Sygn. akt: KIO 1582/17

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2017 roku przez wykonawcę **S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu**

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu dot. pkt 3.1 s.i.w.z. dotyczącego zapisów: „W ramach IV kolejności utrzymania zimowego Zamawiający może zlecić Wykonawcy 20 km miesięcznie pozostałych dróg, które wg wpisu do ewidencji gruntów są własnością Gminy Wałbrzych i Skarbu Państwa i stanowią użytek „droga". Zamawiający może zlecić Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy dodatkowe prace na jezdniach w zakresie utrzymania w okresie letnim i bezśnieżnym w wymiarze 50 km i w okresie zimowym w wymiarze 50 km, 5 godzin prac w zakresie usuwania i czynności związanych ze składowaniem pozostałości po usuwaniu szkła, ziemi i innych zanieczyszczeń w wyniku zdarzeń losowych (ulewne deszcze i inne gwałtowne zjawiska atmosferyczne)" oraz w zakresie zarzutu dot. zapisu pkt. II § 1 ust. 21 wzoru umowy,
2. w pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze umarza
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Wałbrzychu.**

……..

Sygn. akt: KIO 1582/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie czystości oraz odśnieżanie i likwidowanie śliskości na drogach zlokalizowanych na terenie gminy Wałbrzych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 31 lipca 2017 roku wykonawca S&A Service Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 1 oraz 7 ustawy P.z.p., poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający późniejsze prawidłowe dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 91 ust. 1-2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 i 13 w związku z art. 7 ustawy poprzez nieprecyzyjne opisanie sposobu przygotowania oferty oraz kryteriów, którymi zamawiający

będzie się kierował przy ocenie oferty w zakresie podlegającym punktacji - poza ceną - w związku z niejednoznacznymi postanowieniami dotyczącymi kryterium oceny ofert (termin płatności faktury, skrócenie czasu rozpoczęcia akcji posypywania, odpłużania lub posypywania z odpłużaniem jezdni dróg I kolejności utrzymania)

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o:
- nakazanie zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez;
- zmianę lub sprecyzowanie, lub poprawienie zapisów w s.i.w.z. oraz treści umowy stanowiącej cześć s.i.w.z., w sposób szczegółowy opisany w uzasadnieniu odwołania

Odwołujący oświadczył, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, poprzez brak możliwości prawidłowego złożenia oferty na skutek niejasnego i nieprecyzyjnego opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Odwołujący nie ma możliwości zadania pytań, aby nie uchybić terminowi do wniesienia odwołania, a na skutek uchybień zamawiającego - jego wniesienie jest konieczne i uzasadnione.

W ocenie odwołującego, zamawiający umieszczając w s.i.w.z. żądania nieostre, niejasne, nieprzewidziane przedmiotem zamówienia, oraz zbyt wygórowane nie będzie miał możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia zgodnego z jego faktycznym zakresem. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem namówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Celem wprowadzonego przepisu jest realizacja wyrażonej w prawie zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wprowadzone do ustawy sformułowanie „związany z przedmiotem zamówienia" Oznacza, iż opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia".
- II - opisów faktyczny tych zapisów w SIWZ^ oceniany przez Odwołującego
- III - żądanie zmiany zapisów SIWZ przez Odwołującego/wykonawcę
Itak:
1.I - strona s.i.w.z. pkt III opis przedmiotu zamówienia" pkt III. 1. - Zamawiający wskazuje dla zadania I w zakresie Wielkości zadania
a) utrzymanie czystości 100 km dróg (jezdni) W okresie letnim i bezśnieżnym
b) utrzymanie czystości i przejezdności dróg (jezdni) w okresie zimowym (w rozbiciu na drogi o określonej kolejności utrzymania)
oraz

W ramach IV kolejności utrzymania zimowego Zamawiający może zlecić Wykonawcy 20 km miesięcznie pozostałych dróg, które wg wpisu do ewidencji gruntów są własnością Gminy Wałbrzych i Skarbu Państwa i stanowią użytek "droga"'

Odwołujący tak sformułowany zapis s.i.w.z. ocenił jako nieprawidłowy, niejasny i , uniemożliwiający prawidłową kalkulacje dla dokonania należytej wyceny świadczonego zakresu, usług. Określenie przez zamawiającego, że Wykonawca będzie zobowiązany wykonać na zlecenie Zamawiającego 20 km dróg pozostałych stanowiących własność Gminy oraz Skarbu Państwa - w stosunku trwania umowy- 24 miesiące - daje Ogółem dodatkowych 100 km/ miesięcznie { przez okres 5 miesięcy w okresie zimowym) do utrzymania w ramach bieżącej umowy. Jest to jednak niewiadomy na etapie, kalkulacji ceny, gdy Zamawiający określa to zdarzenie w s.i.w.z. jako niewiadome, bez skonkretyzowania przypadków do ewentualnego przewidzenia przez Wykonawcę, celem choćby hipotetycznego skalkulowania takiego zdarzenia, lub ewentualnego dodatkowego rozliczenia. Co więcej takie zdarzenie

może mieć charakter powtarzalny, a więc przez okres 24 miesięcy trwania umowy – nigdy nieprzewidywalny. Tak więc ten element s.i.w.z. - choć istotny dla kalkulacji wartości zamówienia – nie jest sprecyzowany do możliwości prawidłowej kalkulacji.

Odwołujący wniósł o zmianę tego zapisu s.i.w.z., poprzez doprecyzowanie przez zamawiającego, w jakich sytuacjach zamawiający może klecić wykonawcy utrzymanie zimowe 20 km miesięcznie dróg, w jakim czasie od zlecenia, czy jednorazowo w danym miesiącu, czy przez cały miesiąc, codziennie. Konieczność sprecyzowania tego elementu s.i.w.z. jest konieczna dla prawidłowej kalkulacji ceny, stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert (60%)

Odwołujący podniósł, że na str. 2 s.i.w.z. zamawiający wskazał: "Zamawiający może zlecić Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy dodatkowe prace na jezdniach w zakresie utrzymania w okresie letnim i bezśnieżnym w wymiarze 50 km i w okresie zimowym w wymiarze 50 km, 5 godzin prac w zakresie usuwania / czynności związanych ze składowaniem pozostałości po usuwaniu szkło, ziemi / innych zanieczyszczeń) w wyniku zdarzeń losowych (ulewne deszcze i Inne gwałtowne zjawiska atmosferyczne)"

Odwołujący wniósł o zmianę tego zapisu s.i.w.z. poprzez doprecyzowanie przez zamawiającego, w jakich sytuacjach zamawiający może zlecić wykonawcy utrzymanie w okresie letnim i bezśnieżnym w wymiarze 50 km i w okresie zimowym w wymiarze 50 km, poprzez określenie czy takie zlecenie będzie miało charakter tylko jednorazowy - 50 km w okresie 24 miesięcy, w obu okresach bezśnieżnym i zimowym, czy będzie miało charakter powtarzający, oraz w jakich okolicznościach takie zlecenie może się pojawić.

oraz

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie co oznacza 5 godzin prac w zakresie usuwania i czynności związanych ze składowaniem pozostałości po usuwaniu szkła, ziemi i innych zanieczyszczeń w wyniku zdarzeń losowych (ulewne deszcze i inne gwałtowne zjawiska atmosferyczne). Czy przez cały okres trwania umowy (24 miesiące) wykonawca ma obowiązek poświęcić temu zadaniu (zdarzeniu) tylko 5 godzin, takich przypadków może być w okrasie 24 - miesięcy znacznie więcej, niż przewiduje to zamawiający. Zapis ten koniecznie wymaga sprecyzowania, gdyż pojawia się on jako wyodrębnione badanie w pozostałych częściach –s.i.w.z. oraz treści umowy oraz załączniku do niej.

- strona 5-6 s.i.w.z. pkt III "Opis przedmiotu zamówienia” Zakres obowiązków Wykonawcy dla zadania I;

2.I s.i.w.z. - lit b) mechaniczne dodatkowe oczyszczanie jezdni pozostające poza harmonogramem, wg wskazań Zabawiającego

Odwołujący tak sformułowany zapis* s.i.w.z. ocenił jako nieprawidłowy, niejasny i uniemożliwiający prawidłową kalkulację dla dokonania należytej wyceny świadczonego zakresu usług. Określenie przez Zamawiającego, że Wykonawca będzie zobowiązany wykonać na zlecenie Zamawiającego mechaniczne dodatkowe oczyszczanie jezdni pozostające poza harmonogramem, wg wskazań Zamawiającego - rodzi niewiadomą w zakresie zlecanych zadań dodatkowych, zarówno co do możliwości prawidłowego dokonania kalkulacji, zapewnienia potencjału sprzętowo - ludzkiego oraz potencjalnych kar umownych w przypadku braku możliwości reakcji na zlecenie Zamawiającego z powodu zawsze niewiadomej, kiedy taka okoliczność może nastąpić.

Odwołujący wniósł o zmianą tego napisu s.i.w.z. poprzez doprecyzowanie przez zamawiającego, w jakich sytuacjach Zamawiający może zlecić Wykonawcy mechaniczne dodatkowe oczyszczanie jezdni pozostające poza harmonogramem, wg wskazań Zamawiającego dodając, że tylko po wcześniejszych uzgodnieniach z wykonawcą, w zakresie terminu, miejsca, zakresu oraz w przypadkach wykraczających w sposób znaczący poza przedmiot zamówienia (co najmniej przekraczający 10 km) za dodatkowym wynagrodzeniem według stawek przyjętych* w kalkulacji wykonawcy.

3.I. s.i.w.z - lit i) "odśnieżanie i zwalczanie śliskości przy użyciu środków uszorstniających oraz chemicznych na oznakowanych przejściach dla pieszych - wg wykazanej kolejności sporządzonej przez Zamawiającego do dnia podpisania umowy.

Odwołujący tak sformułowany zapis s.i.w.z. ocenił jako nieprawidłowy, niejasny i

uniemożliwiający prawidłową kalkulację dla dokonania należytej wyceny świadczonego zakresu usług. Określenie przez Zamawiającego, że wykonawca otrzyma informacjąęo kolejności utrzymania przejść dla pieszych do dnia podpisania umowy - bez wskazania, ile jest przejść dla pieszych, i w jakich rejonach jezdni (ulic) w sposób całkowity uniemożliwia dokonanie prawidłowej kalkulacji ceny, gdyż, wykonawca nie posiada żadnych informacji własnych (może być wykonawca całkowicie spoza terenu Wałbrzycha) co do ilości przejść, ich położenia, oraz wielkości, a wziąć tu należy pod uwagę że jest to zadanie wymagające zaangażowania potencjału ludzkiego, gdyż będzie ono wykonywane ręcznie, a więc wymagające zaangażowania stosownych środków finansowych, biorąc pod uwagę obowiązek zatrudniania pracowników na umowy p pracę, ta stawkę zgodną z obowiązującymi przepisami o najniższym wynagrodzeniu. Brak jest też sprecyzowania czy utrzymanie przejść należy wykonywać całodobowo, w okresach określonych godzin, a w takim przypadku w jakich? Przejścia dla pieszych wykorzystywane są całodobowo.

Odwołujący wniósł o zmianą tego zapisu s.i.w.z., poprzez załączenie przez zamawiającego wykazów przejść dla pieszych do s.i.w.z. w czasie trwania postępowania, przed złożeniem ofert oraz wskazanie kolejności tych przejść, oraz zasad wraz z podaniem godzin ich utrzymywania (czasookresów) - jako załącznika do s.i.w.z. - celem umożliwienia sporządzenia prawidłowej kalkulacji dla wartości zamówienia.

4.I. lit. j) wywóz nadmiaru śniegu / likwidacja nabojów lodowych

Odwołujący tak sformułowany zapis s.i.w.z. ocenił jako nieprawidłowy, niejasny i uniemożliwiający prawidłową kalkulację dla dokonania należytej wyceny świadczonego zakresu usług; Zamawiający w żaden sposób nie wskazuje, kto określa miejsce wywozu śniegu, czy leży to w gestii Zamawiającego; wskazanie takiego miejsca, czy będzie to teren Zamawiającego, czy też będzie tę spoczywało na Wykonawcy, wydzierżawienie takiego miejsca, a tym samym uzgodnienia co do składu chemicznego wywożonego śniegu i zanieczyszczeniu środowiska (sól drogowa lub inne środki chemiczne; szczególnie, że jest to śnieg z jezdni). Zamawiający nie określa również co rozumie przez zwrot "naboje lodowe", choć dotychczas wszyscy już zarządcy dróg (jako zamawiający) doprecyzowują to określenie, co należy rozumieć przez "naboje śnieżne". Jest to istotne do określenia, celem uniknięcia zarzutu nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a tym samym uniknięcia kar umownych.

Odwołujący wniósł o zmianę tego zapisu s.i.w.z., poprzez wskazanie miejsca składowiska i określenie, czy będzie ono własnością Zamawiającego lub czy leży to w gestii wykonawcy, oraz dodanie do wskazanego punktu, że;

" poprzez nabój śnieżny rozumie się nieusuniętą zlodowaciałą lub ubitą warstwę śniegu o znacznej grubości (od kilkunastu centymetrów i przymarzniętą do nawierzchni jezdni"

5.1 - strona 10 s.i.w.z. -

pkt V.2.3. Zdolność techniczna lub zawodowa

Odwołujący nie rozumie, czy w przypadku spełniania warunków określonych w pkt V.2.3.1. wystarczy tylko zdolność np. "techniczna” czy też obie przesłanki winny być spełnione - zdolność techniczna i zdolność zawodowa.

Odwołujący uważa, że pkt V. 2. 3 winien brzmieć:

"V.2.3. Zdolność techniczna i zawodowa"

6. strona 28 S1WZ

XII. Opis kryteriów wyboru oferty Kryterium 3

„Skrócenie czasu rozpoczęcia akcji posypywania, odpłużania lub posypywania z odpłużaniem jezdni dróg I kolejności utrzymania – waga 30%"

Odwołujący tak sformułowany zapis s.i.w.z. ocenił jako nieprawidłowy, niejasny i uniemożliwiający prawidłową kalkulację dla dokonania należytej wyceny świadczonego zakresu usług, jak również prawidłowego określenia wagi tego kryterium. Przyznany procent za ten element oferty stanowi bardzo duży procent do jego oceny, bo 30%, a więc ma istotny wpływ na wygraną w postępowaniu, jednakże poprzez brak należytego i jednoznacznego sprecyzowania przez Zamawiającego, co należy rozumieć poprzez, określenie "czas rozpoczęcia akcji”. Odwołujący uważa, że uniemożliwia to należytą ocenę wymagań zamawiającego w tym zakresie, a tym samym, czy czas rozpoczęcia akcji to czas wyjazdu pierwszej np. piaskarki z bazy wykonawcy, czy czas wjazdu na drogi oznaczone jako do pierwszej kolejności do odśnieżania. Co więcej, istotne jest też tutaj położenie bazy wykonawcy lub miejsca postoju sprzętu wykonawcy, brak takiego sprecyzowania

uniemożliwia należytą ocenę wymagań zamawiającego. Odwołujący przywołał zastrzeżenie naliczania kar umownych przez Zamawiającego, do wysokości 1000,00 złotych za każde 5 minutowe opóźnienie w i "rozpoczęciu akcji...."

Odwołujący wniósł o zmianę tego zapisu s.i.w.z. - kryterium 3 poprzez - wg uznania Zamawiającego - wskazanie np. że: " za czas rozpoczęcia akcji Zamawiający rozumie wyjazd pierwszej piaskarki z bazy wykonawcy" lub "dotarcie pierwszej piaskarki i rozpoczęcie

posypywania na drogach i kolejności utrzymania" lub "dotarcie wszystkich piaskarek wykonawcy i rozpoczęcie posypywania pa drogach ł kolejności utrzymania“

7.1 - strona 38 s.i.w.z.

XIV Informacje o formalnościach, jakie powinny zastać dopełnione po wyborze ofert w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wzór umowy

ust. 5 pkt 3)

„3) przedstawić oryginał dokumentu potwierdzającego prawa dysponowania, w okresie realizacji umowy, terenem - bazą na terenie Wałbrzycha lub oryginał umowy z właścicielem terenu na dzierżawę/użyczenie/najem terenu pod bazę na terenie Wałbrzycha. Umowa musi być zawarta na okres realizacji zamówienia. W przypadku, gdy strony przewidują możliwość jej wypowiedzenia, okres wypowiedzenia musi być co najmniej miesięczny. Powierzchnia bazy musi liczyć co najmniej 100 m^2, na terenie bazy musi znajdować się pomieszczenie garażowo - magazynowe",

Odwołujący tak sformułowany zapis s.i.w.z. ocenił jako nieprawidłowy. Ocena , że baza garażowo - magazynowa ma posiadać minimum 100 m^2 oznacza, że zmieści się na niej ewentualnie jeden pojazd Wykonawcy, a z pewnością uniemożliwi to posiadanie magazynów na przechowywanie soli czy leż środków uszorstniających. Realność takiej wielkości bazy nie stanowi gwarancji na możliwość weryfikacji przez zamawiającego przechowywania np. soli czy weryfikacji sprzętu, wytwarzania solanki itp. niezbędnych czynności wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o zmianę tego zapisu s.i.w.z. poprzez określenie, że

3) przedstawić oryginał dokumentu potwierdzającego prawo dysponowania, w okresie realizacji umowy, terenem - bazą na terenie Wałbrzycha lub oryginał urnowy z Właścicielem terenu na dzierżawę/użyczenie/najem terenu pod bazę na terenie Wałbrzycha. Umowa musi być zawarta na okres realizacji zamówienia. W przypadku, gdy strony przewidują możliwość jej wypowiedzenia, okres wypowiedzenia musi być co najmniej 3-miesięczny. Powierzchnia bazy musi posiadać powierzchnię pozwalającą na swobodne garażowanie sprzętu służącego do wykonywania usługi objęte umową, jak również posiadać odpowiednie magazyny do przechowywania i składowania soli oraz środków uszorstniających".

8.1 strona 39 S1WZ

XIV informacje o formalnościach, jakie powinny ostać dopełnione po wyborze ofert w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wzór umowy

-pkt 7) przedstawić na piśmie oświadczenie o sposobie i źródle uzyskiwania prognozy pogody okresie trwania umowy

Odwołujący tak sformułowany zapis s.i.w.z. i warunków formalnych do spełnienia, ocenia jako nieprawidłowy, gdyż element tego wymogu powtarza się w kilku miejscach s.i.w.z,. oraz warunkach i zasadach umowy. Element ten przewidziany do spełnienia jest też istotnym źródłem wiedzy o przewidywanych warunkach pogodowych oraz podlega on nawet opisowi w składanych Zamawiającemu meldunkach, na jego żądanie. Tym samym tak lakoniczne sformułowanie tego wymogu może oznaczać pozyskiwanie takich informacji ze zwiastunów pogodowych ogłaszanych przez ogólnodostępne media.

Odwołujący wniósł o zmianę tego zapisu s.i.w.z. poprzez określenie że:

„7) przedstawić na piśmie oświadczenie o sposobie i źródle uzyskiwania prognozy pogody w okresie trwania pogody, z urządzeń stanowiących legalizowaną stację meteorologiczną, znajdującą się na terenie Zamawiającego, tj. obszaru Gminy Wałbrzycha

9.I. załącznik nr 5 do SIWZ - umowa

Większość uwag do umowy pokrywa się z niezgodnością zapisów w s.i.w.z. wskazanych w pkt od 1 do 8, gdyż stanowią one powtórzenia przeniesione wprost z s.i.w.z.,

a dotyczą paragrafu 1, ust. 2 lit. a i b (niejasność i niespójność w kilometrach dróg do utrzymania), paragrafu 2 ust. 4 (brak miejsca wywozu śniegu), paragrafu 4 ust. 5 (obszar bazy wraz z wymogami), w paragrafie 7 ust. B lit. c (określenie czasu rozpoczęcia akcji), lit. f (przejścia dla pieszych -brak wskazania tych przejść oraz czasookresu ich utrzymywania) , lit. g (baza danych meteorologicznych), ust. 5 (czas rozpoczęcia akcji - brak sprecyzowania).

Dodatkowo jednak odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści umowy używa zwrotów niejasnych, ogólnych, niedookreślonych takich jak zawartych w paragrafie 7 umowy ust. 3 lit. a.

"3. Kary umowne będą naliczane w przypadku, gdy zamawiający stwierdzi, że:
a. jezdnie dróg wyszczególnionych w załączniku do Zasad są niestarannie oczyszczone lub są nieoczyszczone

W ocenie odwołującego, tak sformułowane określenie jest niemożliwe do faktycznego, realnego i rzetelnego zweryfikowania w mogącej zaistnieć rzeczywistości, gdyż słowo niestarannie jest nieprecyzyjne, i w żaden sposób nie daje ochrony wykonawcy przed ewentualnym niesłusznym naliczeniem kar, pojęcie " niestaranny” w ocenie prawidłowości

wykonania usługi może być oceniane bardzo subiektywnie* Podkreślenia wymaga fakt treści załącznika nr X do Zasad.... załączonych do umowy jako zał. nr 1, a dotyczący częstotliwości zamiatania jezdni. W załączniku tym są wskazane główne arterie u Zamawiającego, z dużą częstotliwością użytkowania przez ruch kołowy oraz pieszy, a wyznaczenie ich tylko do zamiatania raz lub dwa razy w miesiącu nie daje gwarancji "staranności", w jakimkolwiek by ona miała być znaczeniu.

Odwołujący wniósł o zmianę tego zapisu umowy poprzez określenie, że:
"3. Kary umowne będą naliczane w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że : a. jezdnie dróg wyszczególnionych w załączniku do Zasad są niestarannie oczyszczone lub są nieoczyszczone. Zamawiający poprzez niestaranność rozumie, brak efektu czystości drogi tj. usunięcia kurzu, błota oraz odpadów w dniu wykonania tych czynności, na odcinku wskazanym w harmonogramie prowadzenia tych prac”
10. Odwołujący wskazał, że zamawiający w treści umów wprowadził postanowienia nigdzie nieokreślone w treść s.i.w.z. oraz załącznikach do umowy.
Powyższe dotyczy treści paragrafu 8 ust. 1 umowy
„ust. 1. Wykonawca będzie wystawiał faktury z podziałem na drogi gminne, powiatowe, wojewódzkie i krajową utrzymywane w I kolejności utrzymania zimowego i pozostałe drogi (utrzymywane w II, III, IV kolejności utrzymania zimowego i inne zlecenia utrzymania dróg) oraz drogi wewnętrzne (z podziałem na publiczne i wewnętrzne) i faktury z podziałem na zakres wg harmonogramu w okresie bezśnieżnym"

Odwołujący stwierdził, że tak sformułowane zadanie nie wynika z żadnego postanowienia s.i.w.z. ani wskazania w rozbiciu dróg do utrzymania z dokonanym podziałem na drogi gminne, powiatowe, wojewódzkie i krajową. Tym samym jest to wymóg niemożliwy do wykonania bez dokonania takiego podziału i zamieszczenia go w s.i.w.z. w charakterze załącznika.

Odwołujący wniósł o dodanie załącznika z podziałem na drogi gminne, powiatowe, wojewódzkie i krajową lub zmianę zapisów umowy w paragrafie 8 ust. 1.
11. Uwagi do załącznika nr 1 do umowy "Zasady wykonywania prac w zakresie...”
W obowiązkach wykonawcy określonych w Zasadach... następuje powtórzenie zarzutów Odwołującego przedstawionych do treści s.i.w.z. oraz umowy, które są adekwatne do wniosków odwołującego o ich zmianę lub sprecyzowanie.

Z dodatkowych zarzutów odwołujący wskazał na postanowienia ujęte w
- pkt 1 § 1 ust. 8 poprzez brak sprecyzowania, jaką częstotliwość maksymalną dopuszcza Zamawiający do takich czynności, jak również czy inicjatywa polewania ulic wodą ma wychodzić od wykonawcy, szczególnie biorąc uwagę czynione oszczędności przez Zamawiającego z tak znacznym ograniczeniem częstotliwości zamiatania głównych arterii u Zamawiającego,

Odwołujący zaproponował wprowadzić zapis precyzujący, że:
" nie częściej niż to wynika z załącznika nr 1 do Zasad”

- pkt II § 1 ust. 14 " mechaniczne oczyszczanie należy wykonywać na całej szerokości jezdni i skrzyżowań ulic oraz do 15,0 mb licząc od linii krawężnika wlotu drogi poprzecznej publicznej lub wewnętrznej nie objętej oczyszczaniem”

Odwołujący uważa, że zapis ten wymaga sprecyzowania, jednak nie potrafi zasugerować własnego zapisu, nie znając wizji wykonania tych czynności przez. Zamawiającego, szczególnie, że dotyczy to też dróg wewnętrznych. .

- pkt II § 1 ust. 18 – tak jak opisano to wyżej (utrzymywanie, przejść dla pieszych)
- pkt II § 1 ust. 21 - czy Zamawiający wprowadzając zastrzeżenie nadmiernej prędkości pojęcia "zakazuje się" sugeruje dopuszczalną prędkość dla pojazdu używając prowadzącego akcję odśnieżania pługiem. Odwołujący wskazuje, że zjawisko zarzucania śniegiem poboczy i czy chodników jest zjawiskiem nieuniknionym, niezależnym od prędkości pojazdu z pługiem.
- pkt IV Postanowienia końcowe

ust. 9" Śnieg zalegający przy krawężnikach / na poboczach w związku z odśnieżaniem jezdni będzie wywożony na składowisko po uzgodnieniu zakresu prac z Zamawiającym"

Odwołujący wskazał, że w całym s.i.w.z., jak też umowie brak jest sprecyzowania miejsca składowania śniegu. Zamawiający jedynie we wskazanym ustępie 9 używa zwrotu "składowisko" nadal go jednak nie precyzując ani nie wskazując. Dodatkowo wskazuje, że do obowiązków wykonawcy będzie należało wywiezienie śniegu związanego z odśnieżeniem jezdni, nie wskazuje jednak, że zaleganie śniegu na poboczach oraz jezdni wiąże się też z utrzymaniem chodników i zgarnianiem śniegu z chodników na pobocza oraz jezdnię, a także z podwórek. W tym przypadku jakie będzie rozróżnienie zalegającego śniegu z odśnieżania

jezdni od śniegu z chodnika, czy podwórka, a tym samym jaka będzie kalkulacja za wykonanie takiej czynności, często być może za innego sprawcę zalegania śniegu.

Odwołujący stwierdził, że we wskazanym przypadku istnieje konieczność jednoznacznego wywożenia oraz wywozu wskazania miejsca śniegu powiązania, zalegającego śniegu z terenu jezdni oraz chodników, szczególnie że przetarg obejmuje zadania również i w zakresie utrzymania chodników. '

12. Uwagi do załącznika nr 1 do Zasad" Wykaz jezdni wraz z częstotliwością zamiatania“.

We wskazanym załączniku znajdują się jezdnie, na których wzmożony ruch kołowy, jak i pieszych przy częstotliwości zamiatania 2 razy miesiącu lub nawet 4 razy to miesiącu, nie pozwoli utrzymania ich w należytym stanie, a tym samym uniknięcie kar wynikających z umowy z § 7 ust. 3 lit. a, gdzie Zamawiający mówi o "niestaranności lub nieoczyszczeniu".

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający ograniczył w znaczny sposób częstotliwość zamiatania, co będzie skutkowało niemożliwością spełnienia warunków utrzymania czystości według potrzeb i wymagań Zamawiającego, jak też należytej gospodarki w zakresie utrzymania czystości w Gminie Wałbrzych.

Tym samym odwołujący uważa, że wskazane zapisy s.i.w.z., umowy oraz załączników winny zostać sprecyzowane i poprawione w wyżej opisany sposób.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 sierpnia 2017 roku oraz na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2017 roku oświadczył, że uwzględnił częściowo zarzut odwołania za wyjątkiem:

zarzutu opisanego w pkt. I dotyczącego zapisu:

„W ramach IV kolejności utrzymania zimowego Zamawiający może zlecić Wykonawcy 20km miesięcznie pozostałych dróg, które wg wpisu do ewidencji gruntów są własnością Gminy Wałbrzych i Skarbu Państwa i stanowią użytek "droga"

oraz

"Zamawiający może zlecić Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy dodatkowe prace na jezdniach w zakresie utrzymania w okresie letnim i bezśnieżnym w wymiarze 50 km i w okresie zimowym w wymiarze 50 km, 5 godzin prac w zakresie usuwania / czynności związanych ze składowaniem pozostałości po usuwaniu szkła, ziemi / innych zanieczyszczeń w wyniku zdarzeń losowych (ulewne deszcze i inne gwałtowne zjawiska atmosferyczne)"-

oraz

zarzutu zawartego w punkcie 5.1 odwołania dot. rozdziału V s.i.w.z. - V.2.3. Zdolność techniczna lub zawodowa
oraz
zarzutu dotyczącego pkt II § 1 ust. 21 wzoru umowy w brzmieniu: „Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności związane z odśnieżaniem w taki sposób, aby nie utrudniać użytkownikom sąsiednich terenów korzystania z nich. Zakazuje się wykonywania czynności odśnieżania mechanicznego (z nadmierna prędkością prowadzonego pojazdu z pługiem) w sposób powodujący zarzucanie śniegiem chodników już oczyszczonych."
oraz

zarzutu zawartego w punkcie 12.1 odwołania - „Wykaz jezdni wraz z częstotliwością zamiatania".

Odwołujący na posiedzeniu Izby w dniu 11 sierpnia 2017 roku cofnął zarzuty wskazane w pkt. 5, 6, 8 i 12 odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. III. 1 s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia", zamówienie obejmuje utrzymanie czystości oraz odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni, chodników, placów, ścieżek rowerowych, schodów terenowych zlokalizowanych w ciągach dróg publicznych i wewnętrznych w granicach administracyjnych miasta Wałbrzycha.

Przedmiot zamówienia został podzielony na sześć odrębnych zadań.

zadanie I

Mechaniczne oraz ręczne utrzymanie czystości oraz odśnieżanie i zwalczanie śliskości na jezdniach.

Wielkość zadania:

a) utrzymanie czystości 100 km dróg (jezdni) w okresie letnim i bezśnieżnym,

b) utrzymanie czystości i przejezdności dróg (jezdni) w okresie zimowym:

- 93 jezdnie dróg I kolejności utrzymania zimowego (w tym pętle autobusowe i łączniki),

- 78 jezdni dróg II kolejności utrzymania zimowego,

- 150 jezdni dróg III kolejności utrzymania zimowego,

- 117 jezdni dróg IV kolejności utrzymania zimowego.

W ramach IV kolejności utrzymania zimowego Zamawiający może zlecić Wykonawcy 20 km miesięcznie pozostałych dróg, które wg wpisu do ewidencji gruntów są własnością Gminy Wałbrzych i Skarbu Państwa i stanowią użytek „droga".

Zamawiający może zlecić Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy dodatkowe prace na jezdniach w zakresie utrzymania w okresie letnim i bezśnieżnym w wymiarze 50 km i w okresie zimowym w wymiarze 50 km, 5 godzin prac w zakresie usuwania i czynności związanych ze składowaniem pozostałości po usuwaniu szkła, ziemi i innych zanieczyszczeń w wyniku zdarzeń losowych (ulewne deszcze i inne gwałtowne zjawiska atmosferyczne).
Zgodnie z pkt. II § 1 ust. 21 wzoru umowy, „Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności związane z odśnieżaniem w taki sposób, aby nie utrudniać użytkownikom sąsiednich terenów korzystania z nich. Zakazuje się wykonywania czynności odśnieżania mechanicznego (z nadmierną prędkością prowadzonego pojazdu z pługiem) w sposób powodujący zarzucanie śniegiem chodników już oczyszczonych."
Izba zważyła, co następuje:
Odwołanie jest bezzasadne w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego i podtrzymanych przez odwołującego.
W pozostałym zakresie postępowanie należało umorzyć na podstawie art. 168a ust.

4a i art. 187 ust. 8 ustawy P.z.p.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty dotyczące zapisów opisu przedmiotu zamówienia a brzmieniu:

„W ramach IV kolejności utrzymania zimowego Zamawiający może zlecić Wykonawcy 20 km miesięcznie pozostałych dróg, które wg wpisu do ewidencji gruntów są własnością Gminy Wałbrzych i Skarbu Państwa i stanowią użytek „droga".

Zamawiający może zlecić Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy dodatkowe prace na jezdniach w zakresie utrzymania w okresie letnim i bezśnieżnym w wymiarze 50 km i w okresie zimowym w wymiarze 50 km, 5 godzin prac w zakresie usuwania i czynności związanych ze składowaniem pozostałości po usuwaniu szkła, ziemi i innych zanieczyszczeń w wyniku zdarzeń losowych (ulewne deszcze i inne gwałtowne zjawiska atmosferyczne)".

Podkreślenia wymaga, że przedmiot zamówienia dotyczy w szczególności utrzymania i śliskości na i terenach porządku, odśnieżania usuwania drogach zlokalizowanych na obszarze Gminy Wałbrzych. Jest to dość specyficzny przedmiot zamówienia, w jego się charakteryzujący dużym stopniem nieprzewidywalności wykonywaniu z uwagi na fakt, iż zależy on w dużej mierze od występowania zjawiska atmosferycznych, których częstotliwość można przewidzieć jedynie w ograniczonym zakresie.

Utrzymywanie czystości i porządku jest zadaniem własnym każdej gminy. Ze względu na fakt, iż zamówienie publiczne obejmujące ten rodzaj zadania obejmuje często okresy kilkuletnie, zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia jest obowiązany uwzględnić wszelkie okoliczności, które pozwolą mu na realizację zadania, w tym zmiany pór roku i zjawiska atmosferyczne charakterystyczne dla każdej z nich. Nie ma jednak technicznych możliwości, by z kilkumiesięcznym wyprzedzeniem określić częstotliwość i intensywność tych zjawisk. Okoliczności te nie mogą jednak uniemożliwić zamawiającemu realizacji zadania, dlatego też opis przedmiotu zamówienia musi zawierać rozwiązania umożliwiające zlecanie wykonawcy wykonanie określonych czynności w sytuacjach nagłych i niespodziewanych. Oczywistym jest przy tym, że część ryzyka związanego z zastosowaniem przez zamawiającego tego rodzaju rozwiązań obarcza wykonawcę, niemniej jednak wykonawca wykonujący usługi z zakresu utrzymania porządku musi zdawać sobie z tego sprawę. Podkreślenia wymaga, że zamawiający ustalił limit kilometrowy i godzinowy dodatkowych zleceń, co oznacza, że ryzyko wystąpienia zjawisk atmosferycznych powodujących konieczność wykonywania prac porządkowych przekraczających ustalony limit obarcza zamawiającego. Każdy wykonawca, znając ustalone limity, powinien tak skalkulować ofertę, by je uwzględnić w wynagrodzeniu za wykonanie zadania, ustalając cenę na odpowiednim, nawet wyższym poziomie.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący pkt. II § 1 ust. 21 wzoru umowy w brzmieniu: „Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności związane z odśnieżaniem w taki sposób, aby nie utrudniać użytkownikom sąsiednich terenów korzystania z nich. Zakazuje się wykonywania czynności odśnieżania mechanicznego (z nadmierną prędkością

prowadzonego pojazdu z pługiem) w sposób powodujący zarzucanie śniegiem chodników już oczyszczonych."

Odwołujący podnosił, że nie da się wykonywać odśnieżania przy użyciu pługu w taki sposób, by nie powodować zarzucania śniegiem terenów sąsiadujących z terenem odśnieżanych. W kwestionowanym postanowieniu chodzi jednak przede wszystkim o to, by dostosować prędkość pługu do warunków panujących na drodze oraz do faktu, że na drodze i terenach przyległych znajdują się inni uczestnicy ruchu oraz piesi. Zamawiający mógł taki

warunek postawić, natomiast wykonawcy winni sami ocenić, czy są w stanie tego warunku dotrzymać i podjąć decyzję o wzięciu udziału w przetargu.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie odpowiada części wykonawcom, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję.

Podkreślenia wymaga, iż zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca

kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, iż „w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353^1 K.c.) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy P.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego'" (np. wyrok KIO 283/14). Na gruncie ustawy P.z.p. dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne, przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy we Wrocławiu, który w wyroku o sygn. akt X Ga 67/08 uznał, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Dodatkowo Izba orzekła, że wszyscy wykonawcy, którzy mogą się ubiegać o konkretne zamówienie znajdują się w takiej samej sytuacji i dlatego nie można twierdzić, że postanowienia umowy - takie same dla wszystkich - mogą ich dyskryminować (np. wyrok KIO 283/14).

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

……