uniemożliwia jego właściwą wycenę - Zamawiający bowiem umieścił pozycję 1000 m2 na ciągi piesze, oraz 1000 m2 na

ścieżki rowerowe, którą dowolnie może zmienić podczas ogłaszania akcji zima (z uwagi na § 1 ust. 2 pkt 7 umowy) - powyższe skutkuje niemożliwością wyceny tej usługi (oszacowanie ilości potrzebnego sprzętu, pracowników z uwagi na możliwość dowolnej zmiany przez Zamawiającego ilości usług). Zakładając że odśnieżenie 1 000 m2 wymaga 1 ciągnik oraz 2 pracowników, a z racji tego, że Zamawiający może w sposób nieograniczony zwiększyć ilość nawet do 10 000 m2 lub więcej, to w jaki sposób wykonawca ma zapewnić możliwości realizacyjne, gdyż zakres prac nie jest znany. Konstrukcja postanowienia uniemożliwia może realizację zadania.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- a) w odniesieniu zarzutu nr 1: Wniosek o zmianę na treść „rozpoczęcie: 4 dni roboczych od dnia zawarcia umowy”,
- b) w odniesieniu do zarzutu nr 2: Wniosek o zmianę na treść „Wykonawca zobowiązany jest, na dzień podpisania umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, posiadać umowę na odbiór odpadów komunalnych w szczególności o kodzie 20-03-01, 20-03-03 z podmiotem przyjmującym odpady powstające w wyniku realizacji umowy”,
- c) w odniesieniu do zarzutu nr 3: Wniosek o wykreślenie pkt 5 i zmianę pkt 2 na treść: szkody i zniszczenia spowodowane z winy Wykonawcy w terenie realizacji prac, w tych elementach terenu i jego urządzeniach, które będą użytkowane po zakończeniu prac: wiaty, zieleńce, krzewy, drzewa, znaki drogowe, chodniki, jezdnie, ogrodzenia, mała architektura, itp.,
- d) w odniesieniu do zarzutu nr 4: Wniosek o wykreślenie postanowienia,
- e) w odniesieniu do zarzutu nr 5: Wniosek o zmianę postanowienia na treść: „Zamawiający zastrzega sobie prawo zwiększenia bądź ograniczenia ilości jednostek obmiarowych ustalonych w wyczeniu ceny ofertowej, z zastrzeżeniem, że każda jednostkowych usług będzie realizowana w wysokości i wartości nie mniejszej niż: 70% z formularza za wyjątkiem pozycji: obsługa koszy ulicznych - 95%, zimowe utrzymanie ciągów pieszych - 30%, strefy płatnego parkowania - 30%. Wskazane w wyczeniu ceny ofertowej ilości mają charakter szacunkowy, a rzeczywiste ilości prac będą wynikać z aktualnych potrzeb Zamawiającego.” (Ww. wartości wynikają z historycznych danych realizowanych uprzednio usług u zamawiającego) lub wprowadzenie do formularza cenowego pozycji „gotowość do realizacji w zimie za 1 miesiąc”,
- f) w odniesieniu do zarzutu nr 6: Wniosek o wprowadzenie do formularza cenowego (2a i 2b) pozycji o:
  - nazwie „niezwłoczne usuwanie (w ciągu 60 minut od momentu zgłoszenia - przez cały okres umowy) zanieczyszczeń powypadkowych z jezdni w swoim rejonie, powodujących wystąpienie zagrożeń bezpieczeństwa ruchu”. i określenie szacunkowej ilości takich zleceń w liczbie 5 wyjazdów w roku (co wynika z wiedzy i doświadczenia wykonawcy opartych na danych historycznych),

• nazwie „gotowość do wyjazdu wypadkowego lub alternatywnie uwzględnienie wniosku z zarzutu nr pkt 5) powyżej,

g) w odniesieniu do zarzutu nr 7: Wniosek o dodanie odrębnej pozycji w formularzu cenowym (2a i 2b) „pozimowe oczyszczanie ulic” wg stawki za 1 km,

h) w odniesieniu do zarzutu nr 8: Wniosek o dodanie odrębnej pozycji w formularzu cenowym (2a i 2b) „zimowe utrzymanie schodów, kładek i stromych przejść” wg stawki za 1 m<sup>2</sup>,

i) w odniesieniu do zarzutu nr 9: Wniosek o zastąpienie treści „Jednokrotnie liczone są też akcje uruchomione przez Zamawiającego w momencie wystąpienia opadów śniegu aż do ich ustania i prawidłowego odśnieżenia rejonu.” treścią „Wynagrodzenie za akcje zima podczas opadów ciągłych liczone jest za każdy dzień pracy”,

j) w odniesieniu do zarzutu nr 10: Wniosek o określenie, że wkłady zapewnia Zamawiający lub Wykonawca, a wtedy określenie w pozycji 11 formularza 2a i 2b lit e) o treści „wymiana wkładów w koszach” przy cenie za 1 wkład i określenie szacowanej do wyceny ilości wkładów,

k) w odniesieniu do zarzutu nr 11: Wniosek o wskazanie najbliższego odbiorcy przyjmującego powyższe odpady, lub dodanie postanowienia, że Wykonawca będzie zabierał tylko ten rodzaj odpadów, które będą odbierane przez PPHU Radkom,

l) w odniesieniu do zarzutu nr 12: Wniosek o usunięcie pozycji z załącznika nr 3 do OPZ „inne ulice - ciągi pisze - 1000 m<sup>2</sup>” oraz „inne ulice - ścieżki rowerowe - 1000 m<sup>2</sup>”.

#### Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzut Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zarzut nr 5: Zdaniem Odwołującego, w świetle tego, że zamawiający może zlecać 0% z pozycji z formularza cenowego (2a lub 2b), a inne zlecać w 1000% lub więcej skutkuje tym, że minimalny i rzeczowy zakres zamówienia nie jest znany. Wykonawca nie jest w stanie rzeczowo wycenić kosztów realizacji zamówienia, albowiem nie ma w zasadzie możliwości ustalenia minimalnego zakresu. Na poparcie stawianej przez siebie tezy przywołał wyrok TSUE z dnia 7 września 2016 r., Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation C-549/14. Odwołujący wskazał również, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach kwestionowała zasadność postanowień umownych, które umożliwiały jednostronne zmniejszenie zakresu rzeczowego zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (np. wyroki o sygnaturach: KIO 2346/16, KIO 1372/15).

Zdaniem Odwołującego kwestionowane przez niego postanowienie umowne de facto prowadzi do przerzucenia na wykonawcę kosztów finansowania usług publicznych. Odwołujący dodał również, że Zakres świadczeń oraz ich koszty, w zależności od okresu ich realizacji są całkowicie różne, a dokładnie koszty związane ze świadczeniem usług zimowego utrzymania są niepomiarowo wyższe od kosztów świadczenia usług letniego utrzymania. Przewidziane w umowie zasady wykonywania usług z zakresu zimowego utrzymania, w tym bardzo krótkie czasy reakcji, wymagają utrzymywania przez wykonawcę w ciągłej gotowości zarówno personelu, sprzętu jak i narzędzi niezbędnych do ich wykonywania. Jednocześnie mimo takiego kształtowania obowiązków wykonawcy, Zamawiający nie przewidział ani minimalnego zakresu usług zimowego utrzymania, które zobowiązany będzie zlecić na podstawie umowy o Zamówienie, ani jakiegokolwiek wynagrodzenia za gotowość do świadczenia tego rodzaju usług.

Taki opis przedmiotu Zamówienia należy uznać za niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu Zamówienia. Wykonawca pozostaje bowiem zarówno na moment składania ofert, jak i w okresie realizacji Zamówienia, w ciągłej niepewności, co do zakresu usług jakie zostaną mu zlecone.

Zarzut nr 7 i 8: Zdaniem Odwołującego zarzuty te dotyczą m. in. tego, że Zamawiający podaje usługi, które nie są z jednej strony wskazane w treści formularzy cenowych, a zatem nie sposób ich wycenić, co w świetle tego, że brak jest wiedzy, czy i co zamawiający zleci do realizacji w ramach umowy, uniemożliwia wycenę i skalkulowanie tych usług.

Skutkuje to zatem koniecznością doprecyzowania formularzy, które są niejasne i nie przewidują ilości danych usług, nawet szacunkowej. Określenie zaś usług bez możliwości ich

wyceny w formularzu cenowym jest istotnym naruszeniem art. 99 PZP, albowiem powoduje to brak ekwiwalentności świadczeń i nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 12:

Jak wskazywał Odwołujący, ostatni zarzut powiązany jest w zasadzie z nieograniczonym możliwym zwiększeniem zakresu zamówienia, co przez braki możliwości wyceny, w tym górnych i maksymalnych pułapów może skutkować zleceniem ponad możliwości wykonawcy. Wykonawca w świetle tego postanowienia z załącznika oraz § 1 pkt 2 pkt 7 umowy może musieć nawet wykonać w ramach jednego zlecenia ponad 10 000 m<sup>2</sup> lub więcej. Jak zatem wycenić pozycję na 1 000 m<sup>2</sup> i koszty z tym związane? Jak wykonawca w terminie 12 godzin miałby zrealizować takie zlecenie? Może nie mieć nawet takiej kadry i zasobów. Takie postanowienie może być zatem nierealne do wykonania. Wykonawca nie

jest w stanie oszacować ile potrzebuje sprzętu, ile potrzebuje pracowników na wykonanie danej pozycji, gdyż ilość m<sup>2</sup> do wykonania może być dowolnie zmieniona przez zamawiającego. Przykładowo, Wykonawca przygotował na odśnieżenie 1000m<sup>2</sup> do wykonania tego zadania 1 ciągnik i 2 pracowników którzy są w gotowości do wyjazdu. Zamawiający zleca np. 10 000m<sup>2</sup> gdzie potrzeba 2 ciągników i 4 pracowników, lub 5 000m<sup>2</sup>, w czym są same ciągi komunikacyjne, które wymagają ręcznego odśnieżania i 6 pracowników.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 12 października 2022 r. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w

sprawie, składając do akt odpowiedź na odwołanie, w której wskazał na dokonane zmiany SWZ, w związku z czym wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w odniesieniu do zarzutów 1-4, 6, 9-10. Nie zgodził się natomiast z argumentacją Odwołującego dotyczącą

pozostałych zarzutów, wnosząc o oddalenie odwołania w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu nr 5:

Zamawiający wskazał na postanowienia § 7 ust. 1 pkt 1 umowy, w którym zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy PZP wskazał minimalną wartość prac w ramach przedmiotu zamówienia, do której zleci wykonawcy wykonanie czynności objętych przedmiotem umowy. Zamawiający podkreślił, że nie jest obiektywnie możliwe dokonanie z góry założenia co do minimalnego wykorzystania, zgodnie z realnymi potrzebami Zamawiającego, każdej z poszczególnych pozycji z załącznika 2a i 2b do OPZ. Wynika to z różnych okoliczności, m. in. warunków pogodowych. Zobowiązanie się Zamawiającego z góry do wykorzystania poszczególnych prac w ramach przedmiotu zamówienia do określonego poziomu, czyniąc niczym nieoparte założenia co do warunków atmosferycznych, mogłoby prowadzić do konieczności wydatkowania środków na czynności zbędne, co byłoby naruszeniem zasad gospodarności i rzetelności przy wydatkowaniu publicznych środków finansowych.

Jak wskazywał Zamawiający, Odwołujący de facto dąży do próby zmiany zakresu zamówienia, tj. o zagwarantowanie wykonawcy realizacji poszczególnych czynności i zapłaty

za nie, mimo braku potrzeby oraz rozszerzenie zakresu o zlecenie wykonawcom utrzymywania stanu gotowości. Zamawiający precyzyjnie określił zakres przedmiotu zamówienia, nie wymagając i nie zobowiązując wykonawców do utrzymywania stanu gotowości, a jedynie wykonanie prac zgodnie z harmonogramami oraz wykonania prac zleconych w ramach powołanych „akcji zima”. Rzeczą wykonawców jest takie skalkulowanie cen za poszczególne czynności, aby były one dla nich opłacalne, jak też uwzględnienie ryzyka związanego z ewentualnością wystąpienia łagodnej zimy.

Zarzut nr 7 i 8:

Jak wskazywał Zamawiający, w sposób oczywisty określił on kwestię wymaganego pozimowego oczyszczenia ulic, jako zwykłą usługę bieżącego utrzymania czystości. Z wiedzy historycznej i doświadczenia Zamawiającego wynika, że pozimowe oczyszczanie ulic sprowadza się do wykonania czynności analogicznych do tych realizowanych podczas

bieżącego oczyszczania ulic, ewentualna różnica polega na rodzaju usuwanych zanieczyszczeń (mokre/suche).

Odnośnie zarzutu 8 Zamawiający podkreślił, że w jego ocenie, co też wynika z wiedzy historycznej i znajomości terenu, usługa polegająca bieżącym utrzymaniu ciągów pieszych obejmuje także utrzymanie schodów czy stromych przejść stanowiących ich fragment. Cytowany przez Odwołującego fragment OPZ doprecyzowuje wyłącznie usługę zimowego utrzymania ciągów pieszych w tych fragmentach, które mogą wymagać wyjątkowego traktowania w wyjątkowych okolicznościach, o jakich pisze Odwołujący. Z wiedzy i doświadczenia, jakie posiada Zamawiający, wynika, że dochodzi do sytuacji, gdy nie ma najmniejszych powodów do powoływania „akcji zima” i zawieszania czynności bieżącego utrzymania ulic (jak np. mechaniczne zmiatanie), a jednak pewne fragmenty ciągów pieszych przemarzają (mimo temp. dodatniej), wymagając podjęcia czynności związanych z ich bieżącym utrzymaniem. Powoływanie wówczas „akcji zima” stanowiłoby wyraz niegospodarności ze strony Zamawiającego, gdyż sprowadzałoby się nierzadko do zapłaty wykonawcy za usługi, które nie zostały wykonane, gdyż zwyczajnie warunki atmosferyczne w ogóle nie rodziłyby potrzeby ich wykonywania

Zarzut nr 12:

Zamawiający wskazał, że działanie zgodne z wnioskiem Odwołującego sprowadzałoby się do świadomego, z góry założonego nierealizowania zadań nałożonych na miasto w zakresie związanym z przedmiotowym zamówieniem publicznych. Zamawiający, na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustalił wykaz ulic, których stałe utrzymanie letnie i zimowe, z uwagi na znaczenie ich dla społeczności miejskiej, jest kluczowe. Pozostałe ulice, nieobjęte wykazem załączonym do OPZ, wymagają interwencyjnego utrzymywania, w razie wynikłej potrzeby, niemożliwej do przewidzenia. Podobnie wygląda sytuacja odnośnie nowopowstających ulic - ciągów pieszych czy ścieżek rowerowych, nieistniejących w chwili wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia, których jednak utrzymanie stanowi obowiązek Zamawiającego. Wykonawca według opisu przedmiotu zamówienia powinien zakończyć utrzymanie zimowe całego zakresu prac wg wykazu maksymalnie w ciągu 6h, w związku z powyższym w ocenie zamawiającego realne będzie wykonanie prac dodatkowych w ciągu 12h.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba wzięła również pod uwagę dowody przedłożone przez:

Odwołującego:

- a) w zakresie zarzutu nr 5: opracowanie własne Odwołującego obrazujące ilość zleczanych historycznych zakresów,
- b) w zakresie zarzutu nr 8: opracowanie własne Odwołującego na okoliczność tego, że Zamawiający w poprzedniej umowie w ramach akcji zima zlecał do realizacji same kładki.

Na posiedzeniu w dniu 19 października 2022 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów z punktów 1-4, 6, 9-10.

Odwołujący oświadczył natomiast, że cofa zarzut z punktu 11.

W związku z powyższym, odwołanie w zakresie ww. zarzutów należało umorzyć w oparciu o art. 568 pkt 1 i 3 ustawy PZP, zgodnie z którymi Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku cofnięcia odwołania (pkt 1) lub w przypadku, o którym mowa w art. 522 (pkt 3).

Do rozpoznania na rozprawie zostały zatem skierowane zarzuty z punktów 5, 7, 8, 12.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia, znak sprawy:

NZ.2603.72.2022.

Zgodnie z treścią SWZ:

- §1 ust. 2 pkt 7 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 3 do SWZ):

„Zamawiający zastrzega sobie prawo zwiększenia bądź ograniczenia ilości jednostek obmiarowych ustalonych w wyliczeniu ceny ofertowej. Wskazane w wyliczeniu ceny ofertowej ilości mają charakter szacunkowy, a rzeczywiste ilości prac będą wynikać z aktualnych potrzeb Zamawiającego. Zmiana ilości jednostek obmiarowych w stosunku do założonej w wyliczeniu ceny ofertowej nie może rodzić dla Wykonawcy żadnych roszczeń z tego tytułu wobec Zamawiającego.

Zmiana ilości jednostek obmiarowych jest dopuszczalna i nie stanowi zmiany umowy, z tym, że łączna wartość prac wchodzących w zakres zamówienia w całym okresie jego realizacji nie może przekroczyć wartości umowy.”

Zgodnie z sekcją III punkt 1 SOPZ na utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia - rejon południowo wschodni oraz rejon południowo - zachodni (załącznik nr 10a i 10b do SWZ):

„Oczyszczanie jezdni: Nazwy ulic przeznaczone do stałego oczyszczania wskazane są w załączniku nr 1 do niniejszego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Zakres prac obejmuje:

Standard oczyszczania dla wszystkich jezdni jest jednolity i zakłada:

- mechaniczno-ręczne usunięcie piasku, błota, liści, kwiecica i innych substancji sypkich oraz innych zanieczyszczeń z całej powierzchni jezdni wraz z ciekami wodnymi (w tym całych powierzchni skrzyżowań wytyczonych przez oznakowanie poziome przejść dla pieszych, wysepki rozjazdowe bądź zakończenia łuków ulic poprzecznych, z pól martwych, zatok

autobusowych, postojowych, parkingowych - niezależnie od występowania ewentualnych krawężników, utwardzonych wysepki rozjazdowych, nawierzchni wybrukowanych w pasach rozdziału, pylonów a także górnych powierzchni krawężnika i opasek przyjezdniowych),

- ręczne zbieranie widocznych zabrudzeń typu drobne gałęzie, kamienie, opakowania, papiery, butelki, puszki oraz inne drobne odpady komunalne;

- obowiązkowe zraszanie powierzchni zamiatanej, zastosowany wariant technologiczny oraz ilość wody zużytej do zraszania musi gwarantować, że podczas usługi zamiatania nie będzie następowało wtórne wzniesienie pyłów;

- oczyszczanie opasek chodnikowych oraz nawierzchni wybrukowanych powinno być wykonane przy każdorazowym oczyszczaniu jezdni,

- niezwłoczne usuwanie (w ciągu 60 minut od momentu zgłoszenia - przez cały okres umowy) zanieczyszczeń powypadkowych z jezdni w swoim rejonie, powodujących wystąpienie zagrożeń bezpieczeństwa ruchu (bez zanieczyszczeń chemicznych) - na wezwanie Policji, Straży Miejskiej, Straży Pożarnej lub przedstawiciela Zamawiającego. Miejsca niedostępne dla sprzętu mechanicznego należy doczyścić ręcznie.

Podczas oczyszczania jezdni nie dopuszcza się stosowania dmuchaw.

W sytuacji gdy na jezdni przeznaczonej do oczyszczania zgłoszonej do odbioru na dany

dzień po wykonaniu usługi zalega piasek, liście, szkło lub inne odpady - uznaje się, że

usługa jest realizowana nieprawidłowo i powinna być powtórzona zgodnie z zaleceniem Zamawiającego najpóźniej następnego dnia roboczego.

W przypadku braku występowania warunków zimowych oczyszczanie jezdni może być kontynuowane w systemie ciągłym według harmonogramów.

Po ustąpieniu warunków zimowych w ciągu 20 dni roboczych nastąpi realizacja usługi pozimowego oczyszczania ulic. Usługa pozimowego oczyszczania ulic będzie wykonywana za stawkę bieżącego (letniego) oczyszczania ulic.

Po zakończeniu usługi pozimowego oczyszczania ulic, nastąpi letnie oczyszczanie na podstawie opracowanych przez Zamawiającego dwutygodniowych harmonogramów. W harmonogramach podany zostanie zakres prac, oczyszczanie jezdni odbywało się będzie w

dni robocze w godzinach 6:00-22:00 w cyklu tygodniowym (w harmonogramach zostanie podany zakres ulic do oczyszczania w ciągu tygodnia, co oznacza, że Wykonawca może dostosować prace do warunków atmosferycznych i innych prac). Wykonawca zobowiązany jest do zgłaszania ulic, które zostały oczyszczone w danym dniu, na bieżąco.

Opracowane harmonogramy będą stanowiły podstawę do rozliczenia i wykonywania prac kontrolnych. Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy harmonogramy w takim terminie, aby Wykonawca mógł realizować umowę w sposób ciągły.

W wykazie ulic do oczyszczania zastosowano zapis „inne ulice”, który dotyczy pozycji nieujętych w podstawowym wykazie lub nowo oddanych do użytku lub takich, które nie kwalifikują się do interwencyjnego oczyszczania (czyli mają mniej niż dwa centymetry darni, błota, ubitego piasku lub innego rodzaju zanieczyszczeń).

Ulice do oczyszczania będą typowane przez Zamawiającego według potrzeb i ujmowane w bieżących harmonogramach. Standard oczyszczania będzie zachowany jak dla wszystkich ulic.

Podana w ofercie cena musi zawierać wszelkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego wykonania umowy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Koszt 1 km technologicznego oczyszczania jezdni obejmuje pracę sprzętu, pracę pracowników ręcznych oczyszczających miejsca, które nie mogą zostać oczyszczone

mechanicznie oraz koszt wody i zagospodarowania odpadów.

Pracownicy wykonujący pracę muszą być ubrani w odblaskową odzież ostrzegawczą - wymóg bezwzględny MZDiK.”

Zgodnie z sekcją III punkt 5 SOPZ na utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia - rejon południowo wschodni oraz rejon południowo - zachodni (załącznik nr 10a i

10b do SWZ):

„Oczyszczanie ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i ciągów pieszo - rowerowych.

Przejścia dla pieszych, ciągi piesze, ścieżki rowerowe i ciągi pieszo-rowerowe położone na całej długości powinny być oczyszczone ze śniegu i lodu na całej szerokości. W otoczeniu przejścia dla pieszych nie może zalegać śnieg wyżej niż pół metra. Jeżeli śniegu jest więcej należy go usunąć poza obręb skrzyżowania. Na schodach oraz stromych przejściach nie może zalegać warstwa ubitego śniegu ani lodu. Schody i strome przejścia powinny być odśnieżone do czarnej nawierzchni i uszorstnione.

W czasie powołania „akcji zima” Zamawiający decyduje o zakresie prac do wykonania, przekazując Wykonawcy informację o obszarze prac (w ramach „akcji zima” nie muszą zostać wskazane wszystkie ciągi piesze i ścieżki rowerowe z rejonu, może zostać powołana „akcja zima” na wydzielonym obszarze, informacja zostanie przekazana w sposób zwyczajowo przyjęty np. mail, telefon, wiadomość tekstowa).

Ze względu na niejednorodne warunki atmosferyczne występujące w różnych rejonach

Zamawiający decyduje o powołaniu całkowitej lub częściowej „akcji zima”.

W przypadku wystąpienia ciągłych opadów śniegu w dzień Wykonawca odśnieża ciągi piesze, ścieżki rowerowe i ciągi pieszo-rowerowe w sposób ciągły zmieniając tylko osoby obsługujące sprzęt do odśnieżania. Jeżeli opady ciągle wystąpią w nocy Wykonawca wyjeżdża do akcji po powołaniu jej przez Zamawiającego. W przypadku trwania „akcji zima” podczas ciągłych opadów śniegu w czasie dnia, „akcja zima” liczona jest jednokrotnie. Jednokrotnie liczone są też akcje uruchomione przez Zamawiającego w momencie wystąpienia opadów śniegu aż do ich ustania i prawidłowego odśnieżenia rejonu. Wykonawca powinien zakończyć odśnieżanie w przypadku ustania opadów śniegu w ciągu 4 godzin na głównych, wyłuszczonych drukiem, ciągach pieszych, ścieżkach rowerowych i ciągach pieszo-rowerowych, w ciągu 6 godzin od momentu ustania opadów na pozostałych a w ciągu 12 godzin na zgłoszonych dodatkowych ciągach pieszych lub ścieżkach rowerowych. Po ukończeniu odśnieżania rejonu, Wykonawca zgłasza Zamawiającemu wykonanie prac. Uwagi i zalecenia Zamawiający zgłasza na bieżąco Wykonawcy celem natychmiastowego wykonania. Z objazdu Zamawiający może sporządzić również dokumentację.

Pracownicy wykonujący pracę muszą być ubrani w odblaskową odzież ostrzegawczą - wymóg bezwzględny MZDiK.”

W wykazie ciągów pieszych i ścieżek rowerowych, stanowiących załączniki nr 3 do SOPZ na utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia - rejon południowo wschodni oraz rejon południowo - zachodni (załącznik nr 10a i 10b do SWZ), w pozycjach pn. „Inne ulice - ciągi piesze” oraz „Inne ulice - ścieżki rowerowe” (załącznik nr 3 do SOPZ dla rejonu południowo - wschodniego), a także w pozycjach pn. „Inne ciągi piesze” i „Inne ścieżki rowerowe” (załącznik nr 3 do SOPZ dla rejonu południowo - zachodniego”, Zamawiający określił powierzchnię dla ww. pozycji w wysokości 1000 m<sup>2</sup> każda, częstotliwość w tygodniu na poziomie 0,125 każda oraz powierzchnię w tygodniu na poziomie 125m<sup>2</sup> każda.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut nr 5:

W pierwszej kolejności należy wskazać na treść art. 433 pkt 4 ustawy PZP, który stanowił podstawę przedmiotowego zarzutu oraz na brzmienie §1 ust. 2 pkt 7 projektowanych postanowień umowy, który według Odwołującego miał naruszać ww. przepis.

Otóż zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia (tak: wyrok KIO z 26 listopada 2021 r., KIO 3233/21).

Następnie podkreślić należy, że model wynagrodzenia należnego wykonawcy przedmiotu zamówienia w niniejszej umowie został określony jako kosztorysowy. Potwierdza to §8 ust. 1 pkt 3 projektowanych postanowień umowy, zgodnie z którym ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie prac objętych umową zostanie ustalone na podstawie faktycznie wykonanych ilości jednostek obmiarowych przy uwzględnieniu cen jednostkowych podanych w wycenieniu ceny ofertowej.

Istotą wynagrodzenia kosztorysowego jest to, że opiera się ono na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy.

Z tego względu, zdaniem Izby, kwestionowany przez Odwołującego §1 ust. 2 pkt 7 projektowanych postanowień umowy, stanowi jedynie potwierdzenie stosowanego przy realizacji umowy kosztorysowego modelu wynagradzania wykonawcy, przy którym poszczególne ilości jednostek obmiarowych mogą wzrastać lub ulegać zmniejszeniu, w zależności od bieżących potrzeb zamawiającego. Uwzględniając natomiast przedmiot zamówienia nie ulega wątpliwości, że bieżące potrzeby uzależnione będą od warunków atmosferycznych panujących w czasie realizacji usługi utrzymania czystości.

Przy czym Izba zgadza się z Zamawiającym, że nie jest obiektywnie możliwe dokonanie z góry założenia co do minimalnego wykorzystania, zgodnie z realnymi potrzebami Zamawiającego, każdej z poszczególnych pozycji określonych w załączniku nr 2a i 2b do OPZ. Oczywiście, zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jednakże analizując całość dokumentacji Izba nie doszukała się wadliwości w tym zakresie. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że ostateczna ilość jednostek obmiarowych może ulec zmianie, pomimo dołożenia należytej staranności Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia.

Powyższe uwagi dotyczące kosztorysowego modelu wynagrodzenia nie wyłączają jednak stosowania art. 433 pkt 4 ustawy PZP. Wciąż Zamawiający ma obowiązek zastosowania się do normy określonej treścią ww. przepisu. Zdaniem Izby, na co uwagę zwracał również Zamawiający, realizacja powyższego obowiązku została zagwarantowana w postanowieniu §7 ust. 1 pkt 1 projektowanych postanowień umowy, zgodnie z którym:

1. Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem warunków ich wprowadzenia:

1) ograniczenia zakresu prac w przypadku, gdy ilość jednostek podana w wycieszeniu ceny ofertowej okaże się wyższa w stosunku do ilości koniecznej do wykonania. Wykonawcy w tych warunkach nie przysługuje prawo do wynagrodzenia za zaniechany zakres prac. Zakres prac zlecony przez Zamawiającego nie może być mniejszy niż 70% wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 1 pkt 1 umowy;

Zamawiający precyzyjnie wskazał w ww. postanowieniu, że zakres plac zlecony przez Zamawiającego nie może być mniejszy niż 70% wysokości wynagrodzenia ustalonego w wycieszeniu ceny ofertowej. Ustalony został zatem minimalny zakres świadczenia stron, zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Izba nie doszukała się również naruszenia pozostałych przepisów powołanych w treści postawionego zarzutu. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 7:

Podniesionym zarzutem Odwołujący de facto kwestionuje stawki wynagrodzenia za świadczenie usługi poziomowego oczyszczania ulic, które zgodnie z OPZ rozliczane będzie według stawek bieżącego (letniego) utrzymania, argumentując postawiony zarzut tym, że obie usługi są różne, a zatem powinny być rozliczane wg różnych stawek.

Odwołujący zdaje się jednak zapominać o naczelnej zasadzie postępowania odwoławczego, jaką jest jego kontradictoryjny charakter. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia

faktów, z których wywodzą skutki prawne. Powyższe oznacza, że to strony muszą dostarczyć argumentację i dowody, które następnie mogą stać się podstawą uwzględnienia odwołania przez Izbę. W ramach rozpatrywanego zarzutu mamy do czynienia ze spornymi stanowiskami Odwołującego i Zamawiającego. Według Odwołującego „obie usługi są diametralnie różne, w tym różne są koszty ich przeprowadzenia (koszty poziomowego oczyszczania są wielokrotnie wyższe - przykładowo ilość zbieranych odpadów, zużycie szczotek w zamiatarce, użycie polewaczki drogowej, niezbędna ilość zatrudnionych osób do wykonania zlecenia).” Natomiast według Zamawiającego „poziome oczyszczanie ulic sprowadza się do wykonania czynności analogicznych do tych realizowanych podczas bieżącego oczyszczania ulic, ewentualna różnica polega na rodzaju usuwanych zanieczyszczeń (mokra/sucha).”

Ewidentna sporność obu stanowisk w połączeniu z brakiem jakichkolwiek dowodów na

poparcie tezy stawianej przez Odwołującego, stawia Zamawiającego na uprzywilejowanej pozycji, gdyż to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie. Izba nie doszukała się w kwestionowanym postanowieniu, przy uwzględnieniu argumentacji

przedstawianej przez Odwołującego, naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP. W związku z powyższym, w braku dowodów na to, że koszty ww. usług są różne, zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 8:

Z tożsamyh względów jak zarzut nr 7, oddalić należało zarzut nr 8. Okoliczność

wykazywana dowodem powoływanym przez Odwołującego, nie przesądza o prawidłowości stanowiska Odwołującego, tj., że utrzymanie schodów, kładek i przejść dla pieszych wymaga innego, wyższego standardu niż ż utrzymanie ciągów pieszych i rowerowych.

Odwołujący zdaje się wychodzić z założenia, że skład orzekający zaznajomiony jest z tym jak wygląda w praktyce wykonywanie usługi polegającej na utrzymaniu schodów, kładek, przejść dla pieszych czy też ciągów pieszych i rowerowych oraz rozkład kosztów z nią związanych czy też rodzaj sprzętu niezbędnego do wykonania usługi zgodnie ze standardami wynikającymi z OPZ. Nie jest to jednak wiedza powszechnie znana, a zatem wymaga ona dowodu. Skoro zatem Odwołujący podnosił, że koszt tej usługi jest znacznie wyższy i wymaga dla jej wykonania innego sprzętu to powinien powyższe udowodnić. Brak dowodu w tym zakresie wyłącza możliwość uwzględnienia odwołania w oparciu o argumentacją zawartą w odwołaniu, która jest bardzo ograniczona. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 12:

Przedmiotowy zarzut powiązany jest z zarzutem nr 5, dotyczącym §1 ust. 2 pkt 7 projektowanych postanowień umowy, dlatego w części dotyczącej powodów oddalenia zarzutu nr 5, również ten zarzut podlega oddaleniu.

W pozostałym zakresie Odwołujący wskazuje, jakoby kwestionowany przez niego fragment OPZ był nieprecyzyjny, uniemożliwiając właściwą wycenę pozycji kosztorysowej. Próżno jednak szukać argumentacji, w której Odwołujący wskazywałby na czym ta nieprecyzyjność polega. Odwołujący nie wykazał by Zamawiający nie dołożył należytej staranności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia w ww. zakresie dlatego Izba nie miała podstaw dla uwzględnienia postawionego zarzutu.

Z powyższych względów, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....